



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Márcio Monteiro Reis

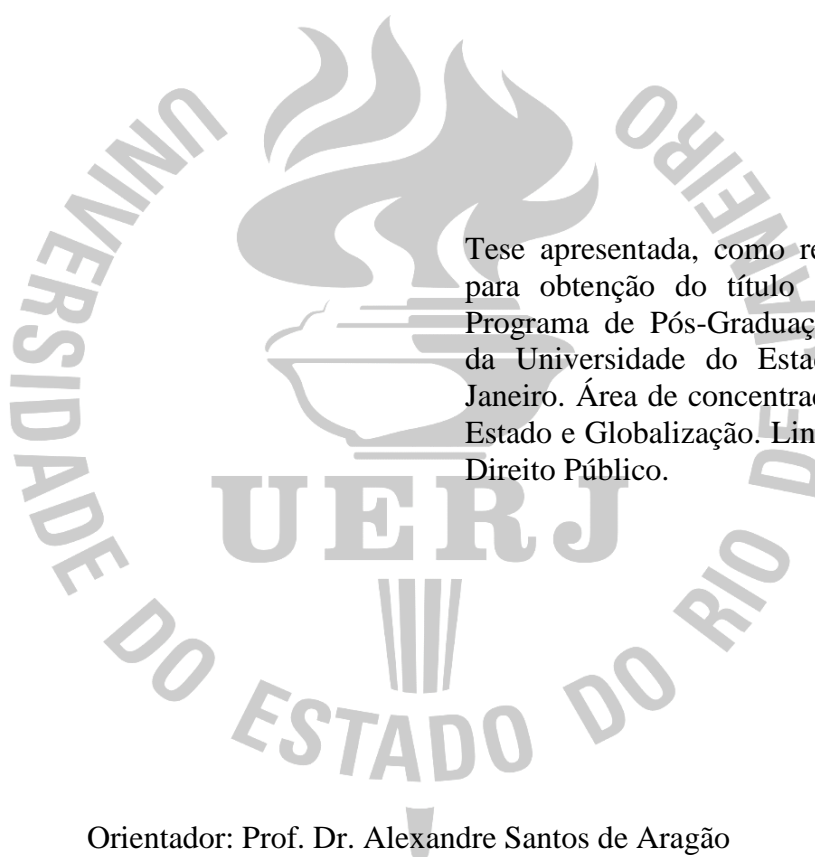
**A regulação contratual dos serviços públicos e o prazo dos contratos de
concessão: fixação, prorrogação e extinção**

Rio de Janeiro

2020

Márcio Monteiro Reis

**A regulação contratual dos serviços públicos e o prazo dos
contratos de concessão: fixação, prorrogação e extinção**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R375 Reis, Márcio Monteiro.
A regulação contratual dos serviços públicos e o prazo dos contratos
de concessão: fixação, prorrogação e extinção / Márcio Monteiro Reis – 2020.

541 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Serviço público - Teses. 2. Poder de polícia - Teses. 3. Contratos - Teses.
I. Aragão, Alexandre Santos de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 351

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Márcio Monteiro Reis

**A regulação contratual dos serviços públicos e o prazo dos
contratos de concessão: fixação, prorrogação e extinção**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 19 de fevereiro de 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

Faculdade de Direito – USP

Prof. Dr. Gustavo Binenbjm

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Jacintho Arruda Câmara

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Profa. Dra. Patrícia Ferreira Baptista

Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2020

DEDICATÓRIA

À Anita Florentino Miguez de Mello (*in memoriam*), que ainda nos bancos da escola me pegou pelas mãos para levar a conhecer o fórum e assistir julgamentos. Logo identificou e soube incentivar a conexão que cedo estabeleci com o Direito. Personificava, como ninguém, uma combinação de firmeza e afeto, seriedade e humor afiado, disciplina e leveza. Faz muita falta.

AGRADECIMENTOS

A empreitada de concluir uma tese não se logra sozinho. Muitos são aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuem, estimulam ou, algumas vezes, pagam o preço junto com o doutorando pelos sacrifícios pessoais inevitáveis para se conclua o intento.

Não posso de deixar de referir, inicialmente, à precisa e essencial orientação do prof. Alexandre Aragão, cujas provocações inspiradoras e críticas instigantes foram o combustível que me levou a trilhar diversos dos caminhos que percorri ao longo do desenvolvimento desta tese, até chegar a este resultado final. Obviamente, não lhe podem ser atribuídos nenhum dos possivelmente inúmeros defeitos que se identifiquem no trabalho, mas os ricos debates que travamos certamente explicam as eventuais qualidades de que porventura se revista. Crucial importância também devo atribuir às críticas, comentários e sugestões que recebi em minha qualificação, pelo que registro o especial agradecimento aos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Gustavo Binenbojm.

A troca acadêmica, o debate de ideias e o compartilhamento de informações, ao lado dos enormes volumes de leitura, são os motores principais da construção do conhecimento a possibilitar a empreitada de se pretender escrever uma tese. O convívio com meus colegas professores e com meus alunos do Ibmecc-RJ; assim como com o corpo discente, que ainda integro, da UERJ e com os professores com quem tive o privilégio de estudar no doutorado foi fundamental. São muitos, os que me impede de declinar seus nomes, mas todos muito especiais e queridos.

Destaco, ainda, a enorme generosidade acadêmica de alguns professores que mesmo sem me conhecer, muito gentilmente responderam a minhas mensagens e se disponibilizaram não só a dividir comigo seus conhecimentos e experiências, como a compartilhar valioso material de que pude me valer em meus estudos. Não posso deixar, portanto, de referir aos professores Carlos Ari Sundfeld, André Rosilho e Jacintho Arruda Câmara. Importante mencionar também a Gerência Técnica de Outorgas e Serviços Aéreos da ANAC, pela solicitude e presteza em atender minhas solicitações e disponibilizar todos os documentos de que precisei, sempre de modo especialmente gentil e atencioso.

Nesse período de intensa pesquisa e estudo, naturalmente estive por diversos períodos ausente do escritório. Meus sócios do BFBM são os mais compreensivos que poderia ter encontrado e o time de advogados, funcionários e estagiários é um grupo seleta, competente e de deliciosa convivência. Agradeço a todos na pessoa do Rafael Fontelles, cujo apoio e compreensão foram fundamentais. Destaque especial deve-se fazer à Priscilla Pestana Campana. Se eu pude ter tranquilidade de me ausentar, às vezes por longos períodos, foi porque sabia que podia confiar em sua competência e dedicação para liderar a equipe quando preciso. Obrigado!

Mas sem amor, nada na vida vale à pena. Por isso, não poderia omitir aqueles a quem mais amo. Paulo e Ana Maria me trouxeram ao mundo e me forjaram o que sou. Foram o exemplo que mirei para chegar até aqui e são hoje o arquétipo que me inspira. Rafael tem seguido ao meu lado toda essa jornada, desde que chegou para trazer sua alegria à nossa família. Cristina completou minha existência e preencheu espaços que nem conhecia, mas que sempre estiveram lá, à sua espera. O grande encontro da vida. Juntos fizemos Alice, que é nossa preciosidade maior. Foram certamente as que mais sofreram com minha ausência e com minhas angústias de doutorando. Prometo tentar compensar. Amo muito vocês!

Rio de Janeiro, verão de 2020.

RESUMO

REIS, Márcio Monteiro. *A regulação contratual dos serviços públicos e o prazo dos contratos de concessão: fixação, prorrogação e extinção*. 2020. 541 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

Após as conhecidas e propaladas crises do serviço público, vivemos hoje, ao menos no Brasil, uma crise que afeta não o conceito em si, mas o modo como é prestado, especialmente quando delegado ao setor privado. As concessões de serviço público têm sido questionadas com frequência e sofrido duras críticas, notadamente em razão do seu caráter contratual e por serem marcadas pela limitação temporal, ou seja, por encerrarem vínculos que têm prazo. É preciso considerar, no entanto, que os contratos de concessão e permissão de serviço público são, essencialmente, uma modalidade de regulação de atividades econômicas. Mas não é a única. Na verdade, a Constituição brasileira confere bastante flexibilidade ao legislador para optar, na grande maioria dos casos, pela adoção dessa modalidade de regulação, que se denomina como de performance e se estabelece necessariamente por contrato, podendo contar também, a depender de disposição legal específica, com a atuação de uma agência reguladora; ou por uma modalidade de regulação de proteção, a que se submetem as atividades econômicas privadas, baseada exclusivamente no poder de polícia. Cabe ao legislador ordinário, portanto, optar, em cada caso, por se valer ou não da regulação contratual a prazo certo. Há uma série de razões que podem recomendar o seu uso, embora em determinados casos possa ser preferível a regulação de proteção. É importante, de todo modo, que a opção esteja disponível para o legislador. A forma como se tem lidado com os prazos nos contratos de concessão, no entanto, pode passar por aperfeiçoamentos que afastem ou minorem os problemas que têm sido verificados. Deve-se evitar a prática, mais ou menos disseminada de fixar os prazos arbitrariamente, com base em usos e costumes. O prazo dos contratos de concessão é um importante elemento de sua equação econômico-financeira e deve ser fixado com base em estudos que demonstrem a sua adequação ao volume de investimentos projetados e à necessidade de manter a modicidade tarifária. Além disso, a prática de autorizar prorrogações “uma única vez por igual período” afronta a lógica econômica e não encontra razão plausível. Preconiza-se, como ideal a fixação, pelo legislador, de um prazo global máximo, sem limite quantitativo de prorrogações possíveis, ou com uma limitação alargada, atribuindo-se à Administração Pública a competência para decidir se deve ou não ocorrer a prorrogação e definir qual a duração adequada, em cada caso, para a extensão de prazo, valendo-se de estudos técnicos e informações disponíveis. A extinção das concessões, quando não mais forem possíveis ou desejáveis prorrogações, deve envolver uma revisão contratual de encerramento, sempre que restarem fatores de desequilíbrio ainda não equacionados.

Palavras-chave: Serviço público. *Public utility*. Contrato. Concessão. Permissão. Autorização. Regulação. Performance. Proteção. Poder de polícia. Utilidade pública. Prazo. Prorrogação. Equilíbrio econômico-financeiro e Extinção.

ABSTRACT

REIS, Márcio Monteiro. *A regulação contratual dos serviços públicos e o prazo dos contratos de concessão: fixação, prorrogação e extinção*. 2019. 541 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

Following the well-known crises of the public service, we live today, at least in Brazil, a crisis that affects not its concept, but the way it is provided, especially when delegated to the private sector. Public service concessions have been frequently questioned and harshly criticized, notably because of their contractual nature, characterized as being limited in time. However, it must be considered that public service concession and permit contracts are essentially a kind of economic activities regulation. Nevertheless, it is not the only one. In fact, the Brazilian Constitution gives the legislature enough flexibility to opt, in the vast majority of cases, for the adoption of this type of so-called performance regulation, which is necessarily established by contract, and may also involve regulatory commissions, depending on specific legal provision. Otherwise it is also possible to opt for a protection regulation turned to private economic activities, based just on police power. It is for the ordinary legislator, therefore, to choose, in each case, whether to use or not the contractual modality of regulation, submitted to a term. There are a number of reasons that may recommend its use, although in certain cases protection regulation may be preferable. It is important, however, that the option be available to the legislator. There may, however, be improvement regarding the way of dealing with contractual terms in the concessions, in order to remove or alleviate the problems that have been encountered. The Brazilian widespread practice of arbitrarily setting deadlines based on customs and ingrained practices should be avoided. The term of the concession contracts is an important element of its economic and financial equation and should be set based on studies that demonstrate their adequacy to the estimated investment volume and the need to maintain just and reasonable prices. In addition, the practice of authorizing “one-time extensions for the same period” violates economic logic and finds no plausible reason. Ideally, the legislator should set a maximum overall deadline, with no quantitative limit on possible extensions, or using broad limitations. The Public Administration should be given the power to decide whether or not the extension should take place and to define the appropriate duration, in each case, for the extension of the term, based on technical studies and available information. Termination of concessions, when extensions are no longer possible or desirable, should involve a contractual termination review whenever unbalanced factors remain unsolved.

Keywords: Public service; Public utility. Contract. Concession. Permission. Authorization. Certificate. Regulation. Performance. Protection. Police power. Term. Duration. Extension. Economic-financial balance and extinction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAC	Agência Nacional de Viação Civil
ANATAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicação
ANS	Agência Nacional de Saúde Complementar
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência de Vigilância Sanitária
BC	Banco Central
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A EVOLUÇÃO DAS CONCESSÕES ESTATAIS	23
1.1 Origem remota das concessões	23
1.2 O período medieval	25
1.3 O surgimento do Estado Moderno e o Absolutismo	31
1.4 A origem do Estado de Direito liberal burguês	29
1.5 O Estado Providência ou o Estado dos serviços públicos	36
2 O SURGIMENTO DO DEBATE NORTE-AMERICANO SOBRE REGULAÇÃO E A REGULAÇÃO DAS <i>PUBLIC UTILITIES</i>	50
2.1 Os contratos locais de <i>franchise</i>	50
2.2 Regulação de atividades econômicas “ <i>affected with public interest</i> ” (caso <i>Munnv. Illinois</i>)	61
2.3 A regulação por agências (<i>comission regulation</i>)	70
2.4 A ampliação do escopo da regulação por agência	78
2.5 A desregulação e a exportação para o mundo da prática de regulação por agências.....	94
3 O SERVIÇO PÚBLICO “À FRANCESA”	106
3.1 A Revolução Francesa e o surgimento do direito administrativo na França	106
3.2 O socialismo municipal e o movimento de estatização do serviço público	113
3.3 A Escola do Serviço Público de Bordeaux	120
3.4 Anos 80 e 90: a onda liberal, o ambiente de livre concorrência construído na União Europeia e os reflexos para os serviços públicos	129
4 SISTEMA BRASILEIRO DE REGULAÇÃO POR CONTRATO E POR AGÊNCIA	145
4.1 Regulação estatal das atividades privadas e dos serviços públicos	145
4.2 Distinção entre serviços públicos e monopólios constitucionais	156
4.3 <i>Publicatio</i> e a regulação contratual	165
4.4 Principais distinções de conteúdo e abrangência dos tipos de regulação	176
4.5 Atividades autorizadas	189
4.6 O poder do legislador de optar entre os dois modelos de regulação	205
4.7 A atual tendência liberalizante	218
4.8 O modelo de regulação dos serviços públicos	221

5	O PRAZO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	234
5.1	A crise do modelo contratual de concessão com prazo fixo	234
5.1.1	<u>A crise brasileira: relicitação e prorrogação antecipada</u>	234
5.1.2	<u>A transição norte-americana para uma regulação sem contrato (e sem prazo)</u>	242
5.1.3	<u>O retorno norte-americano aos contratos (governar por contrato)</u>	249
5.2	Vantagens e desvantagens do modelo contratual a prazo fixo	257
5.2.1	<u>A ótica do Poder Público: <i>publicatio</i> e licitações periódicas</u>	257
5.2.2	<u>A ótica do concessionário: equilíbrio econômico-financeiro em contratos incompletos</u>	265
5.3	O modelo de regulação com contrato a prazo fixo	278
5.3.1	<u>A opção pela regulação contratual (com ou sem concorrência)</u>	278
5.3.2	<u>A impossibilidade de contratos perpétuos ou por prazo indeterminado</u>	292
5.3.3	<u>Competência do Poder Executivo para fixar o prazo</u>	295
5.4	A fixação do prazo	306
5.4.1	<u>O prazo como elemento essencial da equação econômico-financeira do contrato</u>	306
5.4.2	<u>Os critérios para a fixação do prazo</u>	318
6	PRORROGAÇÃO	327
6.1	Aspectos gerais	327
6.1.1	<u>Quando se justifica</u>	327
6.1.2	<u>Competência para prorrogar</u>	335
6.1.3	<u>Requisitos</u>	341
6.1.4	<u>Limites quanto aos reflexos da prorrogação no objeto contratual</u>	357
6.2	Espécies de prorrogação	366
6.2.1	<u>Ordinárias</u>	366
6.2.1.1	Convencionais (Por interesse público)	366
6.2.1.2	Premial	376
6.2.2	Extraordinárias	387
6.2.2.1	Para fins de reequilíbrio	387
6.2.2.2	Prorrogação antecipada (para fins de reequilíbrio)	418
6.2.2.3	Por emergência	430
6.3	Duração e quantidade dos períodos adicionais	438
7	ENCERRAMENTO DO PRAZO CONTRATUAL	448
7.1	Relicitação: encerramento antecipado do prazo por acordo entre as partes	448
7.2	Extinção do contrato e indenização de bens reversíveis não amortizados	459

7.2.1	<u>Identificação dos bens reversíveis em uma concessão</u>	459
7.2.1.1	Conceito e natureza dos bens reversíveis	459
7.2.1.2	A disciplina legal e contratual dos bens reversíveis	465
7.2.1.3	A essencialidade para a prestação do serviço público	469
7.2.2	<u>Indenização de bens reversíveis ao final do prazo dos contratos de concessão ou permissão de serviço público</u>	480
7.2.2.1	Investimentos não amortizados e desequilíbrio contratual	480
7.2.2.2	A origem da indenização de investimentos não amortizados	490
7.2.2.3	Investimentos a serem indenizados ao final do contrato	493
7.2.2.4	Extinção antecipada e indenização	503
	CONCLUSÃO	518
	REFERÊNCIAS	518

INTRODUÇÃO

O conceito de serviço público, como se sabe, tem evoluído ao longo de tempo e passado por várias crises. Apesar de suas raízes ancestrais, o uso do termo se consolidou a partir da Revolução Francesa e seu tratamento jurídico ganhou relevo especialmente após as transformações sociais e econômicas causadas pela Revolução Industrial, a partir de quando foi se reforçando o papel do Estado como um provedor de serviços essenciais à população, que se incorporou às funções regalianas que tradicionalmente sempre exerceu. A primeira grande crise dos serviços públicos se fez sentir após o período de florescimento daquela que ficou conhecida como a Escola de Bordeaux, liderada por Léon Duguit, que provocou tal elastecimento do campo de atividades estatais assim consideradas, que acabou tornando o seu significado disperso e inconsistente, subtraindo grande parte da utilidade do conceito e dificultando a formulação de uma teoria jurídica proveitosa. Posteriormente, já no final do século XX, notadamente a partir da década de 80, ganhou força, em função de teorias econômicas desenvolvidas sobretudo nos Estados Unidos, o fenômeno da desregulação¹, que acabou impactando grande parte do mundo com uma onda liberal (ou neoliberal), que se supôs ameaçar novamente a ideia de serviço público.

Seu conceito, no entanto, sobreviveu e até mesmo se reforçou, uma vez que, ao lado das privatizações e da despublicização de uma série de atividades — que deixaram de incumbir ao Estado e passaram a ser exercidas pelo setor privado, segundo os cânones da livre iniciativa —, houve casos em que o Estado se afastou apenas da gestão direta de prestação dos serviços, mantendo mecanismos de controle sobre a atividade, dentre os quais se destacam exatamente os instrumentos de delegação de serviços públicos. Na Europa, o direito

¹ Miguel Ángel Sendín Gracia faz interessante observação no sentido de que a utilização do termo desregulação só faz sentido nos Estados Unidos, onde havia se desenvolvido efetivamente um modelo de intervenção estatal baseado em regulação. No resto do mundo, faz mais sentido empregar o termo liberalização: “(...) mientras en los Estados Unidos se habla certeramente de desregulación; en Europa, al menos en los países de raíz latina como el nuestro, difícilmente se puede utilizar ese término, pues previamente no existía un modelo intervencionista basado en la regulación, por lo que es más correcto hablar de liberalización.” (GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. **Regulación y servicios públicos**. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 19). A mesma terminologia é usada por Christian Stoffaës: “La deregulation est un concept moderne, lié au progrès contemporain du libéralisme économique. Elle serait traduite de manière plus pertinente en français par ‘libéralisation’, car elle vise à accroître les libertés économiques dans les secteurs sous fort contrôle publique : introduction de la liberté d’établissement, et de la liberté du commerce ; création de marchés au détriment des régimes d’exclusivité ; de protection et autres disciplines imposées par la regulation.” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 38).

comunitário teve papel importante nesse processo de liberalização, já que se pretendia implantar um mercado comum no bloco, marcado pela livre concorrência e ausência de barreiras nacionais ao desempenho de atividades econômicas por indivíduos e empresas de todos os Estados-membros. No entanto, desenvolveu-se o conceito de serviço de interesse geral — que foi ganhando diversos desdobramentos e dando origem a conceitos como: serviço de interesse econômico geral, serviços não econômicos de interesse geral e serviços sociais de interesse geral — exatamente como uma válvula de escape do direito europeu para permitir aos diversos países que mantivessem, em determinados casos nos quais se considerasse relevante a preservação de um regime especial, um ambiente regulatório não comprometido com a livre concorrência². Nos países que tradicionalmente o adotam, esse fundamento de direito comunitário permitiu a preservação do regime jurídico dos serviços públicos, que continua tendo relevante utilização em diversos Estados da Europa.

Apesar de todas as suas crises e da atual predominância do pensamento liberal, a ideia de serviço público se mantém relevante em diversos países, o que levou Vera Monteiro a afirmar que tais crises se referem mais ao seu conceito histórico do que ao método de intervenção estatal na execução das atividades, por meio dos contratos de concessão, aos quais se somam, no Brasil, também os de permissão de serviço público³. Essas considerações da autora, no entanto, foram elaboradas em 2010, antes do acirramento da crise econômica que se abateu sobre o país, causando um período de recessão entre 2014 e 2016 e muitas dificuldades desde então. O que se tem observado no país, mais recentemente, muito possivelmente de forma potencializada pelo prolongamento dessa crise econômica e pela escassez de recursos disponíveis para os investimentos que se revelam necessários, é uma crise do próprio modelo de delegação de serviços públicos.

Têm sido recorrentes, por exemplo, os casos de concessionários que, impactados por esse ambiente recessivo, não demonstram capacidade de adimplir corretamente as suas obrigações contratuais. Assim, diante do prazo ainda restante para a execução do contrato,

² Como cedo percebeu Christian Stoffaës — ao preparar um estudo encomendado pelo Ministro da Economia da França sobre as formas de possíveis de compatibilizar o conceito francês de serviço público com as medidas impostas pelas esferas europeias para a implantação de um mercado comum —, seria equivocado concluir que tais medidas imporiam uma liberalização sem limite, que inviabilizasse completamente a manutenção de um regime de serviços públicos para algumas atividades: “*D’abord oubliés, puis placés en dérogation, de plus en plus restrictive des règles de concurrence européennes, les services publics y ont été confrontés brutalement ces dernières années par les directives de préparation du Marché unique. (...) Il serait erroné, toutefois, de penser comme on l’entend parfois, que la construction européenne impose une libéralisation sans limite des services publics et une dérégulation totale des industries de réseaux.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics renouvelées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 30-31)

³ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153.

chega-se a um impasse, cuja resolução raramente é simples. O Poder Concedente não encontra instrumentos efetivos para assegurar a qualidade dos serviços prestados e seus instrumentos sancionatórios revelam efeitos práticos insuficientes, ao passo que o concessionário se encontra atado a um negócio que não mais deseja e do qual tem dificuldade em se desfazer. Há, ainda, hipóteses em que o concessionário se desempenha bem na prestação dos serviços, mas transformações sofridas pela sociedade ou inovações tecnológicas — tão frequentes no mundo atual — indicam a necessidade de realizar investimentos não previstos ou reformular o modelo de prestação daquele serviço. Tendo em vista a existência de um vínculo contratual entre as partes, no entanto, o prazo restante pode não ser suficiente para assegurar a amortização dos investimentos necessários; ou pode impor ao Poder Concedente um ônus excessivo para a extinção antecipada do contrato, criando obstáculos para que as medidas necessárias possam ser adotadas.

Como se vê, os principais problemas que se inferem desta crise atual do modelo de regulação dos serviços públicos decorrem da existência de um vínculo contratual — de concessão ou permissão de serviço público — e mais especificamente, da existência de um prazo certo a ser observado, o qual, muitas vezes, pode funcionar como uma verdadeira armadilha que aprisiona Poder Concedente e concessionários, sem que se encontrem os mecanismos adequados para contornar os embaraços que têm sido hodiernamente enfrentados. Têm proliferado, então, críticas indicando imperfeições do modelo concessional, que se utiliza de contratos a prazo certo, entre as quais a de que não confere os incentivos corretos para que os concessionários façam investimentos ao final do período da concessão, mesmo que se revelem necessários. Assim, ainda que ocorra nessa época um “*choque de demanda*” a indicar claramente a necessidade de ampliar a capacidade de uma infraestrutura por meio da qual determinado serviço é prestado, o contrato de concessão distorceria os incentivos, desestimulando o concessionário a fazer os investimentos necessários⁴.

Críticas de outras naturezas também têm sido opostas ao modelo apazado de regulação, como a formulada por Jacintho Arruda Câmara⁵, que ressalta a necessidade de se valorizar a continuidade na prestação dos serviços públicos, por aqueles que se desempenham

⁴ MORAIS, Rafael Pinho de. Empurrando concessões com a barriga. In: **Jota**, Brasília: 21 de agosto de 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinio-e-analise/artigos/empurrando-concessoes-com-a-barriga-21082019. Acesso em 8 de nov. 2019.

⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. Prorrogações contínuas nas concessões? A legislação vem ampliando as hipóteses de prorrogação das parcerias com o setor privado. In: **Jota**, Brasília: 24 dez. 2019. Disponível em <https://www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/publicistas/prorrogacoes-continuas-nas-concessoes-24122019>. Acesso em 7 jan. 2020

adequadamente e atendem de forma satisfatória aos usuários. Deste modo, a existência de prazos a serem obrigatoriamente observados, extinguindo inexoravelmente os contratos em determinadas ocasiões não atenderia ao interesse público, já que afastaria o concessionário que *“já demonstrou aptidão na execução do contrato, bem como a celeridade na implementação desses novos investimentos”*.

A investigação a que se pretende proceder na presente tese, portanto, visa a perquirir se, diante da crise identificada decorrente do modelo contratual à prazo de prestação dos serviços públicos, seria preferível abandoná-lo, fazendo uma transição para um modelo de regulação sem prazo determinado; ou se há razões para manter o modelo contratual aprazado, identificando-se meios de aperfeiçoá-lo, se for esse o caso.

De modo a buscar respostas para essa indagação, a tese encontra-se dividida em duas partes, ao longo das quais se pretende reunir os elementos necessários para enfrentar o tema. Tendo em vista que o prazo — objeto central desta investigação — é uma decorrência do modelo contratual de regulação, a Parte I se dedicará a encontrar suas raízes e desdobramentos, de modo a revelar quais as razões que levaram à sua consolidação no Brasil e perquirir quais as atividades que estão, de fato, submetidas a esse tipo de regulação e se há alternativas no ordenamento jurídico vigente de que se possa valer caso a regulação temporal não se mostre como a mais adequada, o que permitiria a transposição para um modelo regulatório diverso. De outra forma, caso se pretenda abandonar o modelo aprazado, seriam necessárias transformações institucionais, razão pela qual a questão mostra-se relevante para a pesquisa a que ora se propõe. A Parte II, então, se dedicará ao estudo dos principais elementos do modelo de regulação contratual dos serviços públicos que dizem respeito mais de perto ao objeto da presente investigação: a fixação do prazo, propriamente dito, mas também as possibilidades da sua prorrogação, que podem alterar completamente o aspecto temporal que se pretende examinar, além das circunstâncias envolvidas na extinção contratual, como consequência do decurso do prazo.

A Parte I se encontra dividida em quatro capítulos. O primeiro se dedica ao exame da evolução das concessões estatais. Trata-se de um esboço histórico cujo objetivo é rememorar a origem do instituto. A melhor forma de compreender um instituto jurídico passa por entender o percurso histórico de sua evolução, que, muitas vezes, revela as razões de algumas de suas características, assim como pode indicar que certos aspectos não mais se justificam, merecendo reforma. Inicia-se, no subcapítulo 1.1, por suas origens mais remotas, passando-se pelas transformações sofridas no período medieval, de que cuida o subcapítulo 1.2; naquelas ocorridas quando do advento do Estado moderno, no subcapítulo 1.3 e, especialmente, pelos

importantes períodos de consolidação do Estado liberal burguês, no subcapítulo 1.4 e do Estado Providência, verdadeiro Estado prestador de serviços, no subcapítulo 1.5, quando o conceito jurídico de serviço público foi afirmado e passou a encontrar os liames iniciais que redundaram no significado atual, tendo ganhado corpo os procedimentos estatais de delegação, que nos interessam especialmente.

Os capítulos 2 e 3 da Parte I se dedicam ao exame de dois ordenamentos jurídicos estrangeiros, identificados como especialmente relevantes para a formação do modelo brasileiro de regulação de serviços públicos. No capítulo 2 se dedicará a analisar a regulação das *public utilities* nos Estados Unidos e, no capítulo 3, as características do serviço público francês. O recurso ao direito comparado pareceu essencial diante da forte influência exercida sobre o direito brasileiro por esses dois modelos, muito diferentes entre si e que, em relação ao tema tratado, distinguem-se especialmente quanto ao elemento temporal, já que, ao contrário do sistema francês de delegação dos serviços públicos, a regulação norte-americana se exerce sem a previsão de prazos determinados.

A seleção desses dois exemplos de direito comparado pareceu óbvia⁶. De um lado, em razão da *“influência preeminente que o direito administrativo francês e sua teoria têm historicamente exercido sobre o Brasil”*, como reconhece Fernando Dias Menezes de Almeida, em seu *“Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil”*. Especialmente a teoria francesa dos serviços públicos sempre encontrou grande eco entre os doutrinadores brasileiros, assim como influenciou a jurisprudência e mesmo a produção legislativa, especialmente até meados da segunda metade do século passado, a ponto de Fernando Almeida afirmar que *“notoriamente é o direito administrativo que mais influenciou e tem influenciado o direito brasileiro”*⁷.

Mais recentemente, no entanto, tem sido sensível o aumento dos influxos do direito norte-americano no direito administrativo brasileiro, que podem ser especialmente percebidos

⁶ Vale observar que, quando em 1995 lhe foi encomendado pelo Ministro da Economia da França o estudo sobre os serviços públicos e a possibilidade de sua adaptação à realidade europeia, Christian Stoffaës também destacou a importância desses mesmos dois modelos, em relação a todos os demais existentes: *“Parmi les diverses conceptions de l’organisation et de la régulation des services publics, deux méritent plus particulièrement l’attention: - le modèle social-colbertiste, illustré par la France ; - le modèle libéral-fédéraliste, illustré par les États-Unis”*. E ainda preconizou que o modelo norte-americano poderia fornecer elementos a serem considerados para a construção, no futuro, de uma solução europeia: *“le modèle américain, construit par le droit, inspiré par la tradition politique libérale et fédéraliste, présente des analogies certaines avec un des scénarios de régulation que pourrait produire dans le futur la construction européenne.”* (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics renouvelées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 48)

⁷ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 113.

no campo da regulação⁸. Após o período em que foi governado em um regime ditatorial liderado por forças militares, o Brasil adotou, em 1988, às vésperas da queda do muro de Berlim, uma Constituição democrática, produzida em um ambiente de efervescência política e que refletiu o embate de forças antagônicas que se fizeram presentes em seu texto. Ao mesmo tempo em que incorpora o modelo capitalista e afirma a proteção da livre iniciativa e da propriedade privada, a Constituição consagra como fundamento o valor social do trabalho e o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, garantindo o desenvolvimento nacional e buscando erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, tendo transferido para o poder público a incumbência de prestar os serviços públicos, diretamente ou por meio de delegação, na forma da lei.

Logo após a sua promulgação, no entanto, os efeitos de uma crise econômica severa, assim como o esgotamento dos recursos públicos, criaram o ambiente propício para que a onda neoliberal que tomou o mundo chegasse com força no Brasil⁹, o que levou a diversas reformas liberalizantes do ambiente jurídico, à privatização de uma série de empresas estatais e à intensificação do uso das concessões de serviço público, com a implantação — em determinados casos, normalmente por via da legislação ordinária — das primeiras agências reguladoras¹⁰, cuja intenção principal era superar a crise de credibilidade do país e atrair o capital privado, principalmente o internacional¹¹. Fortaleceu-se, então, a partir desse momento, a influência do direito regulatório norte-americano no Brasil¹².

⁸ “Ocorre que, a partir principalmente da década de oitenta, começaram a surgir algumas mudanças nesses pressupostos, acarretando uma profunda transformação nos regimes jurídicos que, como o nosso, são de inspiração europeia e, mais especificamente, francesa. Fortaleceu-se a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica (...)”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 391)

⁹ Em seu voto, proferido no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE nº 1.054.110, o Min. Luís Roberto Barroso teceu as seguintes considerações a respeito dessas transformações ocorridas no ordenamento constitucional econômico brasileiro: “Como consequência, a década de 90, no Brasil, foi o cenário de um conjunto amplo de transformações econômicas que mudaram o perfil do Estado brasileiro. De fato, por meio de emendas constitucionais e de legislação ordinária, produziram-se três ordens de mudança de grande relevância, a saber: a) a extinção de parte das restrições ao capital estrangeiro (recursos minerais, navegação de cabotagem, retirada da Constituição da empresa brasileira de capital nacional, propriedade de empresas jornalísticas); b) a flexibilização dos monopólios estatais (gás canalizado nos Estados, petróleo e telecomunicações); c) privatização ou desestatização. Esse conjunto de reformas, no entanto, não foi capaz de superar uma persistente e enraizada cultura de dependência e protagonismo do Estado no domínio econômico.” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 1.054.110**, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 09/05/2019, DJe-194 divulgado em 05/09/2019 e publicado em 06/09/2019)

¹⁰ Com exceção da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (art. 21, XI, da Constituição) e da Agência Nacional do Petróleo (art. 177, §2º, III), cuja instituição tem fundamento constitucional, a maioria das agências reguladoras são criadas por iniciativa da legislação ordinária.

¹¹ “O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país (...). Nisso reside, fundamentalmente, a

A soma dessas influências, oriundas de momentos históricos diversos, acabou redundando na adoção, no Brasil, de um modelo contratual muitas vezes associado à regulação por agências reguladoras. Contudo, a experiência das agências norte-americanas que inspiraram a instituição das brasileiras não pôde ser inteiramente absorvida por aqui, já que lá se inserem em um sistema exclusivamente baseado no exercício do poder de polícia, sem vínculos contratuais. É preciso investigar, portanto, se a perplexidade existente atualmente no Brasil quanto à existência de prazos pré-definidos em relação às atividades qualificadas como serviços públicos pode estar relacionada, de alguma forma, a uma incompatibilidade de se pretender manejar instrumentos de regulação inspirados em um modelo que não tem o prazo como premissa, no contexto de um modelo regulatório contratual, de concessões, marcadamente aprazado.

Essa avaliação será realizada no capítulo 4, dedicado exatamente ao sistema brasileiro de regulação por contrato e por agência, que decorre de um amálgama das experiências absorvidas tanto do sistema de delegação contratual de serviços públicos — tradicionalmente usado no Brasil, por inspiração do direito francês e de outros países que também seguem esse modelo —, como das modernas teorias de regulação e de análise econômica do direito, construídas no ambiente do sistema norte-americano de regulação por agências, que têm exercido forte influência no direito regulatório brasileiro, inclusive no que se refere à regulação dos serviços públicos.

No Capítulo 4 da Parte I, portanto, serão examinadas as diversas formas de intervenção estatal na economia, com especial ênfase às atividades econômicas que se submetem ao modelo de regulação dos serviços públicos e que, assim, podem ser contratualmente delegadas ao setor privado, em relação às quais o Estado passa a exercer uma regulação mais intensa, que denominamos nesta tese como regulação de performance, em oposição à regulação de proteção, baseada unicamente no poder de polícia, aplicável às atividades econômicas privadas. O principal objetivo deste capítulo é traçar o campo de abrangência das atividades que podem ser consideradas como serviços públicos e as alternativas existentes, de que também pode se valer o Estado, especialmente quanto às

*razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249)*

¹² “*O processo de agencificação não é unívoco. No Brasil houve influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios.*” (GUERRA, Sérgio. Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório. In: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1º ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 265)

opções não contratuais e, portanto, não sujeitas a prazo, de que eventualmente se pode valer naqueles casos em que se reputar inadequada a formação de vínculos aprazados entre regulador e regulado.

Estabelecidas as premissas iniciais quanto ao universo das atividades que podem ter seu exercício condicionado à delegação estatal e à existência de alternativas regulatórias ao modelo contratual, a Parte II se dedicará mais especificamente ao elemento temporal das concessões de serviço público. O capítulo 5 tratará do momento de fixação do prazo dos contratos, quando de sua modelagem pelo Poder Concedente. No subcapítulo 5.1, dedicado a um exame da crise envolvendo o modelo contratual, serão analisados os problemas identificados na realidade brasileira contemporânea, em cotejo com a transição ocorrida nos Estados Unidos, no início do século XX, quando houve o abandono do sistema de contratos de *franchise*, caracterizado pelo uso de prazos definidos, substituído pela regulação por agências (*commission regulation*), marcada pela indeterminação temporal. Chama-se atenção, também, para uma recente contratualização dos instrumentos de governo, nos Estados Unidos, que tem sido conhecida como “*governing by contract*” ou “*contract regulation*”, que pode revelar algumas vantagens da adoção do modelo contratual. Procurar-se-á estabelecer, então, as bases para a comparação da crise atual brasileira com as razões que levaram à transição nos Estados Unidos do modelo contratual para o regulatório por agências, baseado exclusivamente em poder de polícia, buscando as identidades e distinções entre as experiências.

Deste modo, estarão reunidos os elementos principais que permitirão, no subcapítulo 5.2 examinar as vantagens e desvantagens do modelo contratual a prazo, tanto sob a ótica do poder público, quanto sob a ótica do concessionário. Nos subcapítulos 5.3 e 5.4, então, será possível tratar em mais detalhes das características desse modelo de regulação a prazo fixo, destacando-se, de um lado, a flexibilidade permitida pela Constituição para a sua utilização e, de outro, a importância que o elemento temporal pode desempenhar em algumas situações específicas, chamando atenção para a necessidade de serem observados certos critérios para a sua fixação, que deve ser revestida de algumas cautelas e atender a certos parâmetros, cujo respeito se mostra essencial para aumentar as chances de que seja bem sucedida a delegação do serviço público.

A fixação inicial do prazo dos contratos de concessão de serviço público, no entanto, reflete apenas uma parte do problema que essa tese se dispõe a enfrentar. Há uma série de exemplos práticos a demonstrar que os mecanismos de prorrogação contratual, muitas vezes, levam a uma tendência de prolongamento indefinido dos vínculos contratuais. Distorções

deste tipo não são exclusivas do direito brasileiro. Na França, Nathalie Vinci, que produziu um estudo intitulado “Pondo fim a uma delegação de serviço público”, afirma, logo em sua introdução, que é preciso reconhecer que, mesmo os contratos mais longos, precisam, em algum momento, ter um fim¹³. O capítulo 6 se destinará, portanto, a enfrentar o tema das prorrogações contratuais no que se refere às delegações de serviço público, cujo regime revelará, ao final, qual a verdadeira duração global do vínculo contratual.

No subcapítulo 6.1 serão analisados os aspectos gerais relacionados à prorrogação, identificando-se os casos em que pode ou não ser justificável, as competências, os requisitos e os limites a serem observados. Já o subcapítulo 6.2 se prestará ao exame das diversas espécies possíveis de prorrogação, que se subdividem em ordinárias, quando as condições a serem examinadas já são conhecidas desde a celebração do contrato; e extraordinárias, quando destinadas a dar resposta a eventos imprevisíveis e indesejados. Serão examinadas, assim, as prorrogações convencionais (ou por interesse público) e as premiais, dentre as ordinárias e aquelas para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, as antecipadas e as por emergência, dentre as extraordinárias. O objetivo principal desse capítulo será traçar um panorama de como tem sido tratada a temporalidade real dos contratos de concessão, considerando também a duração das prorrogações e a quantidade de vezes em que é admitida. Serão examinadas as práticas atuais e a fórmula tradicionalmente usada no direito brasileiro, que autoriza as prorrogações “uma única vez por igual período”, de modo a investigar se esse é o tratamento mais eficiente e consentâneo com o interesse público ou se há providências corretoras que podem ser tomadas, de modo a contornar ou minorar os problemas que têm levado à crise identificada.

Por fim, o capítulo 7 se dedicará à extinção do vínculo contratual. No subcapítulo 7.1 será examinado o instituto da relicitação, que se refere ao seu encerramento antecipado, quando do interesse de ambas as partes, exatamente como uma forma de contornar problemas derivados do prazo originalmente estabelecido, quando não se encontra alternativa mais adequada que pudesse preservar o contrato. Já no subcapítulo 7.2 será examinada a principal consequência para o concessionário incumbente quanto à extinção do contrato de concessão, que diz respeito à reversão de bens e à possível indenização de investimentos que porventura não tenha sido possível amortizar integralmente, dando-se ênfase aos casos da extinção pelo decurso de prazo, exatamente para concluir em que circunstâncias o esgotamento do prazo

¹³ “*Force est de constater que même les contacts les plus longs ont une fin... surtout eux.*” (VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, p. 5)

pode ocasionar para o poder público o dever de indenizar e quais os requisitos e limites dessa indenização.

Ao final, espera-se oferecer uma resposta quanto à conveniência e viabilidade jurídica de se abandonar o modelo de regulação contratual a prazo certo dos serviços públicos, buscando-se a transição para uma regulação dissociada do elemento temporal; ou, caso não seja essa a solução preconizada, identificar se há aspectos a serem aperfeiçoados, de modo que a regulação dos serviços públicos no Brasil possa se dar da maneira mais eficiente possível, lidando com os prazos contratuais de modo adequado.

PARTE I

A REGULAÇÃO CONTRATUAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1 A EVOLUÇÃO DAS CONCESSÕES ESTATAIS

1.1 Origem remota das concessões

A atividade administrativa é provavelmente a mais antiga manifestação de um agir estatal. O impulso primordial que leva as pessoas a se unirem em uma organização do tipo estatal é exatamente a busca por meios que facilitem a execução de empreendimentos de interesse comum, o que pode ser entendido como a estruturação de uma Administração Pública, ainda que precária em sua fase inicial. Segundo as clássicas e didáticas lições de Jellinek¹⁴, embora o termo sequer existisse então, é possível identificar a existência de uma organização nos moldes de um Estado desde a Antiguidade e a sua principal função era precisamente viabilizar a reunião e coordenação de esforços conjuntos, canalizados para a concretização de empreendimentos de interesse geral.

O exercício do poder nessa época se revestia de um fundamento teológico e era exercido sob uma legitimação divina. Ainda que já seja possível identificar a formação de uma Administração Pública¹⁵, composta por órgãos e serviços sob as ordens de um líder político-religioso, incumbida de tarefas como a realização de obras para implantação de infraestruturas de interesse comum (edifícios, sistemas de canalização e irrigação, por exemplo) e a proteção do território onde se encontravam, não há como reconhecer ainda a presença de um direito administrativo. O poder político não se encontrava submetido ao direito, o que ainda tardaria muito a ocorrer. De todo modo, o surgimento de uma esfera pública de poder, que se impõe aos indivíduos, dá lugar ao desenvolvimento de uma série de instrumentos relacionados ao exercício desses poderes, dentre os quais o instituto da concessão, que ao longo da história, com formatos diversos, serviu de elo entre o poder político e os indivíduos, ou o que chamamos hoje de iniciativa privada. Por vezes, com o único objetivo de conferir determinados privilégios a alguns escolhidos; em outras, para

¹⁴ JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954, pp. 216 e seguintes.

¹⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed, 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 50 a 52.

delegar atribuições que lhe eram próprias, mas das quais os governantes não queriam ou não conseguiam se desincumbir sozinhos ou, não raro, com objetivos meramente arrecadatários¹⁶.

A ancestralidade do uso do instituto da concessão remonta à Grécia antiga. Em “A Política”, Aristóteles, já relatava que Thales de Mileto teria se tornado rico com o único objetivo de desmentir aqueles que apontavam a pobreza dos filósofos, acusando a filosofia de não ter serventia. Segundo seu relato, depois de prever, graças aos seus conhecimentos de astronomia, que iria haver uma grande colheita de azeitonas em determinado ano, Thales teria arrendado todas as prensas de óleo existentes em Mileto e Quio e, posteriormente, na época da colheita, alugando-as a uma multidão de interessados, por valores elevados, auferindo assim grandes lucros. Em seguida, menciona que “*vários Estados têm recorrido a esse meio quando lhes falta o dinheiro, fazendo o monopólio da venda de mercadorias*”¹⁷. A concessão do direito de exploração desses monopólios era, como se vê, uma das fontes de recursos de que podiam dispor as cidades gregas desde a Antiguidade¹⁸.

Foi em Roma, no entanto, que o instituto ganhou configuração mais próxima da atualmente conhecida. Bastante relacionada com a ocupação de espaços físicos, para fins de edificação em terrenos públicos, exploração de edifícios públicos ou exploração de riquezas minerárias¹⁹. A notável eficiência dos romanos na construção de infraestruturas que atendiam aos interesses do povo e auxiliavam na comunicação com os diversos territórios dominados, proporcionando que fosse mantida alguma coesão sob o comando político central é, em parte, devedora da descentralização desses esforços por meio da delegação de atividades diversas, de interesse do poder público, para particulares²⁰. São impressionantes os feitos obtidos na construção de uma grande rede de estradas, de diversos aquedutos e estações de captação e derivação de águas — que permitiam suprir as cidades e as necessidades agrícolas com fontes localizadas a distâncias significativas —, além da construção de monumentos e edifícios variados e a organização de um poderoso exército²¹.

¹⁶ Para uma extensa pesquisa referente aos antecedentes históricos do uso da concessão, reporta-se à obra de Floriano de Azevedo Marques “*Concessões*”, especialmente o seu Capítulo II (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 35 e seguintes)

¹⁷ ARISTÓTELES. **A Política**, tradução Nestor Silveira Chaves. 2ª ed. ver. Bauru: Edipro, 2009, L. I, cap. IV, §§5º e 6º, p. 33.

¹⁸ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 45 e MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 20.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 39.

²⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed, 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 54-58.

²¹ Como recorda Alexandre Aragão, “*A Cidade Romana era dotada de serviços destinados particularmente a garantir a segurança, a subsistência, a higiene e a saúde, o que levou à construção de infraestruturas como*

Foram criados, nessa época, também, uma série de monopólios incidentes sobre atividades cotidianas e de forte interesse econômico, como por exemplo para a produção de pão e vinho, para a realização de atividade pesqueira ou exploração de meios de transporte, essencial para manter a integridade territorial do Império. Em contrapartida pelo monopólio obtido, os padeiros, vinicultores, pescadores e transportadores estavam submetidos, assim como suas famílias, a regras bastante rigorosas. Essa forte intervenção do poder público, constatada já naquela época, se justificava pela necessidade de assegurar a continuidade da prestação desses serviços, considerados essenciais. Por essa razão, a regulação estatal era rígida e impedia, inclusive, que os equipamentos utilizados nesses ofícios pudessem ser livremente transmitidos, inclusive por herança, a quem não estivesse comprometido com o exercício daquelas atividades. Normalmente, impunha-se aos herdeiros, especialmente o filho primogênito, o compromisso de manter a atividade familiar pelas gerações vindouras, não lhes cabendo optar por outras profissões^{22 23}. É exatamente a respeito desse período medieval que tratarão as considerações a seguir.

aquedutos, esgotos, iluminação nas ruas, termas, celeiros, hipódromos e arenas.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 26-27)

²² “L’Empire romain est sans doute l’institution politique dans laquelle on constate pour la première fois une systématisation de services publics de prestation. Le plus frappant d’entre eux est sans doute la distribution de vivres. (...) Il en est ainsi de la boulangerie que, totalement absente de Rome au début de République, devient activité encouragée puis administrée par l’Empire, depuis les greniers jusqu’à la distribution du pain. En échange du monopole, les boulangers sont soumis à des obligations drastiques qui s’étendent à leur vie civile: les fils aînés de boulanger sont de naissance destinés à la profession; le testament ne peut transmettre les biens constituant l’outil de travail qu’à une personne exerçant la profession. Il en est de même pour le vin ou pour le transport. La préoccupation de la continuité et l’appropriation collective de la fonction sont évidemment caractéristiques du service public et stratégiques pour l’Empire.” (GUGLIELMI, Gilles J. et alli. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 38)

²³ Em recente julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal, o Min. Luiz Fux, em seu voto²³, ao tratar do tema da livre iniciativa, recordou esse sistema, que acabou se perpetuando e se estendendo ao longo da Idade Média, onde foi largamente utilizado: “Na Europa, desde a Idade Média, profissões eram estritamente reguladas pelas chamadas guildas, sendo vedado o seu exercício sem a autorização dos dirigentes destas. É curioso notar como ainda há traços desse período no mundo moderno: vejam-se os sobrenomes europeus que remetem a profissões, derivados da época em que todos os descendentes de uma família eram obrigados a seguir o ofício de seus ascendentes. A rigidez regulatória concentrava em uma elite de mestres artesãos, no topo da hierarquia imposta, a prerrogativa de monopólio dos meios de produção, assim como o de estabelecer salários, preços e padrões de qualidade. Nesse ambiente hostil à competição e à inovação, tornava-se mais fácil controlar as massas e assegurar a manutenção no poder da nobreza dirigente. Apesar do notório óbice ao progresso e à distribuição das riquezas, o sistema era justificado paradoxalmente na proteção ao trabalhador.” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 449**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, DJe-190 divulgado em 30/08/2019 e publicado em 02/09/2019)

1.2 O período medieval

Há quem sustente que durante o longo período medieval, o instituto das concessões teve pouca relevância, já que se trata de instrumento jurídico tipicamente utilizado pelo poder estatal para agraciar particulares. Assim, diante do esvaimento da força de um poder político central e mesmo da própria concepção de um domínio público, com a fragmentação dos antigos territórios estatais em múltiplos feudos, controlados pelo poder local dos senhores feudais, as concessões teriam perdido grande parte de sua razão de existir²⁴.

O período histórico da Idade Média foi bastante duradouro e as características de organização social e política ao longo do tempo e em cada localidade são muito diversificadas. Pode-se afirmar, no entanto, que, de fato, a própria concepção de Estado entrou em xeque diante da fragmentação das unidades políticas que se verificou. O poder passou a ser exercido de modo extremamente descentralizado e dependente de alianças políticas de suserania e vassalagem, algumas vezes instáveis e fluidas, que normalmente se baseavam em cooperação militar e acesso a terras. Quando um vassalo prestava suas homenagens a seu suserano criava com ele um vínculo de lealdade que deveria honrar e que consistia no dever da defesa do suserano, sua família ou suas terras e no pagamento dos valores devidos em decorrência dos ganhos obtidos com seus próprios vassalos, servos e propriedades.

Foi a própria desintegração do poder real que levou os enfraquecidos reis a realizarem acordos variados para a ocupação de suas terras por quem as pudesse ocupar e explorar²⁵. A prática foi se difundindo também entre todos aqueles que possuíam terras e encontravam nelas um instrumento valioso para estabelecer alianças políticas. O poder se assentava essencialmente no domínio sobre terras e quanto maior fosse a extensão dos seus domínios, maior a sua possibilidade para o senhor de constituir vassalos, que passavam a lhe dever lealdade, favores e recursos, em troca da ocupação de parcela dos seus domínios, garantida, muitas vezes, pelo uso de instrumentos jurídicos oriundos do direito romano, como a enfiteuse, o aforamento e o arrendamento, que chegaram até os nossos tempos, ainda com algum tipo de uso e que guardam semelhanças marcantes com as concessões de bens²⁶.

²⁴ ESTORNINHO, Maria João. **Direito europeu dos contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 126.

²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 41.

²⁶ A organização sócio-política medieval, que media o poder pela extensão dos domínios de seu proprietário, encontra no modelo concessório um de seus principais instrumentos de exercício do poder, já que as concessões (e outros instrumentos jurídicos congêneres, como a enfiteuse ou o arrendamento) de terras entre os reis, príncipes, senhores feudais e vassalos era exatamente o instrumento que permitia estabelecer as alianças e as

Os senhores feudais, no entanto, administravam seus domínios como uma propriedade privada. O respeito aos laços de vassalagem e o cumprimento das obrigações daí oriundas eram, na verdade, uma imposição para a preservação dos seus interesses pessoais, especialmente de defesa da sua propriedade. Não havia, por óbvio, a preocupação com o bem comum e o interesse geral. Muito menos havia qualquer tipo de preocupação com os interesses de seus servos²⁷. Isso não significa, todavia, que não houvesse a percepção quanto à existência de serviços coletivos essenciais, que os senhores se incumbiam de oferecer. Faziam-no, no entanto, não em decorrência de um senso de responsabilidade de prover os serviços de que os servos de seu feudo necessitassem, mas porque encontravam aí uma oportunidade de gerar renda por meio da exploração exclusiva de serviços dos quais muitos dependiam para sobreviver. Tais serviços eram, portanto, disponibilizados ao povo, por vezes, como afirmação da própria autoridade senhorial, verdadeira forma de dominação econômica e exercício do seu poder político.

Nesse sentido, diante da constatação de que certas infraestruturas eram essenciais para a produção dos bens necessários para a subsistência da população, como moinhos, fundições, fornos, prensas, secadores e outras, os senhores feudais costumavam arcar com os elevados custos de sua instalação — não acessíveis à população do feudo —, colocando tais equipamentos, conhecidos como **banalidades**, à disposição de quem necessitasse utilizá-los, em troca do pagamento de contrapartidas normalmente bastante elevadas, que geravam rendas muito superiores ao seu custo real²⁸. Como o senhor feudal exercia o monopólio sobre essas banalidades, sendo vedada a instalação de equipamentos próprios ou a utilização de banalidades existentes em outros feudos, o sistema funcionava como uma forma

relações políticas de então, que estavam na base de sustentação política daquele regime medieval de organização social. Vide a esse respeito: JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 237-242 e AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed, 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 59-62.

²⁷ “*La caractéristique majeure de l’époque féodale est en effet, la conception patrimoniale du pouvoir. La distinction entre utilité publique et utilité privée est nulle: l’intérêt du seigneur se trouve assimilé à l’intérêt public. Le seigneur féodal, qu’il soit un baron local ou qu’il soit un roi, administre sa seigneurie comme une propriété. Il n’a d’autres obligations à satisfaire que morales, celles qu’il se pose ou s’oppose à lui-même. S’il est tenu à aucun devoir vis-à-vis de ceux auxquels s’imposent ses commandements, il est toutefois de son intérêt propre de créer des structures qui, renforçant son pouvoir sur ses sujets, constituent des formes initiales de services pouvant être mis, par la suite, en commun.*” (GUGLIELMI, Gilles J. et alli. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 39)

²⁸ “*Les services publics existent depuis longtemps au niveau local. Le système féodal et les villes franches du Moyen-Âge ont leur péages, leurs ‘brevets de moulins’, leurs ‘corvées’ de voiries, de salubrité, de services d’incendie. On trouve, dans ces domaines, la trace de textes très anciens: lettres patentes, capitulaires, baux de longue durée, etc.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale**. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 49)

complementar de obtenção de riquezas para o senhor e ainda como instrumento de dominação e controle da população²⁹.

Por outro lado, havia um reconhecimento de que as banalidades medievais supriam uma necessidade essencial daqueles que dela dependiam para o exercício de suas atividades profissionais ou para a produção de bens de uso cotidiano ou alimentos, como o pão e o vinho. Dessa forma, o senhor assumia o dever de manter essas infraestruturas instaladas em seus domínios, com os equipamentos em perfeito funcionamento. Caso houvesse alguma interrupção permanente, aqueles que o necessitassem ficavam autorizados a se valer das banalidades disponibilizadas por outro senhor. Do mesmo modo, qualquer discriminação era interdita, de modo que o acesso deveria ser franqueado a todos sob as mesmas condições, cobrando-se o mesmo valor pelo uso por parte de todo e qualquer usuário e respeitando-se a ordem de chegada para a sua utilização, sem privilégios ou prioridades.

No período mais avançado da Idade Média, com a intensificação das atividades comerciais, vilas, burgos e cidades iam sendo criadas, onde se implantavam praças e mercados, espaços públicos próprios para o comércio, que permitiam a reunião de compradores e vendedores. A difusão desses espaços públicos foi, aos poucos, contribuindo para o surgimento de uma noção de bem comum, interesse coletivo ou coisa pública³⁰, ou seja, a ideia de que, em uma sociedade, há interesses comuns a serem perseguidos pela união dos esforços de todos, o que era reforçado pela filosofia tomista que se incorporou à doutrina católica após o século XIII. A recuperação de elementos da filosofia grega por São Tomás de Aquino reforçou os conceitos de coisa pública e interesse coletivo, assim como o papel de algumas atividades organizadas no seio da sociedade para garantir algum nível de coesão social³¹.

Já agora, além dos interesses privados do senhor de extrair o maior rendimento possível de seus domínios, emergia um conceito de bem comum a ser atendido. Em geral, a resposta inicial a essa demanda vinha da Igreja, que passou gradativamente a se encarregar, por exemplo, de serviços sanitários, de higiene, da assistência social e à saúde em relação aos pobres, enfermos, descapacitados e idosos, desenvolvendo atividades de caridade, sobretudo

²⁹ ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3^o ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 11, BENCHENDIKH, François. **L'essentiel de la délégation de service public**. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2014, p. 13 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 28.

³⁰ “*Le noyau dur de ce régime juridique n’est pas sensiblement modifié lorsque les communautés, au fur et à mesure de l’émancipation urbaine du XIIe et XIVe siècle, succèdent aux seigneurs.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 46)

³¹ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 40-42.

no exercício da compaixão, que se destacava como importante valor cristão na medida em que ganhava relevância a filosofia tomista na construção da doutrina católica. A Igreja também passou a prover serviços de educação, o que lhe permitia transmitir sua doutrina, baseando-se, em geral, em um sistema de solidariedade social.

Esse papel desempenhado pela Igreja católica era fundado na recolha de doações daqueles que tinham posses, de modo a manter os serviços para os desvalidos. Acabou se demonstrando também uma das principais fontes de poder político, pelo controle que passou a desempenhar sobre a população, dependente de suas atividades caritárias, até o momento em que a consolidação da democracia iniciou o processo de laicização do bem comum, fazendo com que o papel da Igreja na construção da coesão social, como núcleo agregador da solidariedade pública, perdesse muito de sua relevância³².

Além desses serviços de cunho social, o advento de uma urbanização, ainda que incipiente e a dinamização da atividade mercantil, criavam novas demandas como as relacionadas à segurança no deslocamento pelos domínios feudais, especialmente nas cidades, onde circulava grande parte da riqueza da época. Surgiam, então, serviços organizados, de tipo militar, para o policiamento das vilas e dos seus acessos, assim como para o controle de vetores de doenças, limpeza das ruas e manutenção das estradas — as quais, na maioria das vezes, haviam sido construídas no período romano, onde já se havia introduzido a cobrança de pedágio. Organizavam-se, ainda, serviços como os de transporte de mercadorias por charrete e de pessoas por diligências e de correios.

É curioso observar, portanto, que, apesar de ser visto como um fenômeno tipicamente moderno, surgido no influxo das revoluções burguesas, a noção de serviço público — embora nem sempre se tenha usado essa terminologia — é significativamente antiga. Mesmo em um período histórico em que o próprio conceito de Estado havia se perdido em meio à fragmentação política do medievo, já era possível identificar características próximas a dos serviços públicos, como as de continuidade, universalidade de acesso e igualdade³³.

1.3 O surgimento do Estado moderno e o absolutismo

A transição da Idade Média para os tempos modernos se deu pela ascensão da burguesia que, movida pelo interesse de se livrar das amarras que o regime feudal

³² GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 42-43.

³³ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 39-40.

representava para o desenvolvimento da sua atividade comercial, financiou a unificação dos Estados nacionais, permitindo aos reis organizar poderosos exércitos para a conquista de vários territórios e anexações negociadas de outros tantos, com o auxílio da persuasão de seu novo poderio bélico. Com o surgimento dos Estados modernos, as atividades de comércio — que se ressentiam da fragmentação política do período feudal, a qual não favorecia a circulação das mercadorias — desenvolveram-se ainda mais.

A origem divina do poder ia sendo, a esse tempo, substituída por conceitos jurídicos. A progressiva ruína da ordem jurídica medieval dava lugar a um laivo de positivismo, baseado no conceito de lei como resultado da vontade secular, produzida por homens e resultado de uma afirmação de poder que se baseava agora, não mais na figura de Deus, mas sim na ideia de soberania, surgida naquele mesmo momento histórico³⁴, juntamente com o Estado Moderno, no final do século XVI³⁵. Jean Bodin foi o primeiro autor de quem se tem notícia a abordar o tema, em sua famosa obra *Os seis livros da República*. A ele se seguiram muitos outros, dentre os quais se destacam Hobbes, Rousseau, Bentham e Austin³⁶.

A teoria que se desenvolveu sobre o conceito de soberania foi essencial para que os reis — a força emergente deste período — pudessem consolidar seu poder, impondo-se definitivamente à organização medieval de então³⁷. Em razão dos processos de unificação, os Estados modernos passavam a afirmar seus poderes sobre todo o seu território. Essas transformações do ambiente político, coincidiram com o cisma da fé religiosa no século XVI que, ao criar disputas e incertezas quanto ao verdadeiro conteúdo da vontade divina, desafiava o poder da Igreja Católica e, em consequência, a legitimação das lideranças políticas feudais,

³⁴ “*Pouco a pouco, os príncipes provinciais foram conseguindo concentrar em suas mãos uma série dos direitos de soberania dispersos espacial, objetiva e funcionalmente, fortalecendo-se paulatinamente como poder público abrangente. Embora esse processo tenha terminado muito mais tarde, cedo surgiu, a partir dele, um sistema especializado em política e personificado na pessoa do príncipe, mas que logo formou sua própria infraestrutura administrativa, militar e financeira e que, diferentemente do poder político na Idade Média, era compreendido como Estado.*” (GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7)

³⁵ Sobre a identificação do conceito de soberania com o surgimento do Estado Moderno, ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 63; BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.122; MATTEUCCI, Nicola. “verbete: soberania”. **Dicionário de Política** (org. Norberto Bobbio et alli.). 9ª ed. Brasília: editora UnB, 1997, p. 1179, ARBUET-VIGNALI, Herber. O atributo da Soberania. **Estudos da Integração**, v.9. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 14, LAFER, Celso. Os dilemas da soberania. **Possibilidades e Paradoxos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 66 e HAURIOU, Maurice. **Derecho Publico y Constitucional**. 2ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/a, p. 245-248.

³⁶ Para um estudo detalhado da obra destes autores e outros mais, sobre o tema da soberania, sugerimos a consulta a: PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática da Soberania**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense editora, 1990, pp. 21 a 133.

³⁷ MATTEUCCI, Nicola. “verbete: soberania”. **Dicionário de Política** (org. Norberto Bobbio et alli.). 9ª ed. Brasília: editora UnB, 1997, p. 1179 e LAFER, Celso. Os dilemas da soberania. **Possibilidades e Paradoxos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 69.

assim como a própria ordem jurídica vigente³⁸. Pode parecer algo prosaico e banal hoje em dia a superação do conceito do direito como uma ordem normativa revelada e a consciência de que as leis e os atos de governo são resultado da vontade humana, legitimados por arranjos de poder, mas essa virada transformou radicalmente o arcabouço jurídico que envolve a atuação do Estado. Como conclui Jellinek³⁹, o surgimento histórico da soberania significou a negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder, físico ou metafísico, passando a exercer um poder supremo e independente, sem reconhecer nenhuma autoridade acima da sua⁴⁰.

Ocorre que essa concepção moderna de Estado, como uma ordem instituída para exercer a soberania sobre um dado território, no qual desempenha uma autoridade máxima e exclusiva, acabou se confundindo com a própria figura dos reis, responsáveis pela unificação e pela sua afirmação. Contribuiu para isso também, o fato de que, com os recursos da burguesia, haviam reunido grandes exércitos e amalhados muito poder, o que lhes permitia agir de maneira cada vez mais autoritária e despótica. A vontade do reino e a vontade do monarca se confundiam. A condução dos assuntos de Estado se dava, portanto, de modo voluntarioso e arbitrário. O rei exercia as diversas funções estatais segundo suas próprias convicções e em busca de seus próprios interesses e da corte que lhe dava sustentação política, sem levar em conta as necessidades coletivas de seus súditos⁴¹. Tanto assim que

³⁸ “A crise da antiga ordem eclodiu em consequência do cisma ocorrido na fé religiosa durante o século XVI. Antes, uma série de mudanças sociais já havia desencadeado várias atividades legiferantes, sem que, por isso, houvesse uma renúncia à convicção fundamental da origem divina e à imutabilidade da ordem jurídica nela baseada. Porém o cisma na fé religiosa teve efeitos exatamente sobre essa convicção fundamental. De início, ela não tocou na questão de um direito fundado na vontade de Deus e, por isso, indisponível para os homens, porém ela destruiu a certeza existente até então acerca do conteúdo da vontade de Deus, certeza em todo caso produzível autoritariamente. A discussão sobre qual ordem Deus havia desejado para a humanidade, tornou-se objeto de uma disputa irreconciliável entre partidos religiosos que, em pouco tempo, levou à guerra civil. Todavia, com isso foi quebrada mais que a unidade religiosa. Em um sistema em que a revelação divina determinava não apenas a salvação pessoal do homem, mas também toda a ordem pública, foi a paz social a mais destruída, cedendo lugar à ameaça existencial de todos.” (GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 6)

³⁹ JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 356. Machado Paupério define a soberania como “a qualidade do poder supremo do Estado de não ser obrigado ou determinado senão pela sua própria vontade, dentro da esfera de sua competência e dos limites superiores do Direito” (PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática da Soberania**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense editora, 1990, p. 137).

⁴⁰ Para aprofundamento da ideia, vide: MATTEUCCI, Nicola. “verbete: soberania”. **Dicionário de Política** (org. Norberto Bobbio et ali.). 9ª ed. Brasília: editora UnB, 1997, p. 1180; BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 124; LAFER, Celso. Os dilemas da soberania. **Possibilidades e Paradoxos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 69 e JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 97.

⁴¹ “Por meio do gubernaculum, o rei relacionava-se com outros Estados e cuidava internamente dos chamados assuntos de Estado (arcana imperii), cuja própria natureza determinava que eles fossem confiados a uma única pessoa para que pudessem ser decididos de forma rápida. Esse poder, por sua própria natureza, era discricionário, extra legem, e não podia ser exercido com base nas leis estabelecidas, além de ser confiado à

esses monarcas passaram a ser eles próprios designados “Soberanos”, como se reunissem em si as características da soberania⁴².

As atividades de assistência social no Estado Liberal burguês estavam longe de ser uma das principais preocupações do monarca, que, em geral, delegava essas responsabilidades para as comunidades locais. O rei estava interessado em manter seu poder e os luxos da corte e atender aos principais anseios da burguesia, que sustentava suas necessidades financeiras. Como ressalta Alexandre Aragão, “*no âmbito econômico, a função do Estado Liberal era apenas a de auxiliar o bom desempenho das atividades econômicas da classe burguesa, que, por ser a única com voto, tinha integral controle sobre o aparelho estatal*”⁴³. No que diz respeito às condições de miséria em que viviam alguns, o Estado atuava apenas de maneira paliativa e “*desempenhava ação meramente voluntarista, para melhorar situações individuais de maior gravidade, sem pretensões de efetuar mudanças na realidade social e econômica*”⁴⁴.

Para financiar as suas atividades e, sobretudo os custos elevados da vida na corte, os monarcas impunham pesada tributação e ainda exploravam o seu patrimônio⁴⁵, não somente com o arrendamento de terras, típico do feudalismo, mas também pelo controle direto de

prudência do rei. Tratava-se verdadeiramente de um poder arbitrário porque, ao exercê-lo, o Rei não prestava conta de seus atos a ninguém.” (ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: RT, 2014, p. 102)

⁴² Um dos pilares da Revolução Francesa, alguns séculos mais tarde, foi exatamente a afirmação da soberania do Estado, distinguindo claramente sua figura da daquele que ocupa o governo: “*La proclamation pour l’Assemblée nationale, dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, du principe de la souveraineté nationale (art. 3) et, subséquentement, sa réaffirmation dans l’article 1 du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791, marquent explicitement la fin de l’Ancien Régime qui se caractérisait par la confusion des intérêts de l’État et ceux de la personne du Souverain, donc par l’assimilation plus ou moins totale du service de celle-ci au service de celui-là.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 53)

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 35-36.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ As concessões, que ainda se tornariam mais frequentes no futuro, já eram utilizadas pelos reis, como asseveram Robert Ekelund e Robert Hébert para essa exploração do patrimônio que mantinham sob seu controle: “*For many prior centuries franchise bidding of the type described by Belidor took place between rival entrepreneurs and the king or his delegated officials. Medieval monarchs, both those who held absolute power to tax and those who did not, often augmented the royal treasury by the sale at auction of certain property rights that were reserved to them by virtue of their office. Franchise bidding schemes could be, and were, devised either to maximize royal revenues (a form of rent-seeking) or to minimize “public” expenditures (e.g., in the provision of public goods). The king might therefore auction to the highest bidder an exclusive trading right, or he might award to the lowest bidder a contract for the construction of military fortifications. As long as their control of property rights was absolute and centralized, European monarchs were under no compulsion to use franchise bidding in the public interest.*” (EKELUND Jr., Robert B. e HÉBERT, Robert F. The proto-history of franchise bidding, **Southern Economic Journal**, vol. 48, n° 2, p. 466, out. 1981). Em sentido semelhante: “*French monarchs of sixteenth, seventeenth and early eighteenth centuries possessed near-absolute powers of taxation, sweeping control over industry, and enforcement machinery that was both efficient and pervasive. On the whole, French rulers were more successful than English monarchs in securing regulatory authority and in consolidating control over property rights, including power of tax.*” (EKELUND Jr., Robert B. e HÉBERT, Robert F. The proto-history of franchise bidding, **Southern Economic Journal**, vol. 48, n° 2, out. 1981, p. 467)

diversas atividades econômicas. Como ressalta Floriano de Azevedo Marques, “*nesse primeiro momento, ainda no pré-capitalismo, a atividade mercantil se confundia com um monopólio fiscal, com uma atividade própria ao soberano e não exercida livremente pelos atores individuais*”⁴⁶. O exercício de determinadas atividades era reservado à Coroa ou àqueles que recebessem as regalias, ou seja, o privilégio concedido pelo rei, que equivalia a uma delegação a indivíduos, normalmente em troca do pagamento de parcelas da renda obtida.

A criação de monopólios era considerada um poder absoluto do monarca, na qualidade de governante supremo de seu Estado. Era ele quem escolhia quais atividades deveriam ser objeto de monopólio e a quem estas explorações monopolistas deveriam caber. Por trás desse sistema ainda estava uma noção típica da Idade Média de uso das concessões para a exploração dos domínios do senhor. O poder do rei sobre a atividade mercantil, conferindo a ele um direito próprio e exclusivo quanto à sua exploração, emprestava às concessões um aspecto patrimonial, de trespasse aos particulares daquilo que pertencia essencialmente à coroa⁴⁷. Daí ter ficado conhecido esse período como o do Estado Patrimonial, em que o Estado buscava os seus recursos especialmente na exploração dos bens que controlava e da outorga de direitos sobre certas atividades que dominava⁴⁸.

Como a atividade comercial e mercantil era o principal interesse da burguesia, que havia patrocinado a ascensão dos monarcas absolutistas, a sua incorporação ao patrimônio da coroa não se dava sem tensões. McIlwain⁴⁹ narra fato ocorrido na Inglaterra, durante o reinado de Isabel, em 1603, que bem ilustra a prática dos monopólios régios e o ambiente crítico que já se ia formando na Inglaterra contra esse arbítrio real, ainda em princípio do século XVII. Tendo em vista o grande desconforto que vinha provocando, o deputado William Hakewill teria levado o tema para discussão no Parlamento, provocando cinco dias de debates acalorados. Iniciou seu discurso lendo a lista das últimas patentes de monopólio expedidas pela rainha e, tomado de indignação, teria erguido a lista e perguntado: “*O pão não está aqui? Se não tomarmos nenhuma medida, o pão estará nessa lista antes do próximo parlamento*”.

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 44.

⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 50.

⁴⁸ A concessão pelos monarcas de privilégios para a exploração de monopólios, como meio de obtenção de recursos era, segundo Franceschelli, uma prática bastante comum durante o período do Renascimento. (FRANCESCHELLI, Remo. **Trattato di diritto industriale**. Milão: Giuffrè, 1960, p. 77)

⁴⁹ McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 148-151.

Ao perceberem que os ânimos iam se exaltando na Câmara dos Comuns, com risco iminente de que o Parlamento pretendesse editar algum ato a respeito, alguns ministros acorreram à rainha que, ao tomar conhecimento do assunto, convocou o *speaker* (presidente da Câmara dos Comuns) à sua presença e lhe entregou uma mensagem dirigida aos parlamentares, na qual anunciava que adotaria em breve mudanças no sistema de distribuição de monopólios. Três dias depois, chegava ao Parlamento uma proclamação editada pela “graça e favor” da rainha cancelando vários monopólios e declarando revogáveis a maioria dos demais. Todavia, ao final de seu decreto real deixava expresso que “*se qualquer de seus súditos, sediciosamente ou com desprezo, pretendesse pôr em dúvida o poder ou a validade da prerrogativa real, inerente à sua coroa imperial, os culpados seriam severamente castigados*”. A reação relatada da rainha Isabel demonstra sua incapacidade de resistir à revolta dos comuns, o que a levou a ceder quanto aos monopólios reais. No entanto, fez questão de reafirmar o seu poder e de deixar claro que a atitude derivava de sua “graça e favor”. Essa tensão entre realeza e burguesia, eclodiria mais tarde em forma de guerra civil, por ocasião das revoluções burguesas⁵⁰.

Esse também foi o período de grande desenvolvimento de novas rotas comerciais, com exploração de terras longínquas, primeiro em direção ao Oriente e logo em busca de desbravar novos continentes, após o descobrimento do Novo Mundo. A era das grandes navegações obviamente não passou despercebida pelos monarcas absolutistas, que transformaram as principais rotas em objeto de concessões reais, notabilizando-se as outorgadas às companhias das Índias, que recebiam direitos exclusivos de comercialização dos produtos de diversas origens. Em troca de proteção e privilégios de exploração, compartilhavam parte das riquezas auferidas com a coroa⁵¹.

⁵⁰ No julgamento da ADIN 3.273, em que se discutiu a constitucionalidade da Lei nº 9.478/97, que disciplinou o regime de exploração e produção de petróleo e gás no Brasil, por meio de contratos de concessão, o Relator, Min. Eros Grau, fez expressa referência ao “Caso dos Monopólios”, de 1603, que redundou na aprovação de uma lei, no início do século XVII, em que se proibiu, na Inglaterra, a concessão indiscriminada de monopólios pela Coroa (*crown-granted monopolies*), reservando-o preferencialmente para os casos de proteção das patentes de invenção. Afirmou, naquela ocasião, que “*a contestação aos monopólios até então tidos como ilícitos expressava, na realidade, contestação ao poder do monarca que os concedia.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADIN 3.273**, Relator para acórdão Min. Eros Grau, julgado em 16/03/2005, DJ de 02/03/2007, p. 25.)

⁵¹ “*Os empreendedores mercantis dependiam do Estado para ampliar a abrangência do comércio (expandindo-se o comércio local para o âmbito costeiro de curta distância, depois para o Mediterrâneo e para Flandres e, posteriormente, para o norte da África e as Índias, até chegar à empreitada ultramarina), e o então ressurgente Estado não podia prescindir dos mercadores (e posteriormente empreendedores) individuais. Afinal, são eles que detêm os recursos, o conhecimento das rotas e dos centros provedores de mercadoria, as técnicas, a capacidade negocial e, principalmente, a disposição a empreender e assumir riscos em uma atividade sempre prenhe de incertezas. Essa dependência recíproca e o papel exercido pelo Estado português em suprir as necessidades dos mercadores explicam por que coube a Portugal (e não aos mercadores genoveses*

A própria ocupação territorial de diversas colônias também se deu por meio da outorga de concessões territoriais, como ocorreu no Brasil com a instituição das capitanias hereditárias. Os titulares das capitanias tinham a missão de ocupar o território, desenvolver atividades econômicas, converter os índios à religião católica e mesmo organizar uma estrutura institucional na região, sempre em nome do rei. Incumbia-lhes fazer a Coroa presente em terras d'além-mar⁵².

A crescente urbanização e o incremento das atividades comerciais transformava rapidamente a sociedade e demandavam a implantação de novas infraestruturas. Em consequência, desenvolveu-se também, nessa época, a prática de ensejar a particulares que assumissem investimentos em utilidades públicas que não poderiam ser arcados pela coroa, por falta de recursos ou de estrutura adequada⁵³. Seguindo o modelo de privilégios, era comum que a concessão fosse outorgada em caráter perpétuo e hereditário⁵⁴. Datam desta época, na França, a concessão do Canal de Crapanne, outorgada em 1554 para ensejar a irrigação da planície banhada pelos rios Rhône e Durance, seguida de outras concessões para canalização de rios; assim como para a alimentação de água ao Palácio do Louvre em 1604; a

e venezianos) estar à frente da aventura ultramarina.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 44)

⁵² As capitanias tomavam uma feição muito semelhante à da sociedade medieval, no que diz respeito à sua organização. Por outro lado, sua outorga pelo Estado português se dava aos capitães donatários nos moldes de uma concessão de terras. Assim as descreve Oliveira Marques: “*Cada lote (capitania ou governo) era concedido a um capitão-donatário (também chamado governador), cujos poderes se mostravam semelhantes aos capitães da Madeira, Açores e Cabo Verde. Agiam como senhores feudais, gozando de plena jurisdição civil e criminal, nomeando funcionários e exigindo-lhe homenagem. Podiam transmitir a capitania aos herdeiros. Deviam distribuir a terra a colonos católicos que ficavam obrigados a cultivá-la durante certo tempo, livre de impostos, exceptuada a dízima à Ordem de Cristo. Os meios de produção (engenhos de açúcar, moinhos e azenhas, fornos, lagares etc.) pertenciam ao capitão que os arrendava ou concedia a troco de tributo. O capitão tinha igualmente o direito de guardar para si algumas léguas de terra, subdivididas em lotes e arrendadas por sua conta a outros colonos. Os proprietários de vastas áreas de terra não cultivada podiam também subarrendá-la a outros camponeses. Tudo isto automaticamente criava uma sociedade hierarquizada em quatro categorias, muito à maneira feudal. O comércio pertencia tanto aos colonos em sistema livre quanto à Coroa que possuía os monopólios do pau-brasil, dos escravos, das especiarias e das drogas, bem como o quinto de todos os minérios e pedras preciosas. Privando os colonos das principais e mais fáceis fontes de rendimento, a Coroa empurrava-os praticamente para as tarefas agrícolas e para a criação de novas fontes lucrativas. O resultado iria ser o desenvolvimento da indústria açucareira.*” (MARQUES, A. H. Oliveira. **Breve História de Portugal**. 5ª ed. Porto-Lisboa: Editorial Presença, 2003, p. 231-232)

⁵³ “*Les services publics d'envergure nationale — canaux, ports, ponts et bacs, marais asséchés, postes aux chevaux — font l'objet de privilèges régaliens. Les routes sont héritées de l'Empire romain. Saint-Louis établit les établissements royaux pour les infrastructures. Henri IV, puis Louis XIV et Colbert généralisent le système des compagnies à charte. La plupart des services publics sont délégués à des concessionnaires, y compris la forme générale des impôts. Dans leur conception régaliennne, les services publics sont fréquemment associés au monopole fiscal. Les péages pour l'accès aux services dispensés par le pouvoir féodal puis royal, s'assimilent à des prélèvements fiscaux. Dès lors qu'il y a impôt, il y a monopole public.*” (STOFFAËS, Christian. **L'Europe de l'utilité publique**: des industries de service publics renouvelées dans l'Europe libérale. Rapport au Ministre de l'économie. Paris: ASPE, 1995, p. 49) e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 47.

⁵⁴ EKELUND Jr., Robert B. e HÉBERT, Robert F. The proto-history of franchise bidding, **Southern Economic Journal**, vol. 48, nº 2, p. 466, out. 1981.

concessão da disposição do lixo domiciliar de Paris (1608); concessões para a abertura e manutenção de rotas entre as cidades, mediante o pagamento de pedágio, como na ligação entre Paris e Borgonha (1680), Orleans (1682) e Normandia (1707); concessão para a instalação de bombas d'água contra incêndio em Paris (1669), seguida da concessão para o fornecimento de água para toda a cidade (1670); assim como concessões para o manejo de fossas assépticas (esgotamento sanitário) de Paris (1755) e para o bombeamento de água para consumo naquela capital ao longo do século XVII; além da concessão para a iluminação pública da cidade de Paris (1769) e concessão para produção e comercialização de água aos irmãos Perrier (1777)⁵⁵.

Outras formas de intervenção estatal em atividades econômicas também eram possíveis, além da instituição de monopólios, como relata Odete Medauar, ao narrar episódio ocorrido na França, em 1665, onde os monarcas ainda encontravam menos resistência ao exercício de seus poderes absolutistas. Teria sido criada, na cidade de Marignane, uma padaria comunal. Em geral, esse tipo de serviço era delegado pelo rei às comunidades locais, que permitiam sua livre exploração pelos comerciantes. Diante da reclamação dos padeiros, o poder local justificou a iniciativa em razão dos preços excessivos que vinham sendo cobrados e da constatação da insuficiência da oferta à população, invocando, assim, o bem comum como fundamento para manter a padaria comunal. Mantida a iniciativa pública, já se esboçavam ali, como ressaltado pela autora, os princípios da continuidade e da igualdade dos usuários ante o serviço e a sua finalidade de coesão social, típicos da abordagem de tradição francesa e europeia continental quanto aos serviços públicos⁵⁶.

Essas concessões eram, ainda, de certa forma, o reflexo dos contratos de concessão que já eram firmados desde a Idade Média, especialmente após o século XIII, por meio dos quais os senhores feudais delegavam a servos mais prósperos ou a algum de seus vassalos, suas prerrogativas de exploração das banalidades feudais ou de outros serviços, em relação aos quais, em geral, gozavam de monopólio⁵⁷. Porém, aqui já é possível notar uma perda de relevância do aspecto patrimonial em detrimento de uma característica mais funcional, ou

⁵⁵ Todas as informações colhidas em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 47-51 e GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 46-47.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, vol. 189, p. 101, jul./set. 1992.

⁵⁷ “*Le régime seigneurial avait utilisé, au niveau local, un outil juridique appelé à un grand succès: la délégation contractuelle. Par contrat, le seigneur pouvait déléguer à ceux qui le servaient un certain nombre de tâches administratives relevant de l'exercice de son propre pouvoir, ainsi que les prérogatives de puissance publique qui y sont attachées.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 45)

instrumental, das concessões, já que se consolidava o seu uso, em diversas ocasiões, como instrumento de formação de parcerias do soberano com agentes privados para a consecução de determinados objetivos⁵⁸.

1.4 A origem do Estado de Direito liberal burguês

A excessiva intervenção do Estado absolutista na vida econômica acabou gerando grandes tensões com a burguesia, como já viu. Era especialmente relevante, nesse momento histórico, a preocupação em conter a sanha arrecadatória dos monarcas e o exercício arbitrário do poder amealhado pelos reis, que haviam se convertido em figuras muito poderosas e, agora, oprimiam, pela cobrança excessiva de tributos, aqueles que haviam financiado a empreitada de unificação dos reinos.

Começavam, então, a ganhar força os ideais liberais e a convicção de que o Estado não deveria intervir nas atividades comerciais, já que todos os indivíduos deveriam ser considerados livres. Resgatou-se, então, nessa época, a ideia de um direito natural. Não mais um direito natural fundado em fontes metafísicas, mas um direito natural ditado pela razão, resultado do conhecimento e da liberdade humanas, devendo o poder político ser limitado em seu benefício. Surgiram, assim, nos séculos XVII e XVIII, as teorias jusnaturalistas racionalistas.

O Estado passava a ser encarado como a única fonte do poder e do direito. Mas a lei, como expressão do direito, deveria obedecer a elementos superiores de razão⁵⁹, reconhecendo-se *“que há, na sociedade, um conjunto de valores e pretensões humanas*

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 50.

⁵⁹ Ao tratar da legitimidade das democracias constitucionais contemporâneas, Rosenfeld, reconhece a necessidade de reunião de um certo consenso social para a manutenção de uma ordem jurídica instituída e indica a origem desse pensamento exatamente nas obras de Locke e Rousseau, além de Hobbes, Kant e mais modernamente Rawls: *“Because everyone does not share the same values or interests in societies that are pluralistic-in-fact, the legitimacy of fundamental political institutions must ultimately depend on some kind of consent among all those who are subjected to such institutions. There is a long standing tradition that conceives institutional legitimacy and political justice in terms of consent. That tradition is the one established by social contract theory as articulated in the philosophies of Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, and, more recently, Rawls. In the broadest terms, under social contract theory, the legitimacy of government depends on the consent of the governed. However, there is no agreement among social contract theorists, as to what constitutes adequate consent. For some, like Locke it seems to be the actual consent of the governed, while for others, like Rawls, a hypothetical consent on the basic institutions of society suffices. Furthermore, consent is also the basis for legitimacy in the context of theories that do not strictly speaking fall within the social contract paradigm but which nonetheless bear great affinity with it, such as Habermas’s consensus based on discourse theory of the justification of law.”* (ROSENFELD, Michel. **The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy**. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Cardoso Law School, working paper series nº 36, 2001, p. 8-9).

legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo”⁶⁰. Essa concepção iluminista, que reconhece limites à ação do Estado, assim como direitos dos cidadãos a abstenções estatais, se tonou uma das principais influências teóricas das revoluções burguesas. Consolidava-se o Estado liberal, afirmavam-se as liberdades fundamentais dos cidadãos e os direitos humanos e assentava-se o caminho para a explosão do individualismo.

Essa transição, no entanto, não se deu de forma pacífica. Ao contrário, foi conquistada com muito derramamento de sangue. Apesar de ter sido um verdadeiro símbolo do apogeu do Absolutismo e de ter vivido essa época conflagrada, não foi durante o reinado de Luiz XIV que a França viveu sua revolução burguesa. Foi nessa época, no entanto, que se precipitaram os primeiros movimentos revolucionários relevantes na Inglaterra⁶¹, cujo grande teórico, sem sombra de dúvida, foi John Locke, que escreveu em 1681 o seu clássico “Dois tratados sobre o governo”⁶², sob os influxos da agitação e das transformações por que passava a sociedade inglesa⁶³. Sua ideia de poder político, contudo, constituiu provavelmente o cerne da inspiração de Jean-Jacques Rousseau para escrever, muitos anos depois, em 1762, “O contrato social: ou princípios de direito público”⁶⁴; assim como certamente também serviu de inspiração para “O espírito das leis”⁶⁵, escrito em 1748 por Montesquieu, na volta de longa viagem que realizara à Inglaterra. Essas obras essenciais também podem ser apontadas como fundamentais no suporte teórico da Revolução Francesa, cujo marco histórico simbólico foi a queda da Bastilha alguns anos mais tarde, em 1789.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 271.

⁶¹ Não custa recordar que, após a chamada Revolução Puritana, com a execução do rei Carlos I e a ascensão de Crownwell como Lorde Protetor da República recém proclamada, os seus sucessores e futuros reis Carlos II e Jaime II ficaram sob a proteção do monarca francês durante o exílio, até a restauração da monarquia na Inglaterra, tendo Luiz XIV permanecido um franco aliado de James II até o fim de seu governo, a quem chegou a oferecer apoio militar para resistir à invasão de Guilherme de Orange, proclamado rei William III quando definitivamente afastou do poder a dinastia Stuart. (PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5ª ed. Indianapolis: Little, Brown and Co, 1956, p. 48-64)

⁶² LOCKE, John. **Two Treatises on Government**. The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, E-book, edição do Kindle.

⁶³ Para auxiliar na contextualização histórica dos acontecimentos ocorridos durante a Revolução Inglesa, convém recordar que a chamada a Revolução Puritana, que redundou em uma verdadeira guerra civil opondo as forças militares — que, lideradas por Oliver Crownwell, representavam os interesses do Parlamento — às forças reais, transcorreu de 1640 a 1649, com a execução do rei Carlos I. A República de Cromwell se estendeu de 1649 a 1658, quando foi restaurada a dinastia dos Stuart, sob os reinados de Carlos II e, posteriormente, Jaime II, que durou até 1688, encerrado pela chamada Revolução Gloriosa, ao cabo da qual foi instituída a Monarquia Parlamentarista, com a coroação de William III, em cerimônia na qual prestou o juramento de respeitar o Parlamento e as leis inglesas por ele editadas, submetendo-se ao seu poder. Uma descrição mais detalhada dos episódios que caracterizaram esse período histórico pode ser encontrada em: PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5ª ed. Indianapolis: Little, Brown and Co, 1956, pp. 48 a 64.

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du Contrat Social: ou principes du droit politique**. Paris: Bordas, 1972.

⁶⁵ MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Norph-Nop editions, 2011, E-book, edição do Kindle.

Segundo a concepção de Locke, o poder político exercido no âmbito estatal consistiria na soma dos poderes que cada indivíduo tem, no estado de natureza, de proteger a sua propriedade e perseguir o seu bem-estar, além de punir aqueles que venham a violar as leis da natureza. A vida em sociedade levaria a que esses poderes, tácita ou explicitamente, fossem compartilhados pela comunidade, com vista a alcançar empreendimentos coletivos que os esforços individuais não seriam capazes de lograr isoladamente. Assim, cada indivíduo abriria mão de parte de sua liberdade, submetendo-se às limitações impostas pelo Estado, em nome da busca do bem comum⁶⁶. O trecho transcrito a seguir, extraído do livro II sobre o governo civil, no capítulo sobre o “poder paternal, político e despótico”, é bastante esclarecedor desta visão, que já se pode denominar como contratual, ainda que o contrato seja implícito⁶⁷:

Em segundo lugar, o poder político é esse poder, que todo homem, no estado da natureza, entregou nas mãos da sociedade, e portanto para os governantes, que a sociedade estabeleceu sobre si mesma, com essa confiança expressa ou tácita, que será empregado para o seu bem, e a preservação de sua propriedade: agora esse poder, que todo homem tem no estado da natureza, e que ele compartilha com a sociedade em todos esses casos em que a sociedade pode protegê-lo, deve ser usado para a preservação de sua própria propriedade, como ele achar certo, e a natureza lhe permitir; e punir a violação da lei da natureza pelos outros, de modo que (de acordo com o melhor de sua razão) deve conduzir à preservação de si mesmo, e do resto da humanidade.

A formulação do conceito de liberdade de Montesquieu, como a possibilidade de fazer tudo aquilo que a lei (aprovada pelos representantes do povo) permita, abstendo-se de fazer

⁶⁶ É curioso observar que uma construção teórica muito semelhante se deu, séculos mais tarde, em relação ao conceito de soberania, quando a Europa, destruída depois de duas guerras devastadoras, decidiu buscar a união dos países em uma sólida aliança que pudesse assegurar uma paz duradoura. Surgiram naquele momento as comunidades europeias e, posteriormente, a União europeia, com a instituição de um regime jurídico novo: o direito comunitário ou direito europeu, que se baseia na ideia de supranacionalidade e soberania compartilhada. A fundamentação teórica do compartilhamento de soberania entre os países, para criar uma esfera jurídica supranacional — cujas normas passavam a ser oponíveis aos Estados independentemente do seu consenso, ao contrário da lógica do direito internacional —, reflete, de alguma forma, as ideias de Locke. Transpõe-se a ideia de cessão de parcela da liberdade individual ao Estado, para uma cessão de parcela da soberania do próprio Estado a uma comunidade de Estados. Assim, a reunião dessas parcelas de soberania cedidas por cada um dos Estados é que fundamenta o poder exercido pelas autoridades comunitárias sobre eles próprios. Para um exame mais detalhado dos conceitos de supranacionalidade e soberania compartilhada ver: REIS, Márcio Monteiro. **Mercosul, União Europeia e Constituição**: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 61 a 80.

⁶⁷ “*Secondly, Political power is that power, which every man having in the state of nature, has given up into the hands of the society, and therein to the governors, whom the society hath set over itself, with this express or tacit trust, that it shall be employed for their good, and the preservation of their property: now this power, which every man has in the state of nature, and which he parts with to the society in all such cases where the society can secure him, is to use such means, for the preserving of his own property, as he thinks good, and nature allows him; and to punish the breach of the law of nature in others, so as (according to the best of his reason) may most conduce to the preservation of himself, and the rest of mankind.*” (LOCKE, John. **Two Treatises on Government**. The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, E-book, edição do Kindle, Book II. Of Civil Government, Chap. XV. Of Paternal, Political, and Despotical Power, considered together, posição 4791)

aquilo que a lei vede, tem como pressuposto essa autoridade da lei, de restringir parcialmente as liberdades em nome do bem comum⁶⁸:

A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitirem; e se um cidadão pudesse fazer o que eles vedam, ele não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder.

Segundo John Locke, a verdadeira detentora desse poder político era a comunidade (*common-wealth*⁶⁹ é a expressão original usado em língua inglesa, como equivalente ao termo *civitas*, do latim), que corresponde ao ambiente político em que todos os indivíduos compartilham aqueles poderes inerentes ao estado de natureza, de cujo exercício individual abriram mão quando decidiram viver em sociedade. Na verdade, pode-se concluir que a *common-wealth* a que se refere Locke equivale ao conceito moderno de Estado, termo este que já tinha sido utilizado por Maquiavel no século anterior. É nesse ambiente que deve ser exercido o poder político, o qual, no entanto, não pode ser concentrado nas mãos de apenas um indivíduo, sob pena de se tornar despótico, razão pela qual deve ser dividido. É relevante observar que Locke não apresenta uma ideia fechada de organização do Estado, nem de quais são os poderes a serem distribuídos. A ideia principal é a de que os poderes políticos da comunidade (ou do Estado) não podem ser todos atribuídos a um único indivíduo, mas devem ser distribuídos.

O poder supremo, segundo sua concepção, que marcou profundamente a cultura e a tradição política inglesa até os nossos dias, seria o legislativo⁷⁰. Todos os poderes deveriam

⁶⁸ “*La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvait faire ce qu’elles défendent, il n’aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir.*” (MONTESQUIEU. **De l’esprit des lois**. Norp-Nop editions, 2011, E-book, edição do Kindle, posição 2877)

⁶⁹ “*Sec. 133. By common-wealth, I must be understood all along to mean, not a democracy, or any form of government, but any independent community, which the Latines signified by the word civitas, to which the word which best answers in our language, is common-wealth, and most properly expresses such a society of men, which community or city in English does not; for there may be subordinate communities in a government; and city amongst us has a quite different notion from common-wealth: and therefore, to avoid ambiguity, I crave leave to use the word common-wealth in that sense, in which I find it used by king James the first; and I take it to be its genuine signification; which if any body dislike, I consent with him to change it for a better.*” (LOCKE, John. **Two Treatises on Government**, The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, E-book, edição do Kindle. Book II. Of Civil Government, Chap. X. Of the Forms of a Common-wealth, The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, edição do Kindle, posição 4419).

⁷⁰ “*Sec. 134. THE great end of men’s entering into society, being the enjoyment of their properties in peace and safety, and the great instrument and means of that being the laws established in that society; the first and fundamental positive law of all commonwealths is the establishing of the legislative power; as the first and fundamental natural law, which is to govern even the legislative itself, is the preservation of the society, and (as far as will consist with the public good) of every person in it. This legislative is not only the supreme power of the common-wealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it; nor can any edict of any body else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of a law, which has not its sanction from that legislative which the public has chosen and appointed: for without this the law could not have that, which is absolutely necessary to its being a law, the consent of the society, over whom no body can have a power to make laws, but by their own consent, and by authority received from them; and therefore all the obedience, which by the most solemn ties any one can be obliged to pay,*

estar submetidos ao direito natural e não poderiam afrontar seus preceitos, mas o poder legislativo deveria ser o único capaz de restringir as liberdades individuais e interferir na propriedade dos cidadãos pela instituição de tributos. Por essa razão, esse poder, mesmo que de alguma forma limitado pelo exercício de outros poderes políticos entregues a autoridades diversas, não deveria ser exercido individualmente, mas sim por uma assembleia, de modo que as leis ditadas colegiadamente fossem, em seguida, impostas individualmente a todos os membros da sociedade, inclusive àqueles que tomaram parte na decisão legislativa⁷¹.

Na obra de Montesquieu, mais tarde, identifica-se a preocupação em assegurar que os poderes sejam entregues a pessoas distintas, devendo cada uma exercer apenas a autoridade que lhe caiba, deixando espaço para que todos aqueles investidos em alguma parcela de poder cumpram as suas funções específicas. A reunião de poderes cumulados em uma só pessoa poderia levar ao arbítrio⁷²:

ultimately terminates in this supreme power, and is directed by those laws which it enacts: nor can any oaths to any foreign power whatsoever, or any domestic subordinate power, discharge any member of the society from his obedience to the legislative, acting pursuant to their trust; nor oblige him to any obedience contrary to the laws so enacted, or farther than they do allow; it being ridiculous to imagine one can be tied ultimately to obey any power in the society, which is not the supreme.” (LOCKE, John. **Two Treatises on Government**, The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, E-book, edição do Kindle., Book II. Of Civil Government, Chap. XI. Of the Extent of the Legislative Power. The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, edição do Kindle, posição 4541)

⁷¹ *“Sec. 143. THE legislative power is that, which has a right to direct how the force of the common-wealth shall be employed for preserving the community and the members of it. But because those laws which are constantly to be executed, and whose force is always to continue, may be made in a little time; therefore, there is no need, that the legislative should be always in being, not having always business to do. And because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making, and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community, contrary to the end of society and government: therefore in well ordered commonwealths, where the good of the whole is so considered, as it ought, the legislative power is put into the hands of divers persons, who duly assembled, have by themselves, or jointly with others, a power to make laws, which when they have done, being separated again, they are themselves subject to the laws they have made; which is a new and near tie upon them, to take care, that they make them for the public good.”* (LOCKE, John. **Two Treatises on Government**, The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, E-book, edição do Kindle., Book II. Of Civil Government, Chap. XII. Of the Legislative, Executive, and Federative Power of the Common-wealth, The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, edição do Kindle, posição 4547)

⁷² *“Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.*

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.” (MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Norp-Nop editions, 2011, E-book, edição do Kindle, posição 2911)

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque há o medo de que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tirânicamente.

Ainda não há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se fosse juntado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria um legislador. Se fosse juntado ao poder de execução, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo seria perdido, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos diretores, ou nobres, ou do povo, exercessem esses três poderes: o de fazer leis, a de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou disputas dos indivíduos.

Abraçando esses mesmos ideais — um século após a Revolução Inglesa —, a Revolução Francesa e a luta pela independência dos Estados Unidos resgataram a antiga ideia de Constituição, agora compreendida como um documento fundador do Estado, do qual deriva a legitimidade do exercício dos poderes estatais e onde também se fixam os seus limites. Rejeitava-se a confusão entre a figura do governante e do Estado. Instituíam-se claramente a separação entre o patrimônio público e o patrimônio daquele que circunstancialmente exerce o poder estatal. Passava-se a reconhecer a soberania como uma característica apenas dos entes estatais e não das suas autoridades, afastando-se a confusão típica do período absolutista, entre Estado e governante, não mais tolerada no Estado Constitucional, como ressaltado por Kriele⁷³:

No Estado Constitucional há ‘soberania jurídico-estatal’, ou seja, o Estado como conjunto dos órgãos estatais e do Direito estatal é soberano face à sociedade. Mas dentro do Estado Constitucional não há soberano, ou seja, ninguém que possua soberania, portanto, o poder pelo menos latente, ilimitado, incondicional, indiviso de transpor e criar o Direito.

Ao conceito de soberania, surgido com o Estado Moderno, agregava-se agora o de separação de poderes, que é a principal característica do Estado Constitucional⁷⁴. Ganhava força a ideia de que, apesar de uno e indivisível, o poder do Estado não deve ser concentrado em uma única pessoa. Deve ser exercido em parcelas de competência atribuídas a entidades diversas, que passarão a exercer um controle mútuo, umas sobre os atos praticados pelas outras. Essa interdependência e vigilância recíproca é que constitui a principal garantia contra o arbítrio. Confia-se em que o exercício do poder, repartido em diversas áreas de competência, impõe a busca por uma harmonia que suaviza o seu peso sobre a população.

⁷³ KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 171.

⁷⁴ “*O Estado Constitucional se distingue do Estado absolutista, em primeira linha, pela divisão de poderes.*” (KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 169).

A Constituição foi então introduzida nos ordenamentos jurídicos, como um documento político, incumbido de criar um desenho institucional apto a harmonizar o exercício das diversas competências pelos entes que delas se encarregarão⁷⁵: uma norma superior, conformadora de todas as demais e única fonte de legitimidade para qualquer ação estatal⁷⁶. A subordinação do Estado e, portanto, dos monarcas e governantes em geral à lei representou verdadeira transformação do sistema político vigente. O Estado de Direito, ao menos em tese, deve atender aos anseios e necessidades do povo e não servir como mero instrumento de perseguição dos interesses individuais e familiares de seus governantes.

O instituto da concessão, então, também teve de se reconfigurar. Deixou de representar a expressão de um privilégio oriundo da mera vontade soberana do monarca absolutista. Mas preservou sua característica central, como um instrumento jurídico que permite ao Estado trespassar para particulares atividades que essencialmente lhe cabem. Nessa reconfiguração, **reforçou-se o seu caráter contratual**. Apesar de sempre ter tido uma natureza subjacente de acordo — pois, em princípio, não se concebe a outorga forçada de concessões —, a contenção dos poderes das autoridades estatais e a submissão de sua ação à lei, impôs uma série de limitações, como um caráter menos pessoal e arbitrário na escolha do concessionário, a introdução de prazos, com o desaparecimento do seu caráter perpétuo e hereditário e a incorporação de garantias e imposições de obrigações voltadas a assegurar o atendimento ao interesse coletivo⁷⁷.

Foram essas transformações pelas quais o instituto foi gradativamente passando que permitiram que, mesmo com sua origem ligadas aos privilégios e intervenções tão próprias do Antigo Regime, o instituto da concessão tenha feito a transição e continuado a ser utilizado em larga escala pelo novo Estado Liberal, impulsionado especialmente pelas novas

⁷⁵ “O poder é monopolizado no Estado, mas a sua divisão horizontal impõe custos inafastáveis de negociação e, por isso, existe a necessidade de cooperação permanente entre as esferas para a condução do governo. Nessa perspectiva, a Constituição não se resume a um simples projeto de arquitetura que distribui formalmente competências, fixa as funções de cada instituição e as conforma por meio de regras. Como reflexo dessa almejada unidade entre os fins estatais, ela se torna o principal referencial normativo para a manutenção da coerência do sistema jurídico nas tentativas de harmonizar conflitos interinstitucionais ao definir os objetivos gerais a que todos os poderes se submetem e determinar parcialmente as melhores estratégias para cada poder se relacionar com os outros” (ARGUELES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC, nº 38, p. 18-19, jan./jun. 2011.)

⁷⁶ “Tratava-se de vincular o detentor do Executivo (antes o rei ou príncipe) a um Direito Constitucional ou a leis que ele não pudesse, sozinho, criar, anular, modificar ou violar, que, ao contrário, estivessem à disposição de um poder (legislativo) independente dele.” (KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 169)

⁷⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 51-52.

necessidades impostas pela Revolução Industrial, especialmente no que diz respeito à implantação das infraestruturas pesadas associadas às novas indústrias que apareceram nesse período. Uma experiência essencialmente liberal veio a ser vivenciada, algum tempo mais tarde, especialmente nos Estados Unidos, com o desenvolvimento de uma regulação não contratual para as *public utilities*.

A experiência norte-americana será examinada em mais profundidade mais à frente, exatamente com o objetivo de comparar o desenvolvimento das técnicas contratuais de regulação dos serviços públicos, a que se manteve fiel a França, com a estratégia não contratual, desenvolvida nos Estados Unidos, especialmente a partir do início do século XX. Por ora, ainda cabe tratar das verdadeiras revoluções populares que marcaram o século XIX e dos influxos que trouxeram à forma como passou a ser encarada a intervenção do Estado na economia e no exercício de atividades de interesse econômico, tanto na França como nos Estados Unidos da América.

1.5 O Estado Providência ou o Estado dos serviços públicos

Com a afirmação da burguesia, as práticas mercantilistas passaram a se desenvolver com grande velocidade. A intensificação da exploração das colônias e da atividade de pirataria e pilhagem, especialmente por parte dos ingleses, havia criado um grande fluxo de riquezas para a Europa, proporcionando ao longo do século XVIII um acúmulo de capitais que completou as condições ideais para a Revolução Industrial que estava por vir. Uma das primeiras indústrias a se consolidar foi a têxtil. A manufatura de panos se beneficiava da grande oferta de algodão, vindo do oriente e dos Estados Unidos, especialmente quando ainda era colônia inglesa. A demanda por lã também se intensificou, aumentando a pressão sobre as massas camponesas, ainda ligadas ao cultivo da terra, que passava a ser ocupada cada vez mais por rebanhos lanígeros, atividade que dispensava um grande número de trabalhadores.

O arranjo feudal de ocupação das terras por aqueles que a cultivavam em troca da transferência de parte da renda para os senhores era definitivamente superado por uma nova aristocracia fundiária, baseada em empresas agrárias interessadas em explorar as terras com o menor custo possível para fornecer às indústrias os insumos de que necessitavam. O resultado foi a expulsão do homem do campo, que migrava para as cidades onde se localizavam as indústrias, as quais, por sua vez, apresentavam uma demanda cada vez maior por mão de

obra, embora também interessada em pagar os menores salários possíveis para ampliar os seus lucros⁷⁸.

O desenvolvimento das indústrias também afetou drasticamente o arranjo das corporações de ofício, compostas por artesãos possuíam as suas próprias ferramentas e instrumentos de trabalho e desenvolviam suas atividades auxiliados por membros da própria família ou aprendizes, os quais acabavam sendo integrados no ambiente familiar. A economia de escala dos novos meios de produção, inviabilizava a manutenção de sua atividade. Por outro lado, esses artesãos não dispunham do volume de capital necessário para a implantação de indústrias e, portanto, também só lhes restava procurar ocupação assalariada nas fábricas, trabalhando para um “patrão” que passava a deter a propriedade dos meios de produção.

Grandes contingentes de população se deslocaram do campo para as cidades, transformando aceleradamente as sociedades tipicamente rurais que existiram até o século XVIII, em sociedades cada vez mais urbanas e com contingentes populacionais numerosos⁷⁹. Os indivíduos deixaram de produzir o próprio alimento e de possuir os meios necessários para exercerem seus ofícios e passaram a depender dos salários reduzidos que conseguiam obter nas fábricas. Por outro lado, grandes extensões de terras passaram a ser dedicadas a cultivos não relacionados necessariamente com as necessidades de alimentação. Aumentava, assim, progressivamente, a massa de mendigos, vagabundos e desempregados, espalhando-se a miséria pelas cidades⁸⁰.

Surgia, então, uma crescente demanda por serviços assistenciais a serem prestados pelo Estado à população⁸¹, como o atendimento médico, a criação e alimentação de crianças

⁷⁸ “Wool growing had increased enormously and was conducted on a very large scale. This became possible through the great enclosure movements of the sixteenth and eighteenth centuries whereby a great deal of common land, together with land which once had been arable, was turned over to sheep farming. Besides this great change from crop-raising to sheep-rearing (which was the cause incidentally of a great deal of unemployment and agrarian unrest), the textile industry also underwent a great change.” (PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5ª ed. Indianapolis: Little, Brown and Co, 1956, p. 67)

⁷⁹ “Uma das modificações sociais trazidas pela invenção e pelo uso da máquina a vapor foi a concentração de operários em grandes fábricas e do povo em grandes cidades.” (PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 77)

⁸⁰ NUNES, António José Avelãs. **A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-32.

⁸¹ Como recordado por Jean-Louis Mestre (MESTRE, Jean-Louis. **Introduction historique au droit administratif français**. Paris: Presses universitaires de France, 1985, *apud* MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, vol. 189, p. 101, jul./set. 1992), os *cahiers de doléances* dos Estados Gerais de 1789 apresentavam a assistência como um serviço público (service public). Nesses casos, os reis passavam a delegar poderes para as comunidades locais para instituir esses tipos de serviços assistencialistas em seu nome. Como bem observado por Alexandre Aragão, “ao contrário das atividades de cunho econômico, as atividades assistencialistas não eram objeto de maior preocupação por parte do Estado. Era a Igreja que se ocupava delas, em um primeiro momento por compaixão, e depois sob a

abandonadas, o oferecimento de cuidados especiais para os idosos e vitimados por guerras, peste ou tempos de fome e tantas outras necessidades que iam surgindo naqueles tempos modernos⁸². No final do século XIX e, especialmente, no início do século XX, a força ascendente dessa nova classe proletária passou a impor ao Estado grande pressão por medidas concretas para a melhoria da vida da grande massa de trabalhadores que se ia formando⁸³ e por participação política, com a reivindicação de implantação do sufrágio universal.

Como menciona Eric Hobsbawm, “*a transição da nova economia criou a miséria e o descontentamento, os ingredientes da revolução social*”⁸⁴. Nos Estados Unidos, entre a promulgação da Constituição de 1791 e a guerra civil entre os Estados do norte e do sul, o movimento conhecido como democracia jacksoniana, liderado pelo presidente Andrew Jackson, derrotou os proprietários oligarcas antidemocráticos e conquistou o direito de voto para os pequenos fazendeiros e homens simples das cidades, inspirando Alexis de Tocqueville a escrever sua obra “Democracia na América”, em 1835. Na Europa, a resistência era mais intensa e redundou nas revoluções de 1830 que, segundo Eric Hobsbawm determinaram “*uma inovação ainda mais radical na política: o aparecimento da classe operária como uma força política autoconsciente e independente na Grã-Bretanha e na França, e dos movimentos nacionalistas em grande número de países da Europa*”⁸⁵.

Os movimentos de 1830, que novamente derrubaram a monarquia na França, revelaram a grave perturbação social pela qual passava o mundo naquele momento histórico de grandes transformações⁸⁶. Como ressalta Avelãs Nunes, “*a classe operária começa a*

influência de Tomás de Aquino, pelo bem comum.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31)

⁸² “(...) como o Estado liberal-burguês decretou o fim das corporações e demais grupos intermédios, inclusive religiosos, que, bem ou mal, desempenhavam importante papel de assistência aos miseráveis, enfermos e idosos, situação agravada pela industrialização e pela urbanização, que atenuaram fortemente os vínculos comunitários e familiares de solidariedade, o Poder Público acabou tendo que criar um certo aparato para suprir o espaço deixado pelos entes intermédios, protegendo, no entanto, mais os interesses dos mais aquinhoados, que eram indiretamente prejudicados com essa penúria, do que propriamente dos necessitados.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 33)

⁸³ “En los siglos XVII y XVIII, como consecuencia de las doctrinas económicas del mercantilismo, de una parte, y de la filosofía iluminista, de otra, los Estados comenzaron a poner en práctica políticas de incentivación de la actividad empresarial de los particulares, que designamos en la actualidad de fomento. En la centuria siguiente, por razones que de inmediato veremos, el Estado inició una tercera línea de actuación, viéndose forzado a convertirse, sin mengua de sus otras funciones históricas, en una organización productora de bienes y servicios destinados a los ciudadanos; esto es, en un aparato prestador de servicios públicos.” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo general**, vol. II. 3ª ed. Madri: Iustel, 2015, p. 320)

⁸⁴ HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle, posição 1106.

⁸⁵ HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle, posição 2863.

⁸⁶ “A onda revolucionária de 1830 foi, portanto, um acontecimento muito mais sério do que a de 1820. De fato, ela marca a derrota definitiva dos aristocratas pelo poder burguês na Europa ocidental. A classe governante

reconhecer-se e começa a ser reconhecida como tal”⁸⁷. Foram se formando a partir de então as chamadas sociedades proletárias organizadas, como as organizações blanquistas e a Liga Alemã dos Proscritos, que originou a Liga dos Justos e a Liga Comunista, de Marx e Engels. O grupo intitulado Democratas Fraternos, que se espalhavam por Grã-Bretanha, França, Alemanha, Escandinávia, Polônia, Itália, Suíça, Hungria e outros países divulgaram documento em que afirmavam:

Repudiamos, condenamos e renunciamos a todas as desigualdades e distinções hereditárias de ‘casta’. Consequentemente, consideramos os reis, as aristocracias e as classes que monopolizam os privilégios em virtude de suas posses de terras como usurpadores. Os governos eleitos e responsáveis por todo o povo são o nosso credo político.⁸⁸

O ambiente de efervescência era propício para o que veio a ocorrer. Em seguida a grandes agitações na França, decorrentes da crise econômica que ali se instalara⁸⁹, uma série de revoluções se espalhou por diversos países europeus em 1848. Embora sem uma coordenação organizada entre elas, atingiram cerca de 50 países e se caracterizaram como a onda revolucionária mais abrangente a atingir a Europa, que ficou conhecida como a Primavera dos Povos⁹⁰, ocasião em que foi divulgado o Manifesto Comunista, de Marx e

dos próximos 50 anos seria a “grande burguesia” de banqueiros, grandes industriais e, às vezes, altos funcionários civis, aceita por uma aristocracia que se apagou ou que concordou em promover políticas primordialmente burguesas, ainda não ameaçada pelo sufrágio universal, embora molestada por agitações externas causadas por negociantes insatisfeitos ou de menor importância, pela pequena burguesia e pelos primeiros movimentos trabalhistas” (HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle, posição 2848 a 2863)

⁸⁷ NUNES, António José Avelãs. **A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 150.

⁸⁸ COLE, G.D.H. e FILSON, A.W. **British working class movements: select documents, 1789-1875**. Londres: Macmillan & Co., 1951, *apud* HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle, posição 3231 a 3234.

⁸⁹ A situação drástica que se vivia na França é relatada por Avelãs Nunes, com apoio em relatos recuperados do médico Louis-René Villermé, que fundou a revista *Annales d’Hygiène Publique*, em que diversas denúncias eram publicadas em relação às condições a que eram submetidos os trabalhadores. Há relatos de jornadas de trabalho de 15 a 17 horas, grandes contingentes de crianças de 6 a 10 anos empregadas e trabalhando de pé durante extensas jornadas, mal alimentadas e mal vestidas, sujeitas a uma série de doenças profissionais e habitando localidades distantes das fábricas, obrigando-as a caminhar longas distâncias ou, então, viver em verdadeiros guetos operários, ao redor das áreas industriais, superlotados e insalubres. (NUNES, António José Avelãs. **A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 151-156).

⁹⁰ “A terceira e maior das ondas revolucionárias, a de 1848, foi o produto desta crise. Quase que simultaneamente, a revolução explodiu e venceu (temporariamente) na França, em toda a Itália, nos Estados alemães, na maior parte do Império dos Habsburgo e na Suíça (1847). De forma menos aguda, a intranquilidade também afetou a Espanha, a Dinamarca e a Romênia; de forma esporádica, a Irlanda, a Grécia e a Grã-Bretanha. Nunca houve nada tão próximo da revolução mundial com que sonhavam os insurretos do que esta conflagração espontânea e geral, que conclui a era analisada neste livro. O que em 1789 fora o levante de uma só nação era agora, assim parecia, ‘a primavera dos povos’ de todo um continente.” (HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle, posição 2869 a 2874)

Engels⁹¹. A força destes movimentos revolucionários foi o último golpe no antigo regime, pondo fim a grande parte das monarquias que, àquela altura, ainda era o regime político mais comum na Europa:

Este era o “espectro do comunismo” que aterrorizava a Europa, o temor do “proletariado”, que não só afetava os industriais de Lancashire ou do norte da França, mas também os funcionários públicos da Alemanha rural, os padres de Roma e os professores em todas as partes do mundo. E com justiça, pois a revolução que eclodiu nos primeiros meses de 1848 não foi uma revolução social simplesmente no sentido de que envolveu e mobilizou todas as classes. Foi, no sentido literal, o insurgimento dos trabalhadores pobres nas cidades, especialmente nas capitais da Europa ocidental e central. Foi unicamente a sua força que fez cair os antigos regimes desde Palermo até as fronteiras da Rússia. Quando a poeira se assentou sobre suas ruínas, os trabalhadores na França, de fato, trabalhadores socialistas eram vistos de pé sobre elas, exigindo não só pão e emprego, mas também uma nova sociedade e um novo Estado.⁹²

A Revolução Russa de 1917, ao espalhar no espírito liberal o medo da expansão do comunismo, aumentou, por outro lado, a disposição de se admitir reformas no sistema político e de poder. A progressiva adoção do sufrágio universal por grande parte dos países europeus, com a consequente transformação dos parlamentos e esferas político-estatais de exercício de poder em instituições muito mais diversificadas quanto à sua composição, foi essencial para a afirmação do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) e na transformação das Constituições — que se apresentavam como documento político de organização do Estado, distribuição de poderes e afirmação das liberdades individuais e dos mecanismos de proteção contra abusos em face dos cidadãos — em documentos verdadeiramente jurídicos, conformadores da atuação do Estado, impondo deveres tanto aos legisladores quanto aos administradores no sentido de garantir o provimento de serviços que atendessem às necessidades coletivas da população, introduzindo-se o conceito de Constituições Dirigentes, Constituições Programáticas ou Constituições Compromissórias⁹³.

⁹¹ HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle, posição 3222-3246.

⁹² HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle, posição 7766-7773.

⁹³ “O Estado surgido com o advento do sufrágio universal não é, contudo, um fenômeno homogêneo, já lhe tendo sido atribuídas várias denominações e subdivisões ao longo do tempo e espaço (*Estado de bem-estar, pós-capitalista, intervencionista, administrativo, regulador, pós-moderno etc.*). A grande riqueza dos Estados Pluriclasse e das suas Constituições compromissórias é justamente não predeterminar modelos estanques, fixando apenas os parâmetros e os valores fundamentais dentro dos quais as forças políticas multifacetárias deverão se mover e determinar, em dado momento histórico, geralmente por acordo, a sua concreta conformação.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 39)

Esse marco histórico foi essencial para outro salto que estava por vir: a transformação do Estado em provedor de serviços à população⁹⁴. Tornou-se uma função estatal essencial atender a uma demanda específica por serviços assistenciais relacionados a saúde e educação, além de cultura, lazer e qualidade de vida em geral. O acelerado fenômeno da urbanização, que resultava em inédito crescimento das cidades, tornava necessários investimentos cada vez mais vultosos em infraestrutura urbana.

Além disso, o desenvolvimento de novas tecnologias introduzia uma série de novos serviços, cuja prestação estava associada a infraestruturas pesadas e de alto custo de implantação como o transporte ferroviário, a iluminação pública, a distribuição de gás e a implantação de redes para comunicação telefônica e telegráfica⁹⁵. A grande e crescente demanda por investimentos estatais intensificou, então, em vários países, o uso das concessões, voltadas à implantação de infraestruturas destinadas ao atendimento de necessidades coletivas, cuja demanda era crescente na sociedade, como ressalta Gaspar Ariño Ortiz⁹⁶:

Com o progresso técnico e a primeira Revolução Industrial surgem os primeiros serviços públicos econômicos que chegam aos nossos dias. Ferrovias, o gás, a eletricidade, o telefone, o transporte rodoviário, envolvem novas atividades para cuja ordenada prestação não é suficiente a velha atuação de polícia, nem tampouco puras medidas de fomento. Esse tipo de atividade exigia uma intervenção estatal positiva, que assumisse a sua direção, projetando e planejando seu oferecimento e sua provisão.

Em meados de século XIX, o mais comum era que a implantação dessas infraestruturas se fizesse por meio de empresas privadas, que dispunham dos recursos

⁹⁴ “O advento da era industrial e capitalista, determinou radicais modificações na vida social dos povos. Criou o problema da concentração das massas humanas nas grandes cidades e os que, desse fato, decorreram, tais como o do transporte, da habitação, da diversão, da educação, do conforto familiar e a série infundável das novas condições de vida social. O ideal de liberdade política, que constituía o slogan do século XIX, foi substituído por reivindicações consubstanciadas na ampla assistência social e na proteção do trabalhador, através da garantia do salário mínimo; das oito horas de trabalho; do descanso semanal; da estabilidade no emprego; da regulamentação do trabalho do homem, da mulher e do menor; de uma justiça rápida e desformalizada para as questões trabalhistas e da enorme série de outras aspirações das grandes massas trabalhadoras. Para atender a essas reivindicações, o Estado foi constringido a intervir tanto na ordem social como no domínio econômico, afim de evitar a luta de classes e para amparar os fracos, nas suas relações com os fortes.” (PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9-10)

⁹⁵ PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 84-88.

⁹⁶ “Con el progreso técnico y la primera Revolución industrial surgen los primeros servicios públicos de carácter económico que llegan a nuestros días. Los ferrocarriles, el gas, la electricidad, el teléfono, los transportes de carretera, suponen nuevas actividades para cuya ordenada prestación no basta la vieja acción de policía ni tampoco la pura medida de fomento. Este tipo de actividades exigía una positiva intervención estatal, asumiendo la dirección de las mismas, proyectando y planificando su establecimiento y su prestación.” (ORTIZ, Gaspar Oriño. **Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. 3ª ed. Granada: Comares editorial, 2004, p. 537)

necessários e dos conhecimentos técnicos, mas frequentemente necessitavam do Estado para garantir seu direito de passagem ou o uso de bens públicos para a sua implantação. Posteriormente, tendo em vista a característica especial de que esse tipo de atividade econômica se reveste e a necessidade de garantir que os serviços fossem prestados com determinado nível de confiabilidade e qualidade e por preços acessíveis, o Estado passou a exercer um controle cada vez maior.

O regime de regulação do exercício dessas atividades econômicas, especialmente quando praticadas por particulares, tradicionalmente continuou se valendo, na França e em grande parte da Europa continental, do regime das concessões. Nas colônias ultramarinas, área de grande influência desses países europeus, a tradição das concessões de serviços públicos também se consolidou. No Brasil, incorporaram-se basicamente as características do direito administrativo francês, muito pela importação da sua doutrina, que modelou o direito administrativo brasileiro nesse período, influenciando posteriormente a própria produção legislativa.

Já nos Estados Unidos da América, o espírito liberal manifestou-se com maior intensidade. Mesmo em um período inicial de adesão à regulação contratual, jamais se admitiu o exercício de poderes extravagantes a serem exercidos pelo Estado contratante, o que acabou levando ao abandono da regulação contratual em prol de uma regulação por agências das atividades desempenhadas pelas *public utilities*.

Mais recentemente, após a onda de desregulação e de revalorização da concorrência, como um valor essencial do neoliberalismo que marcou os anos 80 e 90, o direito administrativo brasileiro foi enormemente influenciado pela experiência de regulação norte-americana, dando origem, assim, a uma espécie de amálgama dessas novas influências com os elementos tradicionais, ainda persistentes, cuja origem está na antiga influência oriunda do direito administrativo francês, resultando, assim, em um sistema de regulação contratual por agência.

Os próximos capítulos serão dedicados a investigar como se desenvolveram essas duas tradições jurídicas, da regulação das *public utilities* e dos contratos de concessão de serviço público à francesa. Apesar das grandes diferenças identificadas nos caminhos percorridos por cada um desses grupos de países no desenvolvimento do tratamento jurídico conferido à exploração privada desses serviços, espera-se demonstrar que, na essência, trata-se de iniciativas estatais bastantes próximas e que perseguem objetivos bastantes semelhantes, o que acabou permitindo o seu amálgama na experiência brasileira das últimas décadas.

2 O SURGIMENTO DO DEBATE NORTE-AMERICANO SOBRE REGULAÇÃO E A REGULAÇÃO DAS PUBLIC UTILITIES

2.1 Os contratos locais de franchise

Algum tipo de intervenção do Estado em atividades de natureza tipicamente econômicas, sempre existiu, mesmo nos países de tradição do *common law*, embora a ideia de privilégios outorgados por reis a certos indivíduos ou empresas para lhes garantir o monopólio de determinadas atividades sempre tenha encontrado menor resistência no continente europeu do que na Inglaterra, como destaca Charles Phillips: “(...) *the idea of an exclusive privilege to monopolize a line of commerce was further developed in France during the sixteenth century. Royal charters were given by the government to plantations and trading companies, granting them monopolies*”⁹⁷.

Na Inglaterra, no entanto, se manteve, até o início do século XVII, a tradição de origem romana de manter restrito o acesso a certas profissões e ofícios (*common callings*) apenas a indivíduos que fossem especificamente admitidos pelas autoridades estatais, incluindo-se aí atividades como as de padeiros, cervejeiros, cocheiros, ferreiros, estalajadeiros, barqueiros, atracadores, moendeiros, cirurgiões-barbeiros, alfaiates, entre outros. Ao privilégio de poder exercer aquele ofício deveria corresponder o dever de prover o seu serviço profissional para o público em geral, sem direito de recusa e sem fazer nenhum tipo de discriminação entre os consumidores. Além disso, os serviços deveriam ser oferecidos por preços justos e acessíveis, tendo em vista que se reconhecia na prestação desses serviços um interesse público⁹⁸.

Nos Estados Unidos, antes da independência, várias colônias já adotavam, com base nesses princípios de *common law*, herdados da tradição inglesa, iniciativas para regular o preço de insumos considerados essenciais como pão, cerveja, milho e tabaco, assim como das tarifas cobradas pelo uso dos meios de transporte, especialmente barcos e carros de tração animal. Com a declaração de independência, passou a prevalecer uma visão mais liberal da economia e grande parte das iniciativas de regulação da vida econômica foram sendo

⁹⁷ PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 82.

⁹⁸ PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 118-119.

abandonadas, em prol de uma maior liberdade de mercado, visto como o mais eficiente meio de produção de riquezas⁹⁹, no esteio de teorias econômicas como as de Adam Smith.

No início do século XIX, o mundo experimentava rápidas transformações provocadas pela surgente Revolução Industrial e o célere avanço do desenvolvimento tecnológico que provocava. Muitos dos novos serviços que caracterizavam o progresso da era industrial estavam associados à utilização de pesadas infraestruturas, cuja implantação dependia de vultosos investimentos. Contagiado por uma visão predominante liberal da economia, a disposição do Estado norte-americano para realizar esses investimentos era nula, assim como seria bastante improvável que a sociedade se dispusesse a financiar empreitadas deste tipo por meio do pagamento de tributos¹⁰⁰.

A exploração inicial dessa indústria, portanto, se fez quase que exclusivamente pela iniciativa privada que, no entanto, muitas vezes dependia do uso do espaço público. A prática verificada então era a concessão pelos governos locais das chamadas *franchises*. A palavra é a mesma usada em inglês para os contratos privados de *franchising*, também existentes no direito brasileiro. No entanto, trata-se aqui de *franchise* pública, outorgada pelo Estado¹⁰¹. A semelhança com os contratos de concessão, da tradição jurídica francesa, é muito grande¹⁰², mas como não se pode dizer que sejam institutos idênticos, não parece adequado equipará-los¹⁰³, razão pela qual optamos por referir ao termo em língua inglesa.

Na verdade, o próprio desenvolvimento especial que o regime jurídico das corporações (*business corporations*) experimentou nos Estados Unidos foi largamente influenciado pela necessidade de se atingir objetivos de interesse público. Segundo William

⁹⁹ PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 82-85.

¹⁰⁰ “(...), for the provision of almost all public utility services, cities relied exclusively on private capital for initial and subsequent investment. The nineteenth century was a period of extremely low levels of state and local government expenditure, financed chiefly by a property tax, of course, without an income tax. Government expenditures on public works were not unknown, but remained highly controversial throughout much of the century.” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, n° 1, part 2, p. 305-306, abr. 1993)

¹⁰¹ “Governmental franchising may resemble commercial franchising closely but can be distinguished by its ‘public’ purpose. The aim of the franchiser is not to maximize profits but to deliver to consumer or the public an advantage — for exemple, an efficiently produced and competitively priced utility service.” (BALDWIN, Robert et alli. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. 2ª ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2012, p. 165-166)

¹⁰² “(...) en la etapa final del siglo XIX, y hasta aproximadamente 1920, la regulación quede en manos de los gobiernos locales, a través de un sistema de contratos de concesión (franchise).” (GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. **Regulación y servicios públicos**. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 23)

¹⁰³ “(...) franchise: a ‘special privilege’, granted by the state government to the utility, to provide defined services subject to defined obligations.” (HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance: The law of market structure, pricing and jurisdiction**. Chicago: American Bar Association, 2013, p. 14.)

Novak, antes de 1800, das 335 autorizações para a constituição de novas empresas, 219 estavam voltadas para a infraestrutura pesada, como construção de pontes, rodovias e canais; 36 para o fornecimento de água, serviços portuários e combate ao fogo; 67 para bancos e seguradoras, essenciais para o financiamento dessas atividades e apenas 8 para a manufatura em geral e comércio. Essas empresas eram, portanto, parte de um esforço público-privado, em que o Estado conferia privilégios e prerrogativas, como o reconhecimento de uma responsabilidade limitada para os sócios das empresas, além de outros benefícios mais relacionados ao contrato de franquia, como direitos a serem exercidos sobre determinados bens. Em contrapartida, contavam com a força do investimento privado para promover à sua conta e risco, mas sob o controle e a regulação estatal, a implantação dos custosos e ambiciosos projetos necessários para o desenvolvimento do país diante dos desafios impostos pela nova economia surgida com a Revolução Industrial¹⁰⁴.

Nesse primeiro momento, em geral não se cogitava em garantir a exclusividade no desempenho da atividade, nem em impor obrigações mais relevantes para o particular, além do dever de demonstrar que possuía as condições necessárias para a empreitada. O que justificava a participação do Estado era, essencialmente, a necessidade de obtenção do direito de passagem (*rights-of-way*) para a implantação de uma infraestrutura pesada: trilhos, linhas de distribuição, aquedutos etc. Como o controle das vias públicas cabia aos legislativos estaduais ou aos municípios, quando se tratasse de ruas e vias urbanas, a negociação dessas *franchises* com as autoridades locais tinha, para os particulares, o sentido de permitir que se valessem do domínio iminente estatal quando a utilização de bens públicos ou de terceiros fosse necessária para a realização da atividade econômica que se pretendia explorar¹⁰⁵.

¹⁰⁴ “Historians have now completed a couple of generations of work on the legal history of the development of the American business corporation. And there is now a fairly strong consensus that the business corporation was devised in the early American republic as a peculiar instrument of statecraft — a quasi-public or public service corporation — to aid funds-strapped state governments in accomplishing public objectives like the construction of a national infrastructure in a capital-scarce economy. (...) Corporations received special benefits and privileges through the legislative act of incorporation such as limited liability, powers of eminent domain, control over public rights of way, and so on. In return, legislatures extracted what Ernst Freund called ‘an enlarged police power’ for supervising and controlling corporate activities.” (NOVAK, William J. *Public-private governance: a historical introduction*. In: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (Orgs.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 30)

¹⁰⁵ “The electric utility industry has been regulated since its founding in 1879. It is the theory of American law that public streets are controlled by the state legislature, and electricity’s retail distribution requires special use of public streets. Like other corporations, electric utilities were incorporated under general laws of the state. In addition, special franchises that allowed the use of municipal streets were required of utilities, which the state was empowered to grant. But by 1880 most states had constitutional provisions or laws forbidding the state to grant special franchises without the consent of the affected municipality, and most states had conferred a large degree control over city streets to municipalities. Thus, in the industry’s early history the state usually granted utilities (primary) franchises for incorporation, while the city granted special (or secondary) franchises allowing

Diante da inexistência de uma legislação específica, estados e, principalmente, os municípios iam concedendo as *franchises* para todo aquele que demonstrasse ter interesse e condições de implantar as infraestruturas necessárias para a prestação dos novos serviços, desde que seguidos os parâmetros exigidos pelo poder público, no que pode ser visto como uma origem incipiente do que se chama hoje regulação. As primeiras iniciativas nesse sentido de que se tem notícia ocorreram na cidade de Nova Iorque para a implantação de iluminação pública a gás (NEW York Gas & Light Co., em 1823) e para o funcionamento de bondes puxados a cavalo (New York & Harlem Railroad Co., em 1831), a que se seguiram diversas outras até o início do século XX¹⁰⁶ — quando a regulação das *public utilities* sofreu uma grande transformação com a introdução da regulação por agência, como se verá a seguir —, sem que isso significasse a obtenção de nenhuma exclusividade ou privilégio, que não o direito de passagem pelas vias públicas ou propriedades privadas de terceiros. Nas palavras de Georg Priest¹⁰⁷:

A motivação subjacente para a regulação das *public utilities* nos Estados Unidos é mais mundana do que a base idealista da teoria do interesse público ou a base covarde das teorias econômica e da captura: as empresas de *public utility* voluntariamente firmaram contratos sujeitos à regulamentação, a fim de ganhar autoridade para usar os direitos públicos de passagem para a colocação de tubos de gás e água, instalar postes telefônicos e elétricos, enterrar fios elétricos e assentar trilhos de trem pelas vias.

the use of public thoroughfares. All corporations needed primary franchises to operate, but only public utilities needed special franchises from the affected municipality. Before the advent of state commissions, electric utilities were regulated primarily by municipal governments.” (JARRELL, Gregg A. *The Demand for State Regulation of the Electric Utility Industry*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 21, nº 2, p. 270, out. 1978.) No mesmo sentido: PRIEST, George L. *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 303 e PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 119.

¹⁰⁶ “*Regulation by franchise contract was introduced in New York early as the 1820s for gas and the 1830s for street railway transportation (powered by horse), and it extended through the early decades 1900s until supplanted in many, though not all, states by the permanently sitting regulatory commissions. Over these years, franchises were granted — and thus cities subjected to regulation — virtually all services benefited by the use of public rights-of-way: gas, electricity, sewer, street railways, telegraph, and, separately, telephone, railroad terminals, ferries, private bridges, tunnels and toll roads, as well of service industries no longer marketable today: pneumatic trical conduits, refrigeration, central heating, and electric signal services.*” (PRIEST, George L. *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 302)

¹⁰⁷ “*The underlying motivation for the regulation of public utilities in the United States is more mundane than either the idealistic basis of the public interest theory or the craven basis of the economic or capture theories: public utility companies voluntarily entered contracts subjecting themselves to regulation in order to gain authority to use public rights-of-way for laying gas and water pipes, stringing telephone and electric poles, burying electrical wires, and laying street railway tracks.*”(PRIEST, George L. *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, p. 303, abr. 1993)

Como ressalta Charles Phillips¹⁰⁸, nesse momento havia uma grande confiança de que o mercado seria capaz, por si só, de estimular a ampliação da eficiência com a qual as empresas prestariam os serviços e, por consequência, o incremento das utilidades postas à disposição dos consumidores, por preços cada vez menores:

A concorrência foi utilizada para proteger o consumidor durante os estágios iniciais de desenvolvimento das *utilities* agora regulamentados. Como resultado, fretamentos e franquias para operar em determinadas áreas especificadas foram concedidos quase indiscriminadamente por cidades e estados. Denver, em 1880, concedeu uma franquia geral de energia elétrica ‘a todos os entrantes interessados’. A cidade de Nova York, em 1887, deu franquias a seis empresas de energia elétrica ao mesmo tempo. Na verdade, a política geral em todo o país era conceder uma franquia a qualquer empresa que se candidatasse.

Neste período inicial, as *franchises* municipais eram praticamente desprovidas de conteúdo regulatório e o regime jurídico aplicável às *public utilities* era aquele estabelecido diretamente pelas leis, que apenas impunham algumas limitações de polícia ou definiam parâmetros muito genéricos de atuação¹⁰⁹.

Com o tempo, começou-se a constatar que o mercado nem sempre oferecia as soluções para os problemas introduzidos pela modernidade¹¹⁰. Era muito pequena a probabilidade de que houvesse competição entre empresas no oferecimento de determinados tipos de serviço que envolviam a exploração de infraestruturas de alto custo de implantação, como adutoras de água, ferrovias, geração e distribuição de energia elétrica e até a exploração de silos e armazéns em entrepostos comerciais, por exemplo.

Em geral, quem obtinha a primeira *franchise* não enfrentava concorrência e quando isso ocorria havia um grande risco de que a competição produzisse resultados piores e menos

¹⁰⁸ “*Competition was relied on to protect the consumer during the early developmental stages of all now-regulated utilities. As a result, charters and franchises to operate in certain specified areas were granted almost indiscriminately by cities and states. Denver, in 1880, granted a general electric utility franchise “to all comers”. New York City, in 1887, gave franchises to six electric utility companies at the same time. In fact, the general policy throughout the country was to grant a franchise to any company that applied.*” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice.** Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 117)

¹⁰⁹ Quanto a este momento inicial em que, ausentes dos contratos de *franchise* disposições de conteúdo regulatório, a regulação das *public utilities* se fazia diretamente pela lei. Vide a esse respeito: PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice.** Virginia: Public Utilities Reports, 1988, pp. 119 e seguintes.

¹¹⁰ Bilac Pinto, ao tratar do regime norte-americano, refere à necessidade constatada, em determinado momento, de regular as grandes corporações que surgiram nessa época, concentrando vasto poder econômico, rivalizando até mesmo com o poder estatal: “*O aparecimento da moderna corporation produziu tal concentração de poder econômico, que este pode competir, no mesmo pé de igualdade, com o Estado moderno — poder econômico versus poder político — cada qual fortalecido no seu campo próprio. O Estado procura regulamentar a corporation, sob certos aspectos, ao passo que a corporation, tornando-se constantemente mais poderosa, faz tremendo esforço para evitar a regulamentação.*” (PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública.** (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17)

eficientes do que o monopólio¹¹¹. Com a grande depressão de 1873, a situação só piorou. O resultado foi a observância de uma crescente concentração das principais empresas que ofereciam esse tipo de serviço, que culminou em um grande movimento de fusões e aquisições entre 1898 e 1902, originando os primeiros grandes conglomerados corporativos norte-americanos, o que obviamente resultou em aumento de preços e diminuição da qualidade dos serviços prestados. A tradicional convicção liberal, tão marcante nos Estados Unidos, enfrentava seu primeiro grande desafio e vários temperamentos foram experimentados a partir de então¹¹².

Passou a ganhar força a ideia de que algumas atividades são essenciais para a população e dependem, em grande medida, de direitos e privilégios oriundos do poder público, o que, por si só, seria suficiente para justificar a regulação estatal sobre as empresas que desempenham essas atividades, impondo-lhes a observância de uma série de regras e a submissão a diversas obrigações, inclusive quanto à cobrança de tarifas justas e não excessivas. Em texto publicado em 1907, John Lapp¹¹³ chega a afirmar que tais empresas se revestiriam de uma natureza quase-pública, figurando como verdadeiras “servidoras públicas”:

(...) as corporações do serviço público não são públicas nem privadas, mas quase públicas. Eles receberam valiosos direitos e privilégios do público e dependem do público para seus lucros; conseqüentemente, eles devem assumir deveres correspondentes, e se eles falham ou se recusam a desempenhar essas funções adequadamente, é direito e dever do povo, agindo através de seus agentes governamentais, regulá-los para que o público possa ter justiça nas taxas e serviços. Uma empresa ferroviária ou outra corporação à qual foi conferido o direito de domínio eminente, ou uma empresa de gás ou água que recebeu

¹¹¹ Há notícia de que teria havido alguns casos de efetiva duplicação de infraestruturas, com a consequência de aumento de preços e diminuição da qualidade dos serviços oferecidos aos consumidores: “*As we shall see, the lengthy terms of actual utility franchises suggest that there may have been substantial investment risks facing entrepreneurs, especially in the early years of utility operation. In addition, there are examples throughout the period of what appear to be duplicative construction — examples of multiple sets of water or gas pipes being built to serve individual customers — suggesting the existence, though hardly dominance, of potential competition for utility services.*” (PRIEST, George L. *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, p. 307, abr. 1993)

¹¹² PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 84-85.

¹¹³ “(...) *public service corporations are neither public nor private, but quasi-public. They have received valuable rights and privileges from the public and are dependent upon the public for their profits; consequently, they owe corresponding duties, and if they fail or refuse to perform those duties properly, it is the right and duty of the people, acting through their governmental agents to regulate them so that the public may have justice in rates and service. A railroad company or other corporation which is given the right of eminent domain, or a gas or water company which has received valuable franchises in the use of streets and public places, owes just rates and adequate service in return for these rights and privileges.*

The public has come to a recognition of the fact that these corporations are not private, with all the immunities of private property, but that they are public servants, and subject to regulative control. The equitable working out of that control is the problem for the legislators.” (LAPP, John A. *Public utilities – control*. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 626-627)

franquias valiosas que permitem o uso de ruas e locais públicos, deve cobrar tarifas justas e prestar um serviço adequado em troca desses direitos e privilégios.

O público chegou a reconhecer que essas corporações não são privadas, não podem se valer todas as imunidades da propriedade privada, mas que são servidoras públicas, e estão sujeitas a um controle regulatório. A forma de se exercer esse controle é um problema para os legisladores.

A constatação de que a regulação da “mão invisível” do mercado nem sempre era suficiente para dar respostas a todos os problemas, introduzia a ideia de que alguma regulação pelo Estado poderia ser necessária em determinadas situações¹¹⁴. Desde o século XVIII as teorias econômicas já adotavam quase unanimemente como premissa a constatação de que o ser humano é essencialmente movido por razões egoísticas e age sempre em busca de maximizar os seus próprios benefícios. Havia predominado, até então, a ideia disseminada por obras liberais, como a “A riqueza das nações”¹¹⁵, escrita em 1776 por Adam Smith, de que a vida em sociedade fazia com que, paradoxalmente, a interação dos diversos egoísmos individuais redundasse em um equilíbrio que tendia a gerar resultados positivos para a coletividade em geral. A essa interação das diversas atuações individuais egoísticas se passou a chamar “mercado”, que era considerado um ambiente propício para que fossem alcançados coletivamente resultados finais harmônicos e eficientes do ponto de vista econômico. A ideia básica principal é a de que quando todos agem para melhorar ao máximo a sua situação individual, acabam contribuindo para o desenvolvimento da sociedade como um todo.

De outro lado, no entanto, havia uma visão menos otimista, defendida por Jeremy Bentham e seus seguidores, como Edwin Chadwick. Para essa escola, a ideia de uma harmonização natural dos egoísmos individuais seria ilusória e apenas a intervenção estatal na estrutura institucional da sociedade poderia oferecer os meios necessários para induzir o comportamento humano na direção do bem comum¹¹⁶. O que era constatável em relação à prevenção de crimes, também haveria de ser verdadeiro para a busca da maior eficiência econômica. Para Bentham, os contratos seriam o modo mais adequado para que o Estado

¹¹⁴ “It often is noted that economics is highly metaphorical. Of the many metaphors cherished there may be none more powerful and enduring than that of “the invisible hand.” Attachment to this ideal, however, should not be permitted to obscure market realities. Under certain conditions market forces are inadequate to protect against abuse; that is, structural patterns deprive the “invisible hand” of its ability to ensure optimal outcomes.” (MILLER, Edyth S. Is the Public Utility Concept Obsolete? **Land Economics**, vo. 71, n° 3, Social Control of Private Power: The Past and Future of Public Utility Regulation. Madison: University of Wisconsin Press, ago. 1995, p. 273)

¹¹⁵ SMITH, Adam. **An Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Londres: W. Strahan e T. Cadell, 1776, e-book, edição do Kindle.

¹¹⁶ “The idea that politics consists of altering the institutional structures of society so as to induce individuals, despite their ambition and avarice, to behave in a way conducive to the public good, is a decidedly Benthamite notion.” (EKELUND Jr., Robert B. e HÉBERT, Robert F. The proto-history of franchise bidding, **Southern Economic Journal**, vol. 48, n° 2, p. 468, out. 1981)

pudesse criar obrigações para os particulares e assim moldar o seu comportamento, razão pela qual demonstrava entusiasmo pelo sistema das concessões, que já amplamente utilizado pela França¹¹⁷. O grande desafio dos governantes seria encontrar um arranjo contratual que, ao mesmo tempo, preservasse os interesses dos particulares contratados e garantisse o atendimento aos interesses da comunidade¹¹⁸.

Essas ideias certamente influenciaram bastante a adoção dos contratos de *franchise*, notadamente pelos municípios, embora muitas vezes seguindo os parâmetros de leis estaduais. Iniciava-se, nesse momento histórico, uma ampla discussão nos Estados Unidos sobre a conveniência de se introduzir algum tipo de regulação estatal sobre atividades econômicas, que tipos de atividades poderiam ser abrangidos por essa regulação e quais as limitações de que esse poder de regulação deveria se revestir. Uma das principais preocupações que moveu a sociedade americana em direção a admitir a introdução da regulação estatal na economia foi a constatação do fenômeno dos monopólios naturais, ou seja, a ideia de que há determinadas atividades, especialmente aquelas que dependem da instalação de infraestruturas de alto custo, cuja replicação seria ineficiente, pois produzem resultados mais desejáveis quando são prestadas por uma única empresa ou por um número limitado de empresas (oligopólio natural). Nesses casos, a competição não teria o condão de produzir resultados eficientes e, portanto, confiar apenas nas leis do mercado não seria a melhor opção¹¹⁹.

¹¹⁷ “(...) the idea of an exclusive privilege to monopolize a line of commerce was further developed in France during the sixteenth century. Royal charters were given by the government to plantations and trading companies, granting them monopolies. A charter was the equivalent of the franchise granted to public utilities today. Here, regulation was strictly applied to these companies to carry out governmental objectives.” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 82)

¹¹⁸ “From Bentham's utilitarian point of view, the contract was the most formal type of obligation: it was a means of acquiring property rights over services and was therefore a useful device in the State's hands to compel citizens to desirable social action. For Bentham, the very fact that crimes were committed refuted the harmony of interests doctrine. The problem for Bentham's statesman, therefore, was to define obligations, and punishments in such a way that private interest would be brought by artificial means to coincide with public interests.” (EKELUND Jr., Robert B. e HÉBERT, Robert F. The proto-history of franchise bidding, **Southern Economic Journal**, vol. 48, nº 2, p. 468, out. 1981)

¹¹⁹ Muitos anos mais tarde, Richard Posner escreveu artigo em que contestava a conclusão de que a regulação estatal seria preferível nos casos de monopólio natural. Apesar da visão crítica contida no artigo, vale a sua referência à definição do conceito, pela sua completude e precisão: “A firm that is the only seller of a product or service having no close substitutes is said to enjoy a monopoly. Monopoly is an important concept to this Article but even more important is the related but somewhat less familiar concept of ‘natural monopoly’. The term does not refer to the actual number of sellers in a market but to the relationship between demand and the technology of supply. If the entire demand within a relevant market can be satisfied at lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly, whatever the actual number of firms in it. If such a market contains more than one firm, either the firms will quickly shake down to one through mergers or failures, or production will continue to consume more resources than necessary. In the first case competition is short-lived and in the second it produces inefficient results. Competition is thus not a viable regulatory mechanism under conditions of natural monopoly. Hence, it is said, direct controls are necessary to ensure satisfactory

A esse respeito, em 1858, Edwin Chadwick, economista grandemente influenciado pelas ideias de Bentham, publicou artigo em que defendia esse argumento, especialmente em relação às linhas férreas. Essencialmente, procurou defender em seu estudo, repleto de demonstrações estatísticas, que nos casos em que uma atividade se revestisse de tais características — mais tarde denominadas como monopólio natural — a eficiência deveria ser buscada pela instituição de um outro tipo de rivalidade entre os agentes potencialmente interessados em prestar o serviço. Ao invés de manter o mercado aberto à entrada novos agentes, permitindo uma livre competição entre eles, como tradicionalmente preconizado pela teoria liberal clássica, o Estado deveria restringir o acesso ao mercado e proporcionar uma competição pela obtenção das condições de acesso¹²⁰. Isso seria obtido pela introdução de leilões ou algum mecanismo seletivo (as licitações, como conhecemos no Brasil), por meio do qual os interessados disputariam entre si, oferecendo propostas para a obtenção do acesso. Aquele que apresentasse a proposta mais vantajosa receberia o direito de firmar o contrato de *franchise* e servir ao mercado com exclusividade, durante um período determinado. A disputa de mercado seria assim transformada em uma disputa pelo mercado:

De 1838 a 1841, enquanto examinava as condições sanitárias das populações da cidade, encontrei distritos urbanos na Inglaterra, onde havia dois ou três conjuntos de canos de água transportados por ruas que poderiam ser tão bem ou melhor abastecidas por um prestador único, e competições que terminavam de qualquer forma em monopólios, levando a suprimentos ruins e deficientes pelos quais se cobrava preços elevados do público, gerando baixos dividendos para os acionistas, constatando-se uma quase impraticabilidade

performance: controls over profits, specific rates, quality of service, extensions and abandonments of service and plant, even permission whether to enter the business at all. This set of controls has been applied mainly to gas, water, and electric power companies, where it is known as 'public utility regulation', and to providers of public transportation and telecommunications, where it is known as 'common carrier regulation'. (POSNER, Richard. Natural monopoly and its regulation. **Stanford Law Review**, vol. 21, nº 3, p. 548, fev. 1969)

¹²⁰ “From 1838 to 1841, whilst examining the sanitary conditions of town populations, I found urban districts in England, where there are two or three sets of water-pipes carried through streets which might be as well or better supplied under one establishment, and competitions ending in strict monopolies, bad and deficient supplies at high charges to the public, with low dividends to the shareholders, and an almost impracticability of improvement in their separate condition without augmenting the already excessive charges of the ratepayers or further reducing the low returns to the capitalists. These competitions are what I then designated as competitions “within the field of service”. As opposed to that form of competition, I proposed, as an administrative principle, competition “for the field,” that is to say, that the whole field of service should be put up on behalf of the public for competition, — on the only condition on which efficiency, as well as the utmost cheapness, was practicable, namely, the possession, by one capital or by one establishment, of the entire field, which could be most efficiently and economically administered by one, with full securities towards the public for the performance of the requisite service during a period.” (CHADWICK, Edwin. Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service. **Journal of the Statistical Society of London**. Londres: Wiley for the Royal Statistical Society, vol. 22, nº 3, p. 384-385, set. 1859). Anos mais tarde, em período no qual surgiam fortes críticas à regulação estatal, Demsetz retomou essa ideia, no entanto, defendendo que os leilões de disputa pelo mercado deveriam ser utilizados como uma alternativa à regulação, substituindo-a. A essência de suas ideias está em DEMSERTZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 11, n 1. abr. 1968.

de melhoria em sua condição específica, sem aumentar as já excessivas taxas dos contribuintes ou reduzir ainda mais os baixos retornos aos capitalistas. Essas competições são o que eu então designei como competições "dentro do campo de serviço". Ao contrário dessa forma de concorrência, propus, como princípio administrativo, a competição "pelo campo", ou seja, que todo o campo de serviço deveria ser oferecido ao público para a concorrência, — na única condição em que fosse selecionada a proposta mais barata e o prestador mais eficiente, que passaria a operar sozinho todo o campo, revelando-se mais eficiente e econômica essa operação por um único agente com o título para o desempenho do serviço necessário durante um período.

O debate era intenso em um ambiente marcado pela tradição liberal e, já em 1868, havia sido aprovada a décima quarta emenda à Constituição norte-americana, cuja seção 1 estabelecia uma forte proteção da propriedade privada, consignando que ficava vedado ao Estado, sem a observância do devido processo legal, privar os cidadãos de sua liberdade, do exercício dos seus direitos ou de sua propriedade, ainda que por força de lei¹²¹:

nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que interfira em privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

Especialmente a iniciativa estatal de fixar os preços que poderiam ser cobrados por empresas privadas pela venda de seus produtos ou prestação dos seus serviços causava grande polêmica. Muitos consideravam essa prática incompatível com a Constituição. Foi a constatação das chamadas falhas de mercado, muito especialmente a demonstração da existência dos monopólios naturais, que fundamentou a expansão da regulação nesse momento, que se centrava essencialmente na figura das *public utilities*.

Admitia-se que as empresas que exploravam atividades tipicamente exercidas em sistema de monopólio deveriam estar sujeitas a uma regulação estatal que: a) assegurasse a exclusividade do mercado, de modo a evitar ineficiências geradas pela duplicação desnecessária de infraestruturas e b) garantisse que essas empresas, ao explorar uma atividade econômica monopolizada, não iriam abusar dessa condição para obter vantagens indevidas em face dos consumidores.

Passou-se, então, da primeira fase, na qual as *franchises* eram apenas um meio de permitir o acesso de particulares ao domínio iminente estatal, de modo a garantir o seu direito de passagem, para uma segunda fase, em que esses instrumentos jurídicos se tornavam um **efetivo mecanismo de regulação estatal** das respectivas atividades realizadas pelas *public*

¹²¹ “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição. **Décima Quarta Emenda**)

*utilities*¹²², consolidando a prática de uma regulação contratual. Na primeira fase, os municípios sequer dispunham de poderes para assegurar exclusividade, conferir privilégios ou impor obrigações¹²³. Não havia leis disciplinando as *franchises* e o seu regime seguia os princípios do *common law*, impostos pelas cortes segundo os precedentes colhidos na tradição inglesa ou que eram desenvolvidos, caso a caso, na medida da necessidade, segundo as novas situações que iam se apresentando¹²⁴. A partir do final do século XIX, vários estados começaram a editar leis que estabeleciam os parâmetros a serem fixados nas *franchises*, normalmente em termos bastante genéricos, mas, de todo modo, fixando obrigações a serem atendidas pelas empresas, como a definição de limites de preço a serem cobrados e o estabelecimento de parâmetros de qualidade a serem respeitados¹²⁵.

Teve início, então, um acirrado debate sobre a extensão e os limites da regulação estatal. Passou-se a discutir em que circunstâncias e até que ponto o Estado poderia interferir em atividades realizadas por particulares, tendo se desenvolvido o conceito — adotado pela Suprema Corte norte-americana no famoso caso *Munn v. Illinois*, de que cuidará o próximo subcapítulo — de que a regulação estatal em atividades econômicas seria justificável em relação àquelas empresas cujos negócios estivessem revestidos de interesse público (*business affected with public interest*)¹²⁶.

¹²² “Moreover, even though the entire utility system is usually subject to regulation, it is likely to have derived its recognized utility status from the department of the operations concerned with the transfer of the gas, or the electricity, or the telephone messages from one location to another” (BONBRIGHT, James C. **Principles of public utilities rates**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1961, p. 4-5, *apud* PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, nota 3, p. 28.

¹²³ “(...) during the nineteenth century, there was no inherent legal municipal monopoly of utility services, nor did state governments generally possess the authority to limit entry.” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 305)

¹²⁴ “Present-day regulation is based upon statutes and ordinances enacted by local, state, or federal governments’ legislative bodies. As previously noted, however, statutory law was preceded by the common law — the nonlegislative body of principles built up by court decisions. The common law was developed in England during and following the last part of the Middle Ages, and resulted from decisions handed down by the courts in cases brought by private litigants.” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 118)

¹²⁵ “Prior to the enactment of general incorporation laws, public utilities were incorporated through the passage of special legislative acts. These charters contained both the usual corporate rights and a number of special privileges, such as the power of eminent domain. Their regulatory provisions varied considerably, but frequently prescribed only maximum rates and/or limited the yield on common stock to stated percentages.” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 119)

¹²⁶ “Unless something is unusual about the industry involved, government regulation of private business would violate rights guaranteed by the Fifth and Fourteenth Amendments to the Constitution. When, therefore, is an industry so affected with a public interest that the usual privileges of private property give away to the duties attached to public service?” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 85)

Tais negócios, afetados por interesse público, eram associados diretamente com as *public utilities* e o debate norte-americano quanto à regulação consistiu, nesse momento inicial, em uma discussão acerca da regulação das *public utilities*. Não havia, ainda, uma distinção precisa entre o exercício do poder de polícia e regulação econômica, nem uma diferenciação entre a regulação das *public utilities* ou de outras atividades econômicas. De todo modo, jamais se admitiu na tradição jurídica norte-americana os poderes extravagantes do Estado-contratante sobre o particular contratado, o que nunca permitiu o mesmo desenvolvimento que a regulação contratual encontrou na França, por exemplo. Essa foi certamente uma das principais razões do seu abandono, como se verá a seguir.

2.2 Regulação de atividade econômica “*affected with public interest*” (caso *Munn v. Illinois*)

Em 1877, a Suprema Corte examinou um caso envolvendo a exploração de elevadores de carga usados para guarnecer os armazéns com as mercadorias, na cidade de Chicago. Em 1870, a Constituição de Illinois havia sido emendada para conferir ao legislador estadual o poder de regular diversas atividades, inclusive por meio da fixação de limites de tarifa¹²⁷. No ano seguinte, foi aprovada lei regulando a exploração do serviço de armazenagem e dos elevadores usados para abastecer os armazéns. Segundo a nova legislação, as empresas exploradoras dessas atividades passavam a depender de uma licença para funcionar e ficavam submetidas a um regime de preços controlados. O Sr. Munn era o dono de uma empresa que explorava os serviços de elevador e continuou explorando o seu negócio, mesmo sem ter obtido a licença exigida pela nova legislação, alegando que se tratava de um negócio privado, de modo que a regulação que se pretendia impor violaria a décima quarta emenda à Constituição, pois, ao pretender limitar os preços cobrados pelo serviço prestado por sua empresa, limitaria, na verdade, a sua capacidade de usufruir do seu próprio patrimônio.

A Suprema Corte, no entanto, ao julgar o caso *Munn v. Illinois*¹²⁸, reconheceu que a atividade era exercida em um regime de “monopólio virtual” (“Thus, it is apparent that all the elevating facilities through which these vast productions ‘of seven or eight great States of the

¹²⁷ “Influenced by these reform efforts, Illinois, as early as 1870, pioneered what we would now call public utilities regulation, using independent commissions to avoid interference by corrupt politicians.” (COOPER, Phillip. **Governing by contract: challenges and opportunities for public managers**. Washington: CQ Press, 2003, p. 32)

¹²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Munn v. Illinois**, 94 U.S. 113, 1876, Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 17 jan. 2019, p. 94 U.S. 131.

West’ must pass on the way ‘to four or five of the States on the seashore’ may be a ‘virtual’ monopoly”). É relevante observar que, naquela ocasião, Chicago já se apresentava como um importante entreposto de distribuição da produção agrícola do meio-oeste para a costa leste americana e havia na cidade quatorze plantas de armazenamento de grãos, controladas por nove empresas, sendo que as localizações onde se poderiam construir elevadores para essa atividade eram muito restritas, tendo sido constatado, ainda, que existia uma prática de encontros dos líderes das empresas para combinar os preços a serem cobrados¹²⁹. Em razão dessas circunstâncias, a Suprema Corte asseverou que quando a propriedade privada fosse devotada a uma atividade que despertasse grande interesse público e pudesse afetar a comunidade de maneira muito intensa, essa propriedade se revestiria de interesse público e, desta forma, poderia ser submetida a um controle a ser exercido pelo Estado em prol do bem comum¹³⁰:

Isso nos leva a investigar sobre os princípios nos quais esse poder de regulação repousa, a fim de que possamos determinar o que está ou não incluído no seu efeito operacional. Olhando, então, para o direito comum, de onde veio o direito que a Constituição protege, descobrimos que, quando a propriedade privada é "afetada por interesse público, deixa de ser apenas *juris privati*". Isso foi dito pelo Lorde Chefe de Justiça Hale há mais de duzentos anos, em seu tratado *De Portibus Maris*, 1 Harg.Law Tracts 78, e tem sido aceito sem objeção como elemento essencial na lei da propriedade desde então. **A propriedade se torna revestida de interesse público quando exercida de uma forma que provoque consequências públicas ou afete o interesse da comunidade em geral.** Quando, portanto, alguém dedica a sua propriedade a um uso no qual o público tem interesse, ele, de fato, confere ao público uma prerrogativa, e deve submeter-se a ser controlado pelo público para o bem comum, na medida do interesse que criou. Ele pode retirar sua subvenção suspendendo o uso, mas, desde que mantenha o uso, ele deve se submeter ao controle.

¹²⁹ “The court based its decision on practical facts. A danger of monopoly existed, since through the Chicago warehouses and elevators the grain of the western states had to pass, Chicago being the concentration point for shipment to the eastern seaboard. The business was in the hands of a small number of persons, and conditions were such that danger of arbitrary and unreasonable control could easily be manifested. The court held that these facts were sufficient to impress that business with a public interest and to justify state regulation.” (E.A.M., Jr. State regulation of businesses affected with public interest. *Virginia Law Review*, vol. 18, nº 7, mai. 1932, p. 772). Vide também: PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice.** Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 86.

¹³⁰ “This brings us to inquire as to the principles upon which this power of regulation rests, in order that we may determine what is within and what without its operative effect. Looking, then, to the common law, from whence came the right which the Constitution protects, we find that, when private property is "affected with a public interest, it ceases to be *juris privati* only”. This was said by Lord Chief Justice Hale more than two hundred years ago, in his treatise *De Portibus Maris*, 1 Harg.Law Tracts 78, and has been accepted without objection as an essential element in the law of property ever since. **Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence and affect the community at large.** When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use, but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Munn v. Illinois**, 94 U.S. 113, 1876, Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 17 jan. 2019, p. 94 U.S. 125-126 - Grifado).

Como se tratava de questão polêmica, o julgamento não foi unânime, tendo os Juízes Field e Strong divergido do resultado. As razões expostas na declaração de voto do Juiz Field são de grande interesse e continuaram reverberando em julgamentos seguintes, razão pela qual se transcreve o seguinte trecho, com alguns destaques¹³¹:

É verdade que a legislação que assegura a todos a proteção dos seus direitos, e o igual uso e gozo de sua propriedade, abrange uma variedade quase infinita de sujeitos. O que afeta a paz, a boa ordem, a moral e a saúde da comunidade vem dentro do seu escopo, e todos devem usar e desfrutar de sua propriedade sujeita às restrições que essa legislação impõe. O que é chamado **de poder de polícia do Estado**, que se poderia supor um elemento indefinido e irresponsável no governo, em razão do que normalmente se afirma, **só pode interferir na relações entre os indivíduos e no uso de sua propriedade, na medida necessária para proteger esses objetos**. A compensação que eventualmente poderá ser requerida pelos **proprietários desses bens que não tenham auferido quaisquer direitos ou privilégios especiais do governo**, ou para seus próprios serviços em união com ele, não constitui nenhum elemento de consideração na elaboração de regulamentos para esse fim.

Se para construir um prédio em uma cidade, o Estado ou o Município exercendo um poder delegado do Estado, pode exigir que suas paredes sejam de espessura suficiente para os usos pretendidos; pode proibir o emprego de materiais inflamáveis em sua construção, de modo a não colocar em risco a segurança de seus vizinhos; se projetado como teatro, igreja

¹³¹ “It is true that the legislation which secures to all protection in their rights, and the equal use and enjoyment of their property, embraces an almost infinite variety of subjects. Whatever affects the peace, good order, morals, and health of the community comes within its scope, and everyone must use and enjoy his property subject to the restrictions which such legislation imposes. What is termed the **police power of the State**, which, from the language often used respecting it, one would suppose to be an undefined and irresponsible element in government, **can only interfere with the conduct of individuals in their intercourse with each other, and in the use of their property, so far as may be required to secure these objects**. The compensation which the owners of property, not having any special rights or privileges from the government in connection with it, may demand for its use, or for their own services in union with it, forms no element of consideration in prescribing regulations for that purpose.

If one construct a building in a city, the State, or the municipality exercising a delegated power from the State, may require its walls to be of sufficient thickness for the uses intended; it may forbid the employment of inflammable materials in its construction, so as not to endanger the safety of his neighbors; if designed as a theatre, church, or public hall, it may prescribe ample means of egress, so as to afford facility for escape in case of accident; it may forbid the storage in it of powder, nitroglycerine, or other explosive material; it may require its occupants daily to remove decayed vegetable and animal matter which would otherwise accumulate and engender disease; it may exclude from it all occupations and business calculated to disturb the neighborhood or infect the air. Indeed, **there is no end of regulations with respect to the use of property which may not be legitimately prescribed, having for their object the peace, good order, safety, and health of the community**, thus securing to all the equal enjoyment of their property; but, in establishing these regulations, it is evident that compensation to the owner for the use of his property, or for his services in union with it, is not a matter of any importance; whether it be one sum or another does not affect the regulation either in respect to its utility or mode of enforcement. One may go, in like manner, through the whole round of regulations authorized by legislation, State or municipal, under what is termed the police power, and in no instance will he find that the compensation of the owner for the use of his property has any influence in establishing them. **It is only where some right or privilege is conferred by the government or municipality upon the owner, which he can use in connection with his property or by means of which the use of his property is rendered more valuable to him, or he thereby enjoys an advantage over others, that the compensation to be received by him becomes a legitimate matter of regulation**. Submission to the regulation of compensation in such cases is an implied condition of the grant, and the State, in exercising its power of prescribing the compensation, only determines the conditions upon which its concession shall be enjoyed. **When the privilege ends, the power of regulation ceases.**” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Munn v. Illinois**, 94 U.S. 113, 1876, Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 17 jan. 2019, pp. 94 U.S. 145-147 - Grifado).

ou salão público, pode impor passagens largas para a evacuação, de modo a viabilizar a fuga em caso de acidente; pode proibir o armazenamento de pólvora, nitroglicerina ou outro material explosivo; pode exigir que seus ocupantes removam diariamente matéria vegetal e animal deteriorada que, de outra forma, acumularia e geraria doenças; pode impedir usos e realização de atividades que possam perturbar o bairro ou infectar o ar. Enfim, **não há propósito em regular legitimamente o uso de bens que não possam afetar a paz, a boa ordem, a segurança e a saúde da comunidade**, assegurando assim a todos o igual proveito de sua propriedade; mas, ao estabelecer essas regulamentações, é evidente que a compensação ao proprietário pelo uso de sua propriedade, ou por seus serviços em união com ele, não é uma questão de menor importância; em um caso ou outro, não deve ser afetada a regulamentação, seja em relação à sua utilidade ou modo de aplicação. Pode-se examinar, desse modo, toda a série de regulamentos autorizados pela legislação, estadual ou municipal, no que se refere ao chamado de poder de polícia, e em nenhum caso se identificará que a compensação do proprietário pelo uso de sua propriedade sofreu qualquer influência no seu estabelecimento. **É apenas quando algum direito ou privilégio sobre a sua propriedade é conferido a terceiros pelo governo ou município, que o seu proprietário pode pleitear uma compensação, baseada no uso mais valioso para ele, ou nas vantagens que aquela propriedade lhe confira sobre os outros. Nesses casos, revela-se legítima a regulamentação de tal compensação.** A submissão à regulamentação da compensação nesses casos é uma condição implícita da concessão, e o Estado, ao exercer seu poder de prescrição da compensação, apenas determina as condições sobre as quais sua concessão será gozada. **Quando o privilégio termina, o poder da regulação cessa.**

A extensa transcrição acima se justifica exatamente pelo fato de que a dissidência apontou exatamente para o fato de que a Suprema Corte estava tratando de maneira equivalente situações diversas. O voto divergente, então, procurou traçar uma diferenciação entre os casos em que a empresa dependa de algum favor do Estado, de outros, marcadas apenas pelo exercício do tradicional “poder de polícia”, que autoriza o Estado a intervir nos direitos individuais, incluindo o direito à livre fruição da propriedade privada, mas apenas com o objetivo de resguardar a segurança e os direitos dos demais cidadãos, especialmente quando represente algum risco para a paz, a ordem, a moral ou a saúde públicas. Fora dessas situações específicas, uma regulação estatal que diga respeito à performance do negócio, ou que pretenda tratar das condições econômicas do uso de uma propriedade, por exemplo, impondo limites para os preços cobrados, só se justificaria, segundo os juízes que dissentiram, naquelas situações em que o Estado conferisse algum tipo de privilégio à empresa que o explora¹³². Ainda assim, a regulação deveria ser restrita ao alcance desse privilégio e só poderia durar enquanto o privilégio estatal pudesse ser usufruído pelo particular.

O que é interessante notar aqui, é a distinção feita pelo voto divergente no sentido de que há mais de um tipo possível de regulação e que uma regulação mais invasiva, que diga

¹³² Essa circunstância é bem descrita por John Lapp ao afirmar que: “A *railroad company or other corporation which is given the right of eminent domain, or a gas or water company which has received valuable franchises in the use of streets and public places, owes just rates and adequate service in return for these rights and privileges.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 627)

respeito à performance econômica do negócio, deve depender não apenas da lei, mas sim da adesão do regulado a um regime em que o Estado lhe proporcione algum tipo de privilégio ou condição especial. A maioria entendeu, no entanto, que uma vez afetado por um especial interesse público, o negócio privado poderia ser sujeito à regulação estatal e, deste modo, a um controle sobre o exercício de suas atividades em diversos aspectos, incluindo a limitação dos preços a serem cobrados, sem que se fizesse uma distinção quanto aos níveis de regulação possíveis em cada caso. As *public utilities*, por estarem afetadas por interesse público (*affected with public interest*), estariam inseridas nesse ambiente regulatório.

Outros dois precedentes, julgados em 1892 e 1894, confirmaram o entendimento expressado em *Munn v. Illinois* e tiveram grande importância para a consolidação da posição firmada pela Suprema Corte. O primeiro deles foi o caso *Budd v. New York*, que também tratava de serviços de elevação, pesagem e descarga de grãos em armazéns, tendo sido reafirmada sua decisão anterior¹³³. O maior interesse deste caso reside no conteúdo do voto divergente, proferido pelo Juiz Brewer e acompanhado pelos Juízes Field e Brown, que pretendeu fazer uma distinção entre os serviços que se utilizam de determinados equipamentos e infraestrutura para lhes dar um uso público (*property devoted to a public use*) e aqueles outros serviços em relação aos quais houvesse um genérico interesse público em seu uso (*public interest in the use*).

Mais uma vez, a ideia central era estabelecer a compreensão de que deveria haver diferentes graus de regulação, mais ou menos invasivos a depender da natureza da atividade regulada. É curioso observar, no entanto, que a convicção manifestada pela divergência se aproximou muito, desta vez, da concepção francesa de titularidade estatal dos serviços públicos, quando afirmou que há determinados casos em que é o Estado quem tem o direito de criar e manter certos serviços (“*the state, has a right to create and maintain*”). Nesses casos, segundo afirmado, quando fossem prestados por particular, esses o fariam em nome do

¹³³ “An Act of the Legislature of New York, Laws of 1888, c. 581, provided that the maximum charge for elevating, receiving, weighing and discharging grain should not exceed five-eighths of one cent a bushel and that, in the process of handling gain by means of floating and stationary elevators, the lake vessels or propellers, the ocean vessels or steamships, and canal boats, should only be required to pay the actual cost of trimming or shoveling to the leg of the elevator when unloading, and trimming cargo when loading. Held that the act was a **legitimate exercise of the police power of the state over a business affected with a public interest**, and did not violate the Constitution of the United States, and was valid” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Budd v. New York**, 143 U.S. 517, 1892. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/517/>. Acesso em 18 jan. 2019, *syllabus* - grifado)

Estado, devotando a sua propriedade privada a cumprir uma missão estatal e, portanto, submetendo-a ao controle público¹³⁴:

A propriedade é dedicada a um uso público quando, e somente quando, o uso é aquele em que o público, em sua capacidade organizada, a sagacidade, **o Estado, tem o direito de criar e manter**, e, portanto, aquele que todo o público tem o direito de exigir e compartilhar. O uso é público porque o público pode criá-lo e o indivíduo que o cria está fazendo isso e pro tanto o trabalho do Estado. A criação de todas as rodovias é um dever público. Ferrovias são rodovias. **O Estado pode construí-los. Se um indivíduo faz esse trabalho, ele é pro tanto** fazendo o trabalho do Estado. **Ele dedica sua propriedade a um uso público. O Estado que faz o trabalho fixa o preço para o uso. Não perde o direito de fixar o preço porque um indivíduo se compromete voluntariamente a fazer o trabalho. Mas esse uso público é muito diferente do interesse público no uso. Não há quase nenhuma propriedade em cujo uso o público não tem interesse.** Nenhum homem vive sozinho, e a propriedade de ninguém está além do toque do bem-estar dos outros. Tudo, a forma e extensão de cujo uso afeta o bem-estar dos outros, é propriedade em cujo uso o público tem interesse. Veja, por exemplo, a única loja em uma pequena vila. Todo o público daquela vila está interessado nela - interessado na quantidade e qualidade das mercadorias em suas prateleiras e seus preços, no momento em que abre e fecha, e geralmente na forma como é gerenciado - em suma, interessado no uso. Você acha que o público da aldeia tem o direito de controlar esses assuntos? O que é verdade para a única pequena loja na vila também é verdade para o maior estabelecimento mercante da grande cidade. A magnitude do negócio não muda o princípio. Pode haver mais indivíduos interessados - um público maior - mas ainda assim o público. O comerciante do país que tem um pequeno armazém no qual os agricultores vizinhos estão sempre para armazenar suas batatas e grãos preparatórios para o embarque ocupa a mesma posição que o proprietário do maior elevador de Nova York. O público tem em cada caso interesse no uso, e no mesmo interesse - nem mais e nem menos. Não posso acreditar que quando o proprietário da propriedade tem por sua indústria, habilidade e dinheiro feito uma certa parte de sua propriedade de grande valor para muitos, ele, assim, privou-se do domínio total sobre ele que ele tinha quando era de relativamente pouco valor, nem posso acreditar que o

¹³⁴ *“Property is devoted to a public use when, and only when, the use is one which the public, in its organized capacity, to-wit, the state, has a right to create and maintain, and therefore one which all the public have a right to demand and share in. The use is public because the public may create it and the individual creating it is doing thereby and pro tanto the work of the state. The creation of all highways is a public duty. Railroads are highways. The state may build them. If an individual does that work, he is pro tanto doing the work of the state. He devotes his property to a public use. The state doing the work fixes the price for the use. It does not lose the right to fix the price because an individual voluntarily undertakes to do the work. But this public use is very different from a public interest in the use. There is scarcely any property in whose use the public has no interest. No man liveth unto himself alone, and no man's property is beyond the touch of another's welfare. Everything, the manner and extent of whose use affects the wellbeing of others, is property in whose use the public has an interest. Take, for instance, the only store in a little village. All the public of that village are interested in it -- interested in the quantity and quality of the goods on its shelves and their prices, in the time at which it opens and closes, and generally in the way in which it is managed -- in short, interested in the use. Does it follow that that village public has a right to control these matters? That which is true of the single small store in the village is also true of the largest mercantile establishment in the great city. The magnitude of the business does not change the principle. There may be more individuals interested — a larger public — but still the public. The country merchant who has a small warehouse in which the neighboring farmers are wont to store their potatoes and grain preparatory to shipment occupies the same position as the proprietor of the largest elevator in New York. The public has in each case an interest in the use, and the same interest -- no more and no less. I cannot bring myself to believe that when the owner of property has by his industry, skill, and money made a certain piece of his property of large value to many, he has thereby deprived himself of the full dominion over it which he had when it was of comparatively little value, nor can I believe that the control of the public over one's property or business is at all dependent upon the extent to which the public is benefited by it.”* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Budd v. New York**, 143 U.S. 517, 1892. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/517/>. Acesso em 18 jan. 2019, pp. 143 U.S. 549 e 550)

controle do público sobre a propriedade ou negócio depende de tudo o que o público é beneficiado por ela.

A ideia de que há atividades, cuja disponibilização à população é um dever do Estado e outras, em que isso não ocorre e, portanto, devem ser submetidas a uma intervenção regulatória mais branda — ainda que exista um interesse genérico da população na sua prestação — apoiava-se na constatação, que viria a se tornar predominante na jurisprudência do início do século XX, de que o critério do interesse público é muito amplo e desprovido de um significado objetivamente verificável, uma vez que seria difícil identificar um serviço qualquer que pudesse ser oferecido à população sem despertar nenhum tipo de interesse público. Como defendeu E. A. M., Jr. mais tarde, nesses casos dever-se-ia confiar na livre competição proporcionada pelo mercado para evitar os riscos de atuação arbitrária ou abusiva das empresas¹³⁵.

Mais uma vez, no entanto, prevaleceu o tratamento homogêneo da regulação estatal sobre toda e qualquer atividade privada, desde que revestida de interesse público, conceito que foi reafirmado no julgamento do caso *Brass v. North Dakota*, realizado pela Suprema Corte em 1894. Sustentava-se, dessa vez, que haveria uma distinção essencial a justificar um tratamento diferente (*distinguishing*) daquele que havia sido fixado no caso *Munn*, isso porque, neste caso, ao contrário do que acontecia em Chicago, existiam mais de seiscentos elevadores, de propriedade de cento e vinte e cinco empresas, de modo que não era possível cogitar a existência de um monopólio natural. A Corte, no entanto, decidiu que a exploração de uma atividade na condição de monopólio pode ser uma justificativa para reconhecê-la como revestida de interesse público, mas não era a única e, acima de tudo, esse exame caberia ao Legislativo e não ao Poder Judiciário. Uma vez que o parlamento estadual de Dakota do Norte havia reconhecido o interesse público a justificar a regulação estatal, não caberia à corte discutir o acerto da decisão, mas apenas respeitá-la, já que não havia elementos que pudessem caracterizar um exercício impróprio da discricionariedade neste caso¹³⁶:

¹³⁵ “Next, the common callings, such as butcher, baker, tailor, and the like, are exempt from regulation save of the most casual type. It is true that every business which manufactures or sells a necessity of life is clothed to some extent with a public interest, yet in these businesses there is a freedom of competition which eliminates any danger of arbitrary control and exorbitant price.” (E.A.M., Jr. State regulation of businesses affected with public interest. *Virginia Law Review*, v. 18, n. 7, mai. 1932, p. 771-772.)

¹³⁶ “These arguments are disposed of, as we think, by the simple observation, already made, that **the facts rehearsed are matters for those who make, not for those who interpret, the laws.** When it is once admitted, as it is admitted here, that it is competent for the legislative power to control the business of elevating and storing grain, whether carried on by individuals or associations, in cities of one size and in some circumstances, it follows that such power may be legally exerted over the same business when carried on in smaller cities, and in other circumstances. It may be conceded that that would not be wise legislation which provided the same regulations in every case, and overlooked differences in the facts that called for regulations. But, **as we have no**

Esses argumentos são descartados, como pensamos, pela simples observação, já feita, de que **os fatos em questão devem ser considerados por aqueles que fazem, não por aqueles que interpretam, as leis.** Quando se admite, como se faz aqui, que é competência do poder legislativo controlar o negócio de elevar e armazenar grãos, seja quando realizado por indivíduos ou por entidades, em cidades de determinado tamanho e em algumas circunstâncias, segue-se que tal poder pode ser legalmente exercido sobre o mesmo negócio quando explorado em cidades menores, e em outras circunstâncias. Pode-se admitir que essa não seria uma legislação sábia que forneceu as mesmas regulamentações em todos os casos, e ignorou diferenças nos fatos que pediam regulamentação distinta. Mas, **como não temos o direito de rever a sabedoria ou a conveniência da lei em questão, não seria justificável impor um exercício impróprio de discricção ao Legislativo da Dakota do Norte.**

Estabeleceram-se, como se vê, importantes precedentes quanto aos poderes dos municípios para continuar outorgando *franchises* que, além de oferecer acesso para as *public utilities* ao direito de passagem e, em alguns casos, até à desapropriação de bens de terceiros, impunham-lhes, em contrapartida, a observância de uma série de obrigações. Com o tempo, em razão do aprendizado adquirido pelos municípios, da evolução das tecnologias, que exigiam um tratamento cada vez mais complexo, e da segurança jurídica advinda dos precedentes da Suprema Corte, as disposições contratuais, inicialmente abertas e genéricas, foram se tornando mais detalhadas e complexas¹³⁷.

Uma das grandes vantagens desse sistema de *franchises* municipais era a agilidade de que se revestia, exatamente pelo fato de ser conduzido por autoridades locais e permitir experiências variadas em localidades específicas, permitindo que inovações tecnológicas fossem absorvidas rapidamente. Consta que Graham Bell obteve a patente de seu invento em 1876 e em 1878 já tinha obtido uma *franchise* em New Haven para a implantação do primeiro sistema telefônico. Já Thomas Edison, que inventou as lâmpadas com filamento de carbono em 1879, obteve, no mesmo ano, uma *franchise* em São Francisco para a implantação do primeiro sistema de iluminação¹³⁸. Isso ocorria especialmente em razão da limitação da abrangência territorial dessas *franchises* e da maior facilidade demonstrada por autoridades locais para a adoção de decisões experimentais.

Por outro lado, uma vez firmado o contrato e estabelecida a relação jurídica com o particular, havia grande dificuldade para a adaptação do regime regulatório durante a

right to revise the wisdom or expediency of the law in question, so we would not be justified in imputing an improper exercise of discretion to the Legislature of North Dakota.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brass v. North Dakota ex Rel. Stoeser*, 153 U.S. 391, 1894, p. 153 U.S. 403.)

¹³⁷ “Although initial franchise agreements often defined performance requirements with broad and general standards, later contracts rated provisions that were increasingly detailed, seeking greater to the citizenry through more complete specification of the price and of service requirements.” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. *The Journal of Law & Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 303)

¹³⁸ PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. *The Journal of Law & Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 302.

execução do contrato. Ao contrário do que ocorria com as concessões na França e outros países europeus, nos Estados Unidos não se admitia a existência de poderes extravagantes para a imposição unilateral de modificações no contrato firmado com particulares. A Suprema Corte havia consolidado o entendimento de que, mesmo que formalmente não fossem estabelecidas como um contrato, essas *franchises* deveriam ser assim consideradas, em razão de suas características. No julgamento de *Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward*¹³⁹, havia sido fixado o precedente de que, as antigas cartas reais outorgadas pela coroa britânica, permaneciam válidas mesmo após a guerra de independência do país. Deste modo, nem mesmo uma revolução havia sido suficiente para provocar a alteração do regime jurídico contratual estabelecido com a Administração Pública. Qualquer modificação dos termos pactuados, portanto, dependeria sempre da obtenção de um consenso entre as partes.

Alterações unilaterais do contrato não seriam admissíveis sequer por meio da aprovação de novas leis. Assim, o regime das *franchises*, muito ágil para a instituição de novas relações jurídicas com empreendedores privados interessados em instalar novas infraestruturas, era extremamente inflexível para a adaptação das condições de sua exploração ao longo do tempo, o que criava sérios desafios para a regulação das *public utilities*, em razão das enormes dificuldades para adaptar as condições da regulação à evolução das tecnologias e das características econômicas de prestação dos serviços, as quais, por vezes, evoluíam rapidamente, criando distorções que, muitas vezes se tornavam de difícil resolução, pois a única alternativa possível era negociar um aditivo ao texto original do contrato, que sempre dependeria de consenso¹⁴⁰.

¹³⁹ “*The charter granted by the British Crown to the trustees of Dartmouth College, in New Hampshire, in the year 1769, is a contract within the meaning of that clause of the Constitution of the United States, art. 1, s. 10, which declares that no state shall make any law impairing the obligation of contracts. The charter was not dissolved by the Revolution.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward**, 17 U.S. 4 Wheat 518 518., 1819. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/518/>. Acesso em 18 jan. 2019, syllabus)

¹⁴⁰ “*Changes in the prescribed rates or in the service standards were made with great difficulty. This difficulty was due to a Supreme Court decision which held that a franchise had the status of a contract which a State could not impair; thus both parties had to approve a change. As expected, the companies resisted downward rate changes and the city councils upward adjustments. Nor was it easy to change the prescribed service standards, especially when the companies were asked to raise standards at the same level of rates.*” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 120) No mesmo sentido: “*The system of municipal regulation by franchise, however, suffered many problems. As we shall see, there is substantial evidence of persistent difficulties relating to specifying the franchise contract, adapting it over time to new conditions, and monitoring compliance with the contract for the benefit of the citizenry.*” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 302)

Até este momento, as *franchises* tinham características muito próximas dos contratos franceses de concessão de serviço público. Igualmente tinham natureza contratual, reconhecida pela Suprema Corte, mesmo quando formalmente isso não estivesse claro e eram outorgadas por tempo determinado, sob a premissa de que a exploração dos serviços naquele interregno de tempo seria suficiente para amortizar os investimentos realizados pela *public utility* e gerar o esperado retorno sobre o capital investido, destinando-se, ao final do período contratual, a infraestrutura para a entidade pública, de forma semelhante ao conceito de reversão dos bens da concessão¹⁴¹.

A partir deste momento histórico, no entanto, há uma clara bifurcação em direção a soluções jurídicas inteiramente distintas para o mesmo problema. Diante da necessidade de permitir adaptabilidade ao ambiente regulatório da exploração desses serviços dependentes de infraestrutura, os caminhos percorridos na França e nos Estados Unidos foram bastante diversos. Enquanto na França, como se verá no capítulo 3 a seguir, o direito administrativo se desenvolveu sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que deu fundamento à prerrogativa estatal de alteração unilateral dos contratos, com a imposição ao particular, pelo uso do poder de império, das disposições entendidas como necessárias para alcançar o bem comum; nos Estados Unidos, a tradição liberal, de proteção à propriedade privada e preservação dos espaços de decisão individual, com mínima interferência estatal em atividades privadas, levou a uma outra direção. Em busca por maior flexibilidade regulatória, o direito norte-americano passou por uma virada e fez uma rápida transição para o regime de regulação por agências, afastando-se do modelo contratual e, portanto, do sistema típico do direito administrativo de origem francesa. É o que se verá a seguir.

2.3 A regulação por agências (*commission regulation*)

Como se viu, o fortalecimento da ideia de regulação por agências nos Estados Unidos foi um marco divisor entre o desenvolvimento dos sistemas de origem francesa, caracterizado pelo uso dos contratos de concessão, e de origem anglo-saxã, de regulação das *public utilities*,

¹⁴¹ “(...) *presuming that the capital investment in the plant is complete at the time of the auction and that the governmental entity will reclaim possession of the utility's plant at the end of franchise term in order to conduct a new round of bidding. In bidding rounds, the previous operator may compete, but without any specific advantage over other bidders except, perhaps, reputational value gained from its previous term of administration. The previous operator surely possesses no inherent property interest that would affect subsequent negotiation.*” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. *The Journal of Law & Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 305)

liderado pelos Estados Unidos. Até este momento histórico, embora possuíssem algumas especificidades, os regimes jurídicos referentes aos serviços de interesse público — especialmente aqueles dependentes da implantação de infraestruturas —, obedeciam à mesma lógica e parâmetros gerais. A partir de então, os caminhos divergem bastante, embora, como se verá adiante, tendo continuado a levar a destinos muito próximos, já que os objetivos perseguidos sempre foram afins.

Várias agências governamentais estaduais já haviam sido instituídas antes mesmo da guerra de secessão, normalmente voltadas para tratar do funcionamento das ferrovias. A primeira delas foi instituída em 1839 em Rhode Island, seguida por New Hampshire, em 1844, Connecticut, em 1853, Nova Iorque e Vermont, em 1855, Maine, em 1858, Ohio, em 1867 e Massachusetts, em 1869. Tratava-se em geral de entidades consultivas que se limitavam a emitir recomendações, que podiam ser dirigidas aos respectivos Poderes Legislativos ou às empresas incumbidas da prestação do serviço. Raramente dispunham sobre tarifas e, em relação a parâmetros de segurança e outros assuntos, dependiam da aprovação de leis, que incorporassem suas recomendações ou da pressão da opinião pública, para que fossem seguidas¹⁴².

A força exercida pelos agricultores do meio-oeste americano, que tinham grande preocupação com os custos logísticos de escoamento dos seus produtos, assim como havia provocado anteriormente o fortalecimento da regulação municipal¹⁴³, também deu início ao surgimento das primeiras agências estaduais com poderes mais amplos, tendo sido instituídas entre 1871 e 1874 entidades dessa natureza em Illinois, Iowa, Minnesota e Wisconsin, todas localizadas no meio-oeste e dedicadas especificamente à regulação do transporte ferroviário. Nessa mesma época, no Reino Unido foi criada a *British Railway Commission*, em 1873, cujo

¹⁴² Tratando especificamente da agência dedicada à regulação das ferrovias em Nova Iorque, John Lapp menciona que, depois de várias emendas à legislação estadual, a agência teve os seus poderes estendidos e passou a dispor de competência para iniciar investigações, requerer relatórios, aplicar sanções, decidir sobre a necessidade e conveniência da ampliação de ramais e, inclusive, decidir sobre tarifas. No entanto, segundo sua avaliação, à agência nunca foram atribuídos instrumentos adequados para impor suas decisões aos tribunais. Segundo se compreende de sua exposição, a possibilidade de reforma judicial das decisões da agência é que teria retirado a sua força coercitiva, transformando-as em meras recomendações. (LAPP, John A. *Public utilities – control*. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 628). Sobre a ausência de força coercitiva dessas agências criadas ainda no século XIX, vide PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 122.

¹⁴³ Não por acaso, os três casos julgados pela Suprema Corte referidos no subcapítulo acima (*Munn v. Illinois*, *Budd v. New York* e *Brass v. North Dakota*) diziam respeito à regulação de armazéns, silos, elevadores de abastecimento etc. Sempre equipamentos ligados à operações logísticas de escoamento da produção agrícola.

desenho institucional inspirou a implantação da *Interstate Commerce Commission*, em 1887¹⁴⁴, primeira agência reguladora federal norte-americana¹⁴⁵.

Diante dos problemas que iam sendo experimentados com as *franchises* municipais, especialmente a dificuldade para a atualização dos seus regimes jurídicos em face da evolução tecnológica e das transformações sociais que ocorriam em ritmo nunca antes visto, verificou-se, a partir de 1907, uma verdadeira onda de implantação de novas agências reguladoras estaduais, dessa vez com poderes ampliados e jurisdição estendida para diversas outras atividades, que não apenas as ferrovias. Muitas vezes, os Estados acabavam, na verdade, ampliando o escopo de atuação das agências antigas, conferindo-lhes poderes mais amplos e maior autonomia, além de reforçar as suas estruturas administrativas, transformando-as em agências reguladoras — agora chamadas de independentes — das *public utilities* em geral.

John Lapp, um estudioso contemporâneo desses acontecimentos, via com grande entusiasmo o fenômeno que ia se consolidando. Sua extensa obra inclui uma série de notas publicadas na revista *The American Political Science Review*, durante os anos de 1907 a 1913¹⁴⁶, em que acompanhava o desenvolvimento das legislações dos diversos estados norte-americanos no processo de introdução das agências regulatórias independentes. Seus apontamentos consistem em valioso material de pesquisa para a compreensão do fenômeno. Em seu texto inaugural, fez ácidas críticas ao sistema que prevalecia então, das *franchises* municipais, que designou como caótico, mencionando, inclusive, problemas de corrupção. Naquele momento, celebrava a recente transformação, em Nova Iorque e Wisconsin, das primeiras agências estaduais, originalmente dedicadas exclusivamente à regulação de ferrovias, em agências mais abrangentes¹⁴⁷:

¹⁴⁴ PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 122.

¹⁴⁵ Tendo em vista as disposições contidas na chamada *commerce clause* da Constituição norte-americana, a regulação federal, neste momento, era muito tímida. Como estava restrita aos casos de operações comerciais que envolvessem mais de um Estado, a regulação federal tratava quase que exclusivamente de ferrovias. A importância da regulação federal começou a se expandir a partir da década de 30, exercendo relevância crescente nas décadas seguintes. Sobre o fenômeno da expansão da regulação federal, vide as considerações constantes ao final do subcapítulo 2.4 abaixo.

¹⁴⁶ LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907; *Idem*, Public utilities. **The American political science review**, vol. 2, nº 4, nov. 1908; *Idem*, vol. 5, nº 4, nov. 1911; *Idem*, vol. 6, nº 4, nov. 1912 e *Ibidem*, vol. 7, nº 3, ago. 1913.

¹⁴⁷ “The regulation of one form of public utility, the railroad, has been before the public in one form or another for many years. Control more or less effective, has been secured in nearly all the States of the Union and in interstate commerce. But the regulation of the more strictly municipal utilities has been left to the local units. This has resulted in a chaos of regulation and in conditions which have made the municipality a by-word for corruption, both at home and abroad. Little substantial benefit has been received by the people from such regulation. Frequent attempts have been made to regulate this or that utility by direct legislative enactment, but such attempts have largely failed as equitable solutions because the legislatures have not had at hand the data

A regulamentação de uma forma de utilidade pública, a ferrovia, tem ocorrido de uma forma ou de outra por muitos anos. O controle mais ou menos eficaz, tem sido assegurado em quase todos os Estados da União e no comércio interestadual. Mas a regulamentação das concessionárias mais estritamente municipais foi deixada para as unidades locais. Isso resultou em um caos de regulação e em condições que tornaram o município um ambiente propício para a corrupção, tanto no país quanto no exterior. Pouco benefício substancial foi recebido pelas pessoas a partir de tal regulamentação. Tentativas frequentes têm sido feitas para regular esta ou aquela utilidade por promulgação legislativa direta, mas tais tentativas falharam em grande parte como soluções equitativas porque os legisladores não tiveram em mãos os dados necessários para uma investigação completa. A inadequação da regulação legislativa direta trouxe o sistema de regulação por comissão que é exemplificado nas agências ferroviárias dos vários Estados, na agência de comércio interestadual e nas agências de Nova York e Massachusetts para o controle das empresas de gás e energia elétrica. As duas leis em estudo tornam operacional este sistema de controle sobre todas as corporações do serviço público.

Na verdade, em 1905 já havia ocorrido, em Nova Iorque, uma iniciativa para a criação de uma agência reguladora para os setores de gás e energia elétrica. A experiência, no entanto, não teria sido satisfatória em razão de um desenho institucional tido como muito tímido quanto aos poderes que lhe foram conferidos. Havia, no entanto, um movimento político, que ganhava muita força e apoio popular, para a reforma do sistema estatal de regulação na direção de agências mais estruturadas e mais fortes. Um dos principais líderes desse movimento era Richard Hugues — o qual viria a se tornar presidente da Suprema Corte americana entre 1930 e 1941, no período que ficou conhecido como *New Deal* —, que tomou posse como governador do Estado de Nova Iorque no início de 1907, com a promessa de dar seguimento a essas reformas.

Para que se tenha ideia da força política do movimento, ao tomar posse enviou mensagem ao parlamento estadual em 2 de janeiro com a proposta legislativa e, em maio daquele mesmo ano, estava aprovada a lei que extinguiu as agências então existentes e criava duas novas agências, uma dedicada à grande Nova Iorque, que abarcava também Kings, Queens e Richmond e outra responsável pelo restante do Estado. Ambas as agências tinham estruturas reforçadas, poderes ampliados e além de cuidarem de ferrovias, metrô, bondes, rodovias e demais meios de transporte, também passavam a regular atividades relacionadas a gasodutos, aquecimento por gás e energia elétrica em geral¹⁴⁸.

necessary for complete investigation. The inadequacy of direct legislative regulation has brought about the system of regulation by commission which is exemplified in the railroad commissions of the various States, the interstate commerce commission and the commissions in New York and Massachusetts for the control of gas and electric companies. The two laws under consideration make this system of control operative over all public service corporations.” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 627.)

¹⁴⁸ LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 630.

Em 1930, o futuro presidente Roosevelt, enquanto ainda exercia o cargo de governador de Nova Iorque, assim se pronunciou sobre o papel desempenhado pelo seu antecessor, referindo aos problemas enfrentados anteriormente — dentre os quais também menciona a corrupção, em um sistema que se preocupava meramente em definir tarifas — e destacando a relevância do papel que as agências passaram a desempenhar como verdadeira *longa manus* dos parlamentos estaduais na supervisão das atividades desempenhadas pelas *public utilities*¹⁴⁹:

Na época, há 23 anos, o governador Hughes, fortalecido por sua experiência nas surpreendentes revelações da investigação sobre o setor de seguros, obteve do Legislativo a criação de uma Comissão de Serviços Públicos que tinha como objetivo supervisionar as atividades de empresas exploradoras de *public utilities* de diversos tipos. Até 1907, o próprio Legislativo tinha procurado, ano a ano, supervisionar as *public utilities*, indicando taxas máximas, um sistema insatisfatório que resultou em favorecimentos, lobby e mesmo suborno nas casas legislativas. O governador Hughes e todos os outros em 1907 reconheceram, sem dúvida, que há uma distinção muito grande entre empresas industriais totalmente privadas que lidam com mercadorias como aço ou sapatos ou roupas ou mantimentos ou farinhas ou automóveis ou implementos agrícolas ou administrando lojas de departamento, e, por outro lado, corporações semi-públicas que prestam serviços ao público como gás, eletricidade, transporte urbano... em outras palavras, serviços que poderiam e provavelmente resultariam em monopólios. Não havia dúvida de que o Estado tinha o direito absoluto não apenas de regular essas *public utilities* e de fiscalizar seus métodos de fazer negócios, mas também de dar ou negar a eles o direito de explorar tais atividades nos termos estabelecidos pelo Estado. A Comissão do Serviço Público, portanto, foi criada na época do governador Hughes para atuar não como um tribunal entre o público de um lado e as empresas de serviços públicos do outro, mas para agir de forma definitiva e direta para o público, como representante do público e do Legislativo, sendo a sua única função supervisionar as *public utilities* sob regras definidas. Essa é uma afirmação muito clara do princípio do *common law* que remonta há centenas de anos na civilização da qual descendemos.

¹⁴⁹ “At that time, twenty-three years ago, Governor Hughes, fortified by his experience in the astounding revelations of the insurance investigation, obtained from the Legislature the creation of a Public Service Commission which was intended to supervise the activities of utility companies of various kinds. Up to 1907, the Legislature itself had from year to year sought to supervise utilities by stating maximum rates, an unsatisfactory system which resulted in logrolling, lobbying, and actual bribery in the legislative halls. Governor Hughes and everybody else in 1907 recognized without question that there is a very great distinction between wholly private industrial companies dealing in commodities like steel or shoes or clothing or groceries or flour or automobiles or farm implements or running department stores, and on the other side, semi-public corporations dealing in service to the public such as gas, electricity, street cars... in other words, services which might and probably would result in monopolies. There was no question that the state had the absolute right not merely to regulate these public utilities and to supervise their methods of carrying on business, but also to give or deny to them the right to get charters except on terms laid down by the state. The Public Service Commission, therefore, was created in the days of Governor Hughes to act not as a court between the public on one side and the utility companies on the other, but to act definitely and directly for the public, as the representative of the public and of the Legislature, their sole function being to supervise the utilities themselves under definite rules. That is a very clear statement of the common law principle which goes back hundreds of years in the civilization from which we spring.” (ROOSEVELT, Franklin Delano. The revision of the public service commissions law. **Proceedings of the academy of political science**, vol. 14, n° 1 Public control of power. Nova Iorque: The Academy of Political Science, mai. 1930, p. LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, n° 4, ago. 1907; *Idem*, Public utilities. **The American political science review**, vol. 2, n° 4, nov. 1908; *Idem*, vol. 5, n° 4, nov. 1911; *Idem*, vol. 6, n° 4, nov. 1912 e *Ibidem*, vol. 7, n° 3, ago. 1913.)

Naquele mesmo ano, de 1907, no Estado de Wisconsin, foi aprovada lei que aumentava o escopo da agência reguladora de ferrovia, que passaria a supervisionar também outras atividades (“*added all companies, persons or municipalities furnishing or transmitting heat, light, water, power or telephone service for the public*”). Nos anos seguintes houve uma explosão de criação de agências em vários estados, de modo que, em 1920, mais de dois terços deles já contavam com instituições deste tipo¹⁵⁰.

A configuração das agências que iam sendo constituídas variava de estado para estado. Em geral, tinham de três a sete comissários, que ou eram nomeados pelo governador, que frequentemente dependia de prévia aprovação parlamentar, ou eram eleitos por sufrágio popular. Deveriam atender a requisitos que poderiam envolver idade mínima e/ou máxima e, por vezes, qualificações acadêmicas ou profissionais e se abster de atividades que pudessem criar conflitos de interesse, como aceitar qualquer cargo em empresa regulada ou investir em suas ações. Sua nomeação se dava para o cumprimento de um mandato e a deposição do cargo dependia frequentemente da observância do devido processo legal e era restrita a casos de má conduta, sendo, em alguns casos, atribuído o poder de destituição apenas ao parlamento estadual (“*impeachment*”)¹⁵¹.

Uma característica importante desse novo sistema de regulação diz respeito ao prazo conferido para que as *public utilities* pudessem desempenhar sua atividade. Como se viu, no período das *franchises* municipais, os contratos possuíam, em geral, prazo certo. Normalmente eram prazos longos e tinham como pressuposto que, ao seu final, o investimento estaria inteiramente amortizado¹⁵². Ocorre que esse era precisamente um dos grandes problemas vislumbrados à época, exatamente porque a extensão da duração desses

¹⁵⁰ “*These powerful state commissions became the models, and gradually other states followed suit, either by stablishing new commissions or by extending the powers and duties of existing ones. By 1920, more than two-thirds of the states had regulatory commissions.*” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 123)

¹⁵¹ PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, pp. 130 e seguintes. Ver também: LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, n° 4, ago. 1907; *Idem*, Public utilities. **The American political science review**, vol. 2, n° 4, nov. 1908; *Ibidem*, vol. 5, n° 4, nov. 1911; *Ibidem*, vol. 6, n° 4, nov. 1912 e *Ibidem*, vol. 7, n° 3, ago. 1913.

¹⁵² “(...) *Quite in contrast, the durations of municipal franchises were quite long: twenty, thirty, sometimes fifty years. A relatively long contractual duration is not surprising in the initial grant of a franchise given reliance on private investment in the context of a novel service. Lengthy franchise durations, however, prevail over the entire period, suggesting that concerns about returns on or the stimulus for continuing investment may have been substantial. A lengthy franchise duration, of course, also constrains the range of governmental opportunism. Franchise durations of such length obviously complicate the specification of a price structure and minimum quality of service.*” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, n° 1, part 2, abr. 1993, p. 309).

pactos, que, em decorrência da jurisprudência da Suprema Corte não poderiam ser modificados sem a anuência das empresas, causava grandes dificuldades para as necessárias adaptações que o transcurso do tempo, com a natural evolução tecnológica, social e econômica, exigia.

Como o sistema jurídico anglo-saxão não comportava soluções do tipo adotado pelo direito administrativo francês, como a prerrogativa estatal de alteração unilateral do contrato, optou-se pela introdução da regulação por agência, cuja premissa, na maior parte dos casos, era o estabelecimento de prazo indeterminado para o desempenho das atividades das *public utilities*¹⁵³. Desse modo, as atividades passaram a ser exercidas sob a dependência de uma licença (*license*) ou da emissão de um certificado público. De todo modo, como não havia mais um prazo definido, ainda quando continuassem a ser designadas como *franchises*, não seria mais possível sustentar a existência de uma relação contratual entre o poder público e as *public utilities*, cuja inflexibilidade causava transtornos.

A partir daquele momento, a regulação estatal deixava de se basear em um contrato e buscava o seu fundamento exclusivamente na circunstância de que determinadas atividades são revestidas de interesse público, o que justificava a exigência, em alguns Estados, de prévia obtenção de um certificado de conveniência pública e necessidade (“*certificate of public convenience and necessity*”)¹⁵⁴, como condição para que fossem exploradas por

¹⁵³ Em alguns casos se exigia, inclusive, que fossem transformadas as situações anteriores, estabelecendo-se dali para frente o prazo indeterminado. Alguns exemplos podem ser referidos, como a lei de Wisconsin: “*All franchises hereafter granted in Wisconsin must be indeterminate, subject to the right of the municipality to purchase the plant at any time at the price fixed by the commission. Any public utility, now operating under a determinate permit may exchange the same for an indeterminate permit by filing a statement of such purpose with the clerk of the municipality before July 1, 1908.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The american political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 634) e Indiana: “*Hereafter all franchises in Indiana are to be indeterminate and no franchise can be granted when there is another company doing a like business without the consent of the commission as to the public convenience and necessity of such second public utility.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The american political science review**, vol. 7, nº 3, ago. 1913, p. 442). Há, ainda, referência a uma proposta apresentada em em Ohio: “*A measure was introduced this year closely following the provision of the new public utility law of Wisconsin, with all of its advanced features, including the indeterminate franchise and uniform accounting provisions. The bill failed of enactment.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The american political science review**, vol. 2, nº 4, nov. 1908, p. 593)

¹⁵⁴ Tais certificados deveriam ser expedidos pela Administração estadual, muitas vezes, pela própria agência, o que esvaziava bastante qualquer iniciativa pretendida de regulação municipal, como destaca John Lapp, cuidando especificamente da legislação do Kansas, uma das primeiras a introduzir a exigência dos certificados, em 1911: “*The most extreme provision of the law and one which goes beyond those of other states is the one requiring the approval of the state commission as to the public necessity of any public utility or common carrier before it may operate. The New Jersey law contains a similar feature, which virtually destroys the power of municipalities in granting franchises.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The american political science review**, vol. 5, nº 4, nov. 1911, p. 595). Em relação à lei de New Jersey: “*No franchise is valid until approved by the commission after a hearing to determine the public convenience and necessity*” e New Hampshire: “*No franchise may be transferred, assigned or leased without the approval of the commission nor shall any contracts relative to a franchise be valid without like approval.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The american political science review**, vol. 5, nº 4, nov. 1911, p. 597)

particulares. Convertiam-se, portanto, em atividades regulada por uma agência independente, que além das funções administrativas tradicionais, passava a desempenhar funções quase-legislativas e quase-judiciais¹⁵⁵.

Deste modo, as amarras contratuais desapareceram e a flexibilidade necessária foi alcançada ao se admitir às agências o exercício deste poder de editar normas, que deveriam ser observadas pelas *public utilities*. Trata-se de um poder denominado quase-legislativo, pois, de toda forma, ainda encontra limites nos parâmetros gerais estabelecidos em lei, que devem ser respeitados. Conferir um certo espaço de normogênese para as agências foi considerado necessário, já que abandonar o regime contratual das *franchises* municipais para simplesmente voltar ao regime anterior, inteiramente dependente da edição direta de leis, poderia se mostrar uma opção ainda mais inflexível. A necessidade de periódica aprovação de leis que dispusessem sobre aspectos específicos do exercício dessas atividades, as quais também acabariam envolvendo muitos detalhes técnicos, de difícil discussão no âmbito parlamentar representaria, certamente, um obstáculo à eficiência que se buscava. O poder normativo conferido às agências foi, então, a solução encontrada para permitir, por meio da atuação de um ente administrativo, a gradual adaptação das normas às transformações sociais e às novas exigências para se alcançar o bem comum.

A Suprema Corte reconheceu, em 1908, a constitucionalidade de se reunirem poder legislativo e judicial em um mesmo ente público, no caso *Prentis v. Atlantic Coast Line Co.*¹⁵⁶, assim como a possibilidade de delegação de poderes legislativos a entes administrativos, no caso *Honolulu Rapid Transit v. Hawaii*¹⁵⁷, quando afirmou também que o exercício desse poder pela agência era suficiente para afastar o poder regulatório exercido

¹⁵⁵ “Regulatory commissions have been characterized as quasi-judicial and quasi-legislative. Contrary to the basic pattern of American government, which is based upon the doctrine of separation of powers, a commission assumes the tasks of administrator, judge and legislator. When investigating rates or service and safety standards, a commission is performing an administrative function. When holding hearings, examining evidence, and making decisions, a commission is acting as judge of a utility’s conduct. Moreover, a commission can even determine the rules it wants to administer, and it can decide to prosecute a utility and to gather evidence against the firm. (...) When prescribing certain rules of conduct for a utility, such as fixing rates, a commission is acting in a legislative capacity.” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 144)

¹⁵⁶ “So far as the federal Constitution is concerned, a state may, by constitutional provision, unite legislative and judicial powers in the same body.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Prentis v. Atlantic Coast Line Co.**, 211 U.S. 210, 1908. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/211/210/>. Acesso em 19 jan. 2019, syllabus)

¹⁵⁷ “The power to regulate the operation of railroads includes regulation of the schedule for running trains; such power is legislative in character, and the legislature itself may exercise it or may delegate its execution in detail to an administrative body, and where the legislature has so delegated such regulation, the power of regulation cannot be exercised by the courts.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Honolulu Rapid Transit v. Hawaii**, 211 U.S. 282, 1908. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/211/282/>. Acesso em 19 jan. 2019, syllabus)

pelos tribunais com base no *common law*¹⁵⁸. Em 1909, admitiu definitivamente a constitucionalidade desse novo sistema, ao julgar o caso *Knoxville v. Knoxville Water Co.*¹⁵⁹, quando reconheceu que a fixação de tarifas pelas agências deve ser considerada como o exercício de poder legislativo. Tratava-se de ação proposta pela empresa responsável pelo fornecimento de água no município de Knoxville — à qual a Suprema Corte referiu como uma empresa prestadora de serviço público (“*public service corporation chartered for and engaged in the business of supplying that city and its inhabitants with water for domestic and other uses*”) ao invés de se valer da clássica expressão *public utility* — contra um ato administrativo municipal (*city ordinance*) que havia fixado tarifas máximas, sob o argumento de que teria conteúdo confiscatório, por impedir o livre usufruto da propriedade privada. A Suprema Corte confirmou o julgamento da Suprema Corte do Tennessee e manteve o ato administrativo normativo:

(...) **a função de estabelecer as tarifas é puramente legislativa em sua natureza**, e isso é verdade quando é exercida diretamente pelo próprio legislativo ou quando quem a exerce é algum órgão subordinado ou administrativo a quem o poder de fixação em detalhes das taxas foi delegado. O ato completo deriva sua autoridade do legislativo, e **deve ser considerado como um exercício do poder legislativo**.

A prestação dos serviços pelas *public utilities*, então, passava a ser submetida a um **regime de prazo indeterminado**, o que acarretava um problema quanto à amortização dos investimentos a serem realizados pelos particulares. Como, na maioria dos casos, deixava de haver um período de tempo previamente definido, atribuía-se à agência o poder de

¹⁵⁸ Como já se referiu anteriormente, antes de haver uma legislação específica sobre a regulação das *public utilities*, prevalecia uma regulação judicial, com base no *common law*. A partir deste momento, quando se aprovavam as novas leis que criavam as agências reguladoras independentes, em cada estado, usualmente inseria-se em tais leis disposições para deixar claro que esses poderes regulatórios não mais poderiam ser exercitados pelos tribunais, aos quais ficava destinado apenas o poder de controle e revisão no âmbito de ações judiciais, como bem explica John Lapp, tratando especificamente das leis de Nova Iorque e Wisconsin: “*The fixing of rates and service by the commission is an administrative power and the courts are not given any powers in this respect in addition to their judicial power of determination in a-suit at law. Both laws provide that the orders of the commission shall go into effect within a certain time after they are made. Any party aggrieved may bring an action to set aside any rate or regulation as unlawful or unreasonable, in the courts.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 636) Em alguns casos, o próprio exercício do poder judicial de controle poderia sofrer certas restrições, como previa a legislação da Califórnia, ao tornar o acesso ao poder judiciário, para questionar uma decisão da agência reguladora, dependente de uma prévia iniciativa de reforma junto à própria agência: “*The California law provides that where an order has been issued by the commission, there can be no appeal to the courts unless an application for rehearing has been made and refused.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 6, nº 4, nov. 1912, p. 577)

¹⁵⁹ “(...) **the function of ratemaking is purely legislative in its character**, and this is true whether it is exercised directly by the legislature itself or by some subordinate or administrative body to whom the power of fixing rates in detail has been delegated. The completed act derives its authority from the legislature, and **must be regarded as an exercise of the legislative power.**” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Knoxville v. Knoxville Water Co.**, 212 U.S. 1, 1909. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/1/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 212 U.S. 8.)

estabelecer, em cada caso, o valor justo para a tarifa (“*just and reasonable price*”)¹⁶⁰ e, para o ente estatal local (município ou estado), a prerrogativa de, a qualquer tempo, a depender de razões de interesse público, adquirir a infraestrutura dedicada àquele serviço, pagando à empresa o preço a ser fixado pela agência relacionado a investimentos que ainda não estivessem amortizados¹⁶¹. De modo a garantir segurança jurídica às partes, as agências deveriam realizar periodicamente a avaliação do ativo das empresas, em procedimento que deveria prever a realização de audiências públicas, podendo reavaliações serem providenciadas a requerimento das empresas ou por iniciativa da agência¹⁶². Deriva dessa atribuição de licenças (*licenses*) por prazo indeterminado, a preocupação de prever mecanismos de indenização de investimentos não amortizados, tema que será especificamente analisado no capítulo 7.2.2.3 da Parte II desta tese.

2.4 A ampliação do escopo da regulação por agência

Como se viu, o abandono progressivo da fórmula contratual de regulação não significava renúncia do Estado a exercer o controle das *public utilities*. A construção, ampliação ou alteração das infraestruturas continuavam dependentes de se estabelecer uma relação jurídica entre o Poder Público e o particular empreendedor. O estabelecimento dessa relação jurídica se dava agora pela exigência de prévia autorização da agência para a entrada de novos agentes nos setores regulados. Determinadas atividades só poderiam ser exercidas por aqueles que recebessem previamente um certificado atestando a necessidade e

¹⁶⁰ Em alguns casos, como em Virginia Ocidental, a legislação fixava taxas mínimas de remuneração do capital: “*In the West Virginia law it is expressly stated that no rate shall be fixed for a public service corporation during the first ten years of its existence at a rate which will produce a net income of less than 8 per cent on the cost of construction and equipment.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 7, nº 3, ago. 1913, p. 441)

¹⁶¹ Exemplificativamente, pode-se referir à legislação de Wisconsin: “*It is provided that only indeterminate permits shall be granted in the future and that a municipality may acquire any utility at any time, by paying therefor the price fixed by the commission.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 634).

¹⁶² Em seus estudos comparativos, John Lapp descreve assim as leis de Wisconsin: “*The Wisconsin law provides for a valuation by the commission of the property of all public utilities. In determining such value, the commission may avail itself of any information in the possession of the State board of assessment. A public hearing shall be held, and upon such hearing the commission shall fix the value and file a statement thereof with the utility and with the clerk of the municipality where it is situated. A re-valuation may be made at any time on the initiative of the commission.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 635); Washington: “*The commission is required to make a physical valuation of properties and cost of reproduction. It is required also to investigate the financial condition of public utilities and pertinent facts concerning their capitalization.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 5, nº 4, nov. 1911, p. 596) e California: “*The California law authorizes the commission to establish uniform accounting systems and to require depreciation funds and make physical valuations.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 6, nº 4, nov. 1912, p. 577).

conveniência de sua realização (“*certificate of public convenience and necessity*”)¹⁶³. Em alguns casos, quando eram os próprios municípios que desempenhavam as atividades diretamente, por meio de instituições públicas, dispensava-se a obtenção desses certificados emitidos pelas agências estaduais. Havia Estados, no entanto, cuja legislação exigia prévia autorização da agência mesmo quando os municípios pretendessem administrar diretamente as *public utilities*.

É interessante notar, neste momento, que a virada do direito regulatório norte-americano em direção a mecanismos regulatórios não contratuais permitiu uma **gradativa ampliação da extensão possível da intervenção do Estado no desempenho das atividades pelos particulares**. Assim como na França, onde o conceito de serviço público sofreu grande expansão a partir do início do século XX, como se verá mais à frente, nos Estados Unidos, embora esse alargamento deva ser reconhecido como mais tímido, ele também ocorreu.

Embora a ampliação do escopo da regulação estatal seja mais nítida a partir dos anos 30, com o *New Deal*, já se observa nas agências estaduais constituídas nas primeiras décadas do século XX, características, poderes e funções variadas. Além da prerrogativa de fixar tarifas justas e razoáveis (“*just and reasonable prices*”), as agências criadas nesse período recebiam com frequência o poder de requisitar documentos e informações, estabelecer parâmetros de segurança e qualidade dos serviços prestados e fiscalizar sua observância¹⁶⁴, exigir relatórios financeiros e operacionais, determinar providências especiais de contabilização (contabilidade regulatória) e outros do gênero.

As leis que estabeleciam os regimes jurídicos da regulação por agência nos diversos estados ainda estabeleciam parâmetros de atuação e obrigações a serem observadas pelas *public utilities* reguladas, impondo, por exemplo, a obrigação de prestar o serviço¹⁶⁵ e a

¹⁶³ “(...) during the nineteenth century, there was no inherent legal municipal monopoly of utility services, nor did state governments generally possess the authority to limit entry. Demsetz’s proposal seems to imagine a municipality with the authority to negotiate terms in return for the unilateral grant of something resembling the modern certificate of public convenience and necessity. But this legal construct postdates the regime of municipal franchises and have been introduced only after the establishment of state commissions. During the nineteenth century, with the exception of services such as the federal post office and money supply, all enterprises were available for open entry by any aspiring entrepreneur.” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. *The Journal of Law & Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 305)

¹⁶⁴ “A utility blessed with an exclusive franchise doesn’t have a dozen competitors. The pressure for excellence must come from somewhere else. That somewhere else is the regulator’s power, granted by the statute, to stablish and enforce quality standards.” (HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance**: The law of market structure, pricing and jurisdiction. Chicago: American Bar Association, 2013, p. 44)

¹⁶⁵ Há grande identidade entre este conceito e o princípio da universalidade de prestação dos serviços públicos, típico do direito administrativo de origem francesa, no sentido de que o serviço deve alcançar todos aqueles que dele necessitem e estejam aptos a recebê-los: “(...) they are obligated to serve all consumers who apply for service. Within a market (service) area, and within the limit of its capacity (ability to serve), a public utility must

proibição de discriminação entre consumidores¹⁶⁶, o oferecimento de descontos injustificados ou a prestação de serviços gratuitos, assim como cobranças indevidas. Cabia às agências, muitas vezes, até mesmo o controle da venda de suas ações ou a compra de ações de outra *public utility*, exigindo-se, em algumas circunstâncias, o consentimento prévio da agência. Em alguns estados, estabelecia-se o dever de informar acidentes ou outras circunstâncias especiais, assim como permitir o compartilhamento de sua infraestrutura com outras empresas, mediante a cobrança de um valor justo de contrapartida.

Como se pode verificar, e será confirmado no próximo capítulo, esse modelo de regulação por agência não variava muito, em sua essência e nível de intervenção, em relação à regulação contratual das concessões de serviço público no estilo francês. A maior marca distintiva que se produz em relação à regulação das *public utilities* diz respeito aos mecanismos desenvolvidos por cada uma dessas famílias jurídicas para perseguirem os seus objetivos, os quais, no final das contas, são bastante semelhantes.

Ao longo desse período inicial das agências reguladoras, foi se consolidando uma tendência progressiva de ampliação da regulação estatal, que se iniciou em 1907 e encontrou seu ápice na década de 30, após o *crash* da bolsa de valores e a crise financeira que se seguiu, que transformaram a sociedade e provocaram significativas mudanças na atividade estatal de regulação. Foram as primeiras décadas do século XX, no entanto, antes dos influxos do *New Deal*, que testemunharam uma interessante evolução jurisprudencial, que criou aos poucos as condições para a expansão da regulação estatal para outras atividades que não necessariamente podiam ser identificadas como *public utilities*, mas que também se revestiam de interesse público a ponto de justificar a intervenção estatal. Assim, no período em que, na França, se consolidava a Escola de Serviço Público, nos Estados Unidos, mesmo sem se

be prepared to serve any customer who is willing and able to pay for the service. At times, this requirement means that a business must provide capital investment in rural areas where it is not profitable to do so or must maintain an unprofitable type of service. The price in such cases may not be based on cost, but often are subsidized by other services offered by the company. More commonly, this requirement means that a public utility must build capacity ahead of demand growth (reserve capacity of margin)." (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice.** Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 109 e 110).

¹⁶⁶ Sobre o tema, vide: HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance: The law of market structure, pricing and jurisdiction.** Chicago: American Bar Association, 2013, especialmente o capítulo 8 (Discrimination: when is favoritism "undue"?). O conceito por vezes se confunde com a obrigação de servir: "*obligation to serve: the utility's obligation to serve all customers in that service territory, without undue discrimination*" (*Idem, Ibidem*, p. 14). Um dos principais propósitos perseguidos pelo Estado neste caso é evitar que a *public utility* possa impor condições indevidas para a prestação do serviço, ameaçando cortar o seu fornecimento caso não sejam aceitas (*Idem, Ibidem.*, p. 35). Com essa acepção específica, tal obrigação é referida como "*obligation to serve all customers on equal terms*" (HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance: The law of market structure, pricing and jurisdiction.** Chicago: American Bar Association, 2013, p. 110)

lançar mão desse conceito — embora aqui e ali seja possível encontrar alguma referência a ele, como se verá — a Suprema Corte proferiu diversas decisões que foram, aos poucos, permitindo o alargamento dos espaços de intervenção estatal em atividades econômicas privadas exploradas por particulares.

Em 1914, ao julgar o caso *German Alliance Insurance Co. v. Lewis*, que envolvia uma determinação originária do Estado do Kansas, de redução dos prêmios cobrados em seguros contra incêndio, a Suprema Corte, ao reconhecer a constitucionalidade da medida, pela primeira vez admitiu que atividades afetadas por interesse público, a justificar algum tipo de regulação estatal, não necessariamente se confundiam com as atividades realizadas pelas *public utilities*¹⁶⁷. Deste modo, mesmo que não estivesse caracterizada uma situação em que o particular devesse investir na implantação de uma infraestrutura para uso público, a regulação estatal poderia ser justificável. Ainda assim, foi feita expressa referência aos precedentes anteriormente referidos (*Munn, Budd* e *Brass*) para afirmar que quando um negócio privado, por alguma circunstância, se torna de interesse público, passa a estar sujeito à regulação estatal¹⁶⁸:

O negócio do seguro tem sido considerado como afetado por interesse público para justificar a regulação legislativa de suas tarifas.

Um interesse público pode existir em um negócio, como o seguro, o que é distinto do uso público de uma propriedade, podendo ser a base do poder do legislativo de regular os contratos pessoais envolvidos em tais negócios.

Quando um negócio como o seguro é afetado pelo uso público, é o negócio que é o fundamental; propriedade é apenas o instrumento de tal negócio.

Munn vs. Illinois, 94 U. S. 113; *Budd V. Nova Iorque*, 143 EUA 517; *Brass vs. Dakota do Norte*, 153 U. S. 391, demonstram que um negócio, pelas circunstâncias e sua natureza,

¹⁶⁷ “The Court thus expanded the public interest doctrine to include more than the mere rendering of service by means of tangible, physical property. The customary legal characteristics of a public utility — monopoly, conditions and indispensable commodity — were not found. Rather, fire insurance was referred to as ‘practically a necessity’, thereby justifying public regulation.” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 94)

¹⁶⁸ “The business of insurance is so far affected with a public interest as to justify legislative regulation of its rates.

A public interest can exist in a business, such as insurance, distinct from a public use of property, and can be the basis of the power of the legislature to regulate the personal contracts involved in such business.

Where a business such as insurance is affected by a public use, it is the business that is the fundamental thing; property is but the instrument of such business.

Munn v. Illinois, 94 U. S. 113; *Budd v. New York*, 143 U. S. 517; *Brass v. North Dakota*, 153 U. S. 391, demonstrate that a business, by circumstances and its nature, may rise from private to public concern and consequently become subject to governmental regulation, and the business of insurance falls within this principle.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **German Alliance Ins. Co. v. Lewis**, 233 U.S. 389, 1914. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/233/389/>. Acesso em 19 jan. 2019, syllabus.)

pode ser elevado de uma preocupação privada para pública e, conseqüentemente, tornar-se sujeito à regulação governamental, e o negócio do seguro se enquadra nesse princípio.

Nos Estados Unidos, no entanto, esse movimento expansionista da regulação estatal era sútil e não se deu sem resistências. Tanto assim que, na década de 20, a Suprema Corte foi confrontada com quatro outros casos em que o necessário interesse público a afetar a atividade em causa não foi identificado. O primeiro desses casos foi *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations*¹⁶⁹, julgado em 1925, em que se discutia a constitucionalidade de determinações exaradas por uma agência (“*state agency*”), que embora de natureza autárquica, era denominada *Court of Industrial Relations* e havia sido instituída no Estado do Kansas para tratar de questões envolvendo relações trabalhistas entre empregados e empregadores. É um dos raros exemplos de tribunal administrativo trabalhista nos Estados Unidos, tendo sido extinto durante o próprio ano de 1925, após seguidas anulações de suas decisões pela Suprema Corte. Neste caso, o ente administrativo havia expedido determinação que fixava salários e, em nome da continuidade do serviço, indicava períodos mínimos de duração da relação de emprego, durante o qual o empregado não poderia ser demitido nem se demitir.

Nessa ocasião, a Suprema Corte procedeu a uma classificação das atividades econômicas em três categorias¹⁷⁰, reconhecendo que, mesmo naqueles casos em que uma determinada atividade não se revestisse originalmente de características públicas, algumas circunstâncias especiais poderiam fazer com que, em algum momento, fosse recoberta pelo interesse público, o que justificaria a regulação estatal. Nesse caso concreto específico, no entanto, não reconheceu tais circunstâncias presentes, tendo firmado o entendimento de que a fixação de salários ou limites de horas de trabalho é uma interferência indevida na liberdade contratual e uma violação da proteção à propriedade privada, razão pela qual a lei do Estado do Kansas foi considerada inconstitucional. A Corte foi, contudo, muito imprecisa na tentativa de caracterizar quais atividades poderiam vir a ser consideradas como afetadas pelo interesse público, a justificar uma regulação estatal. Limitou-se a afirmar que, nesses casos,

¹⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Rel.**, 262 U.S. 522, 1923. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/522/>. Acesso em 19 jan. 2019.

¹⁷⁰ “A most comprehensive classification of the types of businesses included under the term ‘public business’ divides them into three categories: (1) Those businesses dependent on a grant or franchise from the state or which are aided by the state through taxation or other means. (2) Those businesses which have from time immemorial been considered public in their essential nature. (3) Those businesses which, though not public in their inception, have assumed during their existence such a peculiar relationship to the public that they are said to be clothed with a public interest.’ This last category has been admirably explained by Chief Justice Taft in *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations*, in language which has served as a guiding standard for subsequent action in this field.” (E.A.M., Jr. State regulation of businesses affected with public interest. **Virginia Law Review**, vol. 18, nº 7, mai. 1932, p. 770)

deve ser possível constatar uma relação peculiar e muito próxima entre o público e aqueles que a executam:

De certa forma, qualquer negócio está revestido de interesse público porque contribui para a prosperidade e o bem-estar das pessoas. O público pode sofrer com preços altos ou greves em muitos negócios, mas a expressão "revestido de interesse público" (*clothed with public interest*), como aplicada a um negócio, significa mais do que o bem-estar público estar afetado pela continuidade ou pelo preço a que uma mercadoria é vendida ou um serviço prestado. **As circunstâncias que revestem um determinado tipo de negócio com interesse público, no sentido de *Munn v. Illinois* e outros casos, devem ser tais que criem uma relação peculiarmente próxima entre o público e aqueles envolvidos em sua prestação**, de modo a criar uma obrigação afirmativa de sua parte em ser razoável na forma de lidar com o público.¹⁷¹

A grande importância deste caso é a reversão da premissa adotada em *Brass v. North Dakota*, já que a Suprema Corte passou a entender que a mera declaração em lei de que uma determinada atividade se reveste de interesse público não era mais considerada suficiente para assegurar a constitucionalidade da regulação, devendo os tribunais se assegurarem de que aquela afirmação é justificável (*“the mere declaration by a legislature that a business is affected with a public interest is not conclusive of the question whether its attempted regulation on that ground is justified”*)¹⁷².

Outro caso em que não se confirmou a presença do interesse público a possibilitar a regulação estatal foi *Tyson & Brothers v. Banton*. Cuidava-se aqui da regulação da atividade de cambistas, que revendiam ingressos para eventos esportivos ou culturais. O interesse especial dessa decisão se dá pelo fato de que a Corte estabeleceu uma clara distinção entre atividades sujeitas ao poder de polícia e atividades afetadas pelo interesse público, a justificar uma regulação mais invasiva¹⁷³, restringindo a fixação estatal de tarifas às atividades inseridas nessa última categoria¹⁷⁴:

¹⁷¹ *“In a sense, the public is concerned about all lawful business because it contributes to the prosperity and wellbeing of the people. The public may suffer from high prices or strikes in many trades, but the expression “clothed with a public interest,” as applied to a business, means more than that the public welfare is affected by continuity or by the price at which a commodity is sold or a service rendered. The circumstances which clothe a particular kind of business with a public interest, in the sense of *Munn v. Illinois* and the other cases, must be such as to create a peculiarly close relation between the public and those engaged in it, and raise implications of an affirmative obligation on their part to be reasonable in dealing with the public.”* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Rel.*, 262 U.S. 522, 1923. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/522/>. Acesso em 19 jan. 2019.)

¹⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Rel.*, 262 U.S. 522, 1923. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/522/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 262 U.S. 536.

¹⁷³ Esse ponto vinha sendo abordado em votos vencidos desde o voto formulado pelo Juiz Field no caso *Munn v. Illinois*, como já se destacou acima.

¹⁷⁴ *“3. The right of the owner to fix a price at which his property shall be sold or used is an inherent attribute of the property itself, and, as such, within the protection of the Due Process of Law clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments.*

3. O direito do proprietário de fixar um preço no qual sua propriedade deve ser vendida ou utilizada é um atributo inerente à própria propriedade, como tal, sob a proteção das cláusulas do Devido Processo Legal da Quinta e Décima Quarta Emendas.

4. **O poder de regular propriedade, serviços ou negócios só pode ser invocado em circunstâncias especiais**, e, do fato que esse poder exista para regular sob algumas circunstâncias, não decorre necessariamente a conclusão de que também exista para regular sob circunstâncias diversas.

5. A autoridade para regular a conduta de um negócio ou exigir uma licença, vem de um ramo do poder de polícia, que pode ser bastante distinto do poder de fixação de preços.

6. O poder de fixação de preços não existe em relação à propriedade ou empresa meramente privada, mas só existe quando o negócio ou o imóvel envolvido se tornou "afetado com interesse público".

7. Um negócio não é afetado com interesse público apenas por ser grande, ou porque o desperta no público um sentimento de preocupação em relação à sua manutenção. O interesse também não se justifica pelo simples fato de que o público obtém benefício, acomodação, facilidade ou prazer, da existência ou operação do negócio, e, embora a palavra nem sempre tenha sido limitada estritamente como estritamente denotando "um direito", esse sinônimo mais do que qualquer outro expressa o sentido em que deve ser entendido.

8. Caracterizações de empresas como "quase-públicas", não estritamente privadas, e afins, embora sirvam suficientemente bem como base para a manutenção das **regulamentações de polícia** no que diz respeito à conduta de determinadas empresas, **não podem ser aceitas como equivalentes para a descrição "afetada com interesse público", uma vez que essa frase é usada nas decisões deste Tribunal como base para a regulação legislativa dos preços.**

9. A declaração do legislativo de que uma empresa é afetada com interesse público não é suficiente para que Judiciário admita a validade de uma regulamentação fixando preços no negócio.

10. Os termos de um voto (*Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113, 94 U. S. 126) devem ser limitados ao caso em questão.

4. The power to regulate property, services or business can be invoked only under special circumstances, and it does not follow that, because the power may exist to regulate in some particulars, it exists to regulate in others or in all.

5. The authority to regulate the conduct of a business or to require a license, comes from a branch of the police power, which may be quite distinct from the power to fix prices.

6. The power to fix prices does not exist in respect of merely private property or business, but exists only where the business or the property involved has become "affected with a public interest."

7. A business is not affected with a public interest merely because it is large, or because the public are warranted in having a feeling of concern in respect of its maintenance. Nor is the interest meant such as arises from the mere fact that the public derives benefit, accommodation, ease or enjoyment, from the existence or operation of the business, and, while the word has not always been limited narrowly as strictly denoting "a right," that synonym more nearly than any other expresses the sense in which it is to be understood.

8. Characterizations of businesses as "quasi-public", not strictly private, and the like, while well enough as a basis for upholding police regulations in respect of the conduct of particular businesses, cannot be accepted as equivalents for the description "affected with a public interest" as that phrase is used in the decisions of this Court as the basis for legislative regulation of prices.

9. A declaration of the legislature that a business is affected with a public interest is not conclusive upon the judiciary in determining the validity of a regulation fixing prices in the business.

10. The language of an opinion (Munn v. Illinois, 94 U. S. 113, 94 U. S. 126) must be limited to the case under consideration.

*11. A business or property, in order to be affected with a public interest, must be such or be so employed as to justify the conclusion that it has been devoted to a public use and its use thereby, in effect, granted to the public." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Tyson & Bro. v. Banton**, 273 U.S. 418, 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/418/>. Acesso em 19 jan. 2019.)*

11. Uma empresa ou propriedade, para ser afetada com interesse público, deve se portar de modo ou ser empregada de uma forma que justifique a conclusão de que tem sido dedicada a um uso público, devendo o seu uso, portanto, ser concedido ao público.

A Corte manteve o entendimento de *Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Rel.*, mas houve voto divergente do Juiz Holmes, ao qual aderiu o Juiz Brandeis, insistindo na posição que havia sido fixada em *Brass v. North Dakota*, de que o legislador é livre para indicar quais são as atividades revestidas de interesse público a serem submetidas à regulação estatal, a não ser que haja expressa restrição constitucional¹⁷⁵. Esses precedentes ainda foram confirmados em *Williams v. Standard Oil Co.*¹⁷⁶, julgado em 1927 e *Ribnik v. McBride*¹⁷⁷, em 1928, quando considerou inconstitucionais regulações estatais que pretendiam fixar respectivamente o preço para a venda de gasolina e as comissões cobradas por agências de emprego.

Após a crise de 1929 aumentou, nos Estados Unidos, o apoio a algum tipo de intervenção na economia e, em 1932, um ano antes de Roosevelt assumir a presidência do país e implantar a sua política do *New Deal*, a Suprema Corte julgou o caso *New State Ice Co. v. Liebmann*. Tratava-se de uma lei do estado de Oklahoma que declarara a atividade de fabrico e distribuição de gelo um negócio público (“*public business*”) e, portanto, sujeito a prévio licenciamento. A principal peculiaridade deste caso vem das alegações apresentadas, que pretendiam equiparar o negócio de venda de gelo a uma *public utility*, mencionando, inclusive, que, especialmente em locais de clima quente como Oklahoma, o gelo se tornava um importante elemento para o bem comum e que sua fabricação dependia (àquela época) de investimentos inacessíveis para um cidadão comum, de modo que era necessário proteger os consumidores dos efeitos abusivos que poderiam advir da monopolização da atividade.

A Suprema Corte entendeu, no entanto, que, por mais que o gelo pudesse ser considerado um artigo de primeira necessidade, não diferia, nesse aspecto, de outras

¹⁷⁵ “*I do not believe in such apologies. I think the proper course is to recognize that a state legislature can do whatever it sees fit to do unless it is restrained by some express prohibition in the Constitution of the United States or of the State, and that Courts should be careful not to extend such prohibitions beyond their obvious meaning by reading into them conceptions of public policy that the particular Court may happen to entertain.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Tyson & Bro. v. Banton**, 273 U.S. 418, 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/418/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 273 U.S. 446)

¹⁷⁶ “*The business of dealing in gasoline, whatever its extent, is not a business "affected with a public interest," and state legislation undertaking to fix the prices at which gasoline may be sold violates the due process clause of the Fourteenth Amendment*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Williams v. Standard Oil Co.**, 278 U.S. 235, 1929. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/278/235/>. Acesso em 19 jan. 2019)

¹⁷⁷ “*The business of an employment agent is not one "affected with a public interest," and, under the due process clause of the Fourteenth Amendment, a state cannot fix the fees which such an agent may charge for his services*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Ribnik v. McBride**, 277 U.S. 350, 1928, Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/350/>. Acesso em 19 jan. 2019)

atividades como as relacionadas com alimentação ou vestuário, não se mostrando suficiente para caracterizá-la como afetada por um interesse público. Tratava-se, ao revés, de um negócio privado ordinário e sequer era possível identificar na iniciativa regulatória o efeito de prevenir o monopólio, mas sim de incentivá-lo, já que restringia a entrada de competidores no mercado, sem justificativa razoável para tal¹⁷⁸:

Temos, assim, com alguma particularidade, discutido as circunstâncias que, no que diz respeito ao Estado de Oklahoma, proporcionam terreno para sustentar o pronunciamento legislativo de que o negócio de operar descaroçador de algodão é revestido de um uso público, a fim de colocá-los em contraste com as circunstâncias completamente diferentes que atendem ao negócio de fabricação, venda e distribuição de gelo. **Aqui estamos lidando com um negócio comum, não com uma indústria primordial da qual depende a prosperidade de todo o Estado em grande medida. É um negócio tão essencialmente privado em sua natureza** como o negócio da mercearia, do leiteiro, do açougueiro, do padeiro, do sapateiro, ou do alfaiate, cada um dos quais realiza um serviço de que, em maior ou menor grau, a comunidade depende e está interessada em que seja mantido, **mas que não cria com o público uma relação a ponto de justificar sua inclusão na categoria de empresas revestidas de uso público.** Pode-se admitir que, em Oklahoma, o gelo não seja apenas um artigo de privilégio, mas sim algo indispensável; mas certamente não mais do que comida ou roupas ou o abrigo de um lar. E este Tribunal definitivamente disse que a produção ou venda de alimentos ou roupas não pode ser submetida a regulamentação legislativa com base em um uso público, e que o mesmo é verdade no que diz respeito ao negócio de alugar casas e apartamentos, exceto como medidas temporárias para lidar com emergências graves. Veja Tyson & Bro. v. Banton, supra, pp. 273 U. S. 437-438, e casos citados. (...)

O controle aqui pretendido não protege contra o monopólio; ao contrário, tende a promovê-lo. O objetivo não é incentivar a concorrência, mas impedi-la; não para regular o negócio, mas para impedir que as pessoas se envolvam nele. (...) Não somos capazes de ver nada peculiar no negócio aqui em questão que o distinga da fabricação e produção ordinárias. Diz-se que é um produto novo; mas é a natureza do negócio, e não a data em

¹⁷⁸ “We have thus, with some particularity, discussed the circumstances which, so far as the State of Oklahoma is concerned, afford ground for sustaining the legislative pronouncement that the business of operating cotton gins is charged with a public use, in order to put them in contrast with the completely unlike circumstances which attend the business of manufacturing, selling, and distributing ice. **Here we are dealing with an ordinary business, not with a paramount industry upon which the prosperity of the entire State in large measure depends. It is a business as essentially private in its nature** as the business of the grocer, the dairyman, the butcher, the baker, the shoemaker, or the tailor, each of whom performs a service which, to a greater or less extent, **the community is dependent upon and is interested in having maintained, but which bears no such relation to the public as to warrant its inclusion in the category of businesses charged with a public use.** It may be quite true that, in Oklahoma, ice is not only an article of prime necessity, but indispensable; but certainly not more so than food or clothing or the shelter of a home. And this Court has definitely said that the production or sale of food or clothing cannot be subjected to legislative regulation on the basis of a public use, and that the same is true in respect of the business of renting houses and apartments, except as to temporary measures to tide over grave emergencies. See Tyson & Bro. v. Banton, supra, pp. 273 U. S. 437-438, and cases cited. (...) The control here asserted does not protect against monopoly, but tends to foster it. The aim is not to encourage competition, but to prevent it; not to regulate the business, but to preclude persons from engaging in it. (...) We are not able to see anything peculiar in the business here in question which distinguishes it from ordinary manufacture and production. It is said to be recent; but it is the character of the business, and not the date when it began, that is determinative. It is not the case of a natural monopoly, or of an enterprise in its nature dependent upon the grant of public privileges. The particular requirement before us was evidently not imposed to prevent a practical monopoly of the business, since its tendency is quite to the contrary.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **New State Ice Co. v. Liebmann**, 285 U.S. 262, 1932. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/262/>. Acesso em 19 jan. 2019, pp. 285 U.S. 277 a 279.)

que começou, que deve ser determinante. Não é o caso de um monopólio natural, ou de uma empresa em sua natureza dependente da concessão de privilégios públicos. Evidentemente, a exigência particular diante de nós não foi imposta para evitar um monopólio prático do negócio, uma vez que sua tendência é completamente contrária.

Segundo a interpretação de alguns autores, a Suprema Corte estabeleceu nesse precedente que a regulação mais intensa, típica das atividades afetadas por interesse público, como as desempenhadas pelas *public utilities*, dependeriam da necessidade de proteção do público, em virtude de um monopólio natural ou de fato, de alguma falha de mercado com graves consequências ou da proteção de alguma reserva natural ou bem raro de interesse comum contra a sua dissipação¹⁷⁹:

Então veio *New State Ice Co. v. Liebmann*, qualificando ainda mais a regra, de modo que sob o estado atual da lei sobre este assunto, um Estado pode interferir apenas naquelas empresas onde exista um monopólio natural, uma concessão de franquia pública tenha sido outorgada, um monopólio exista na prática ou esteja prestes a surgir, um recurso natural esteja sendo dissipado, ou quando condições para a concorrência sejam tais a exigir a regulamentação como uma proteção ao público.

Também neste caso o Juiz Brandeis redigiu voto divergente em separado, sustentando que, ainda que não seja possível admitir que uma lei seja capaz de converter um negócio ordinário em uma *public utility*, esse conceito não é estático e depende das condições locais e circunstâncias do momento, de modo que o fornecimento de gelo pode sim, dadas as condições postas naquele estado, ser considerada uma atividade pública, assim como o fornecimento de água¹⁸⁰.

Mas o caso que marcou a época do *New Deal*¹⁸¹, a partir de quando a regulação se expandiu e se aprofundou sensivelmente, com um reforço ainda maior dos poderes das

¹⁷⁹ “Then came *New State Ice Co. v. Liebmann* further qualifying the rule, so that under the present state of the law on this subject, a state can interfere with only those businesses where a natural monopoly exists, a grant of public franchise has been given, a practical monopoly exists or is about to spring up, a natural resource is being dissipated, or conditions of competition are such as to call for regulation as a protection to the public.” (E.A.M., Jr. State regulation of businesses affected with public interest. *Virginia Law Review*, vol. 18, nº 7, mai. 1932, p. 773.)

¹⁸⁰ “Oklahoma declared the business of manufacturing ice for sale and distribution a ‘public business’ — that is, a public utility. So far as appears, it was the first State to do so. Of course, a legislature cannot by mere legislative fiat convert a business into a public utility (*Producers’ Transportation Co. v. Railroad Commission*, 251 U. S. 228, 251 U. S. 230). But the conception of a public utility is not static. The welfare of the community may require that the business of supplying ice be made a public utility, as well as the business of supplying water or any other necessary commodity or service. If the business is, or can be made, a public utility, it must be possible to make the issue of a certificate a prerequisite to engaging in it.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 1932. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/262/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 285 U.S. 284)

¹⁸¹ Em 1930, ainda na qualidade de governador de Nova Iorque, o futuro presidente Roosevelt, que lideraria o *New Deal*, criticava a forma como as agências estavam atuando. Em sua percepção se comportavam cada vez mais como tribunais, esquecendo de sua função original de supervisionar as atividades desempenhadas pelas *public utilities*, razão pela qual, em sua opinião, vinha ganhando força na população a convicção de que se

agências reguladoras, foi o caso *Nebbia v. New York*, julgado em 1934. Não por coincidência, o estado de Nova Iorque, até poucos anos antes governado pelo agora presidente Roosevelt, havia aprovado uma lei que criava um ente público específico para cuidar do leite (*Milk Control Board*), cujos poderes incluíam a definição de preços máximos a serem cobrados do consumidor. Em uma virada em relação aos casos julgados na década anterior, a Suprema Corte, em uma decisão dividida, de cinco votos contra quatro, considerou tal atividade regulatória compatível com a Constituição.

Apesar de reconhecer que a indústria de leite não é uma *public utility*, que não havia sinais de prática monopolística, nem os agentes dispunham de uma *franchise* ou qualquer outro privilégio estatal, a Corte, retomando a orientação de *German Alliance Insurance Co. v. Lewis*, considerou razoável a regulação imposta, inclusive em relação aos preços, que visava, na verdade, prevenir a prática de preços predatórios, a qual poderia ameaçar os produtores de leite, os quais vinham sendo remunerados a preços muito baixos pelos distribuidores¹⁸². Ainda que tenha afirmado que a regra deve ser a liberdade contratual e de uso da propriedade privada, a Suprema Corte assentou que uma regulação estatal pode ser estabelecida quando houver abuso dessa liberdade em detrimento da população em geral¹⁸³.

O ponto mais interessante do julgado, no entanto, foi o abandono do uso do interesse público como um critério definidor dos limites da regulação, tendo a Suprema Corte admitido que nunca foi capaz de estabelecer balizas objetivas e verificáveis para identificá-lo, de modo

tratava de um negócio como qualquer outro negócio privado: “*The Public Service Commission, therefore, was created in the days of Governor Hughes to act not as a court between the public on one side and the utility companies on the other, but to act definitely and directly for the public, as the representative of the public and of the Legislature, their sole function being to supervise the utilities themselves under definite rules. That is a very clear statement of the common law principle which goes back hundreds of years in the civilization from which we spring. Keep that distinction in mind when I mention the next events. Gradually from 1907 on there had come about forgetfulness of Public Service Commission’s primary function. Gradually the commission had come to consider itself more and more as a court and many of the public had come to think of a utility company as very similar to any corporation engaged in private business as distinguished from public service.*” (ROOSEVELT, Franklin Delano. The revision of the public service commissions law. **Proceedings of the academy of political science**, vol. 14, nº 1 Public control of power. Nova Iorque: The Academy of Political Science, mai. 1930, p. 45)

¹⁸² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Nebbia v. New York**, 291 U.S. 502, 1934: Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/502/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 291 U.S. 531.

¹⁸³ “*Under our form of government, the use of property and the making of contracts are normally matters of private, and not of public, concern. The general rule is that both shall be free of governmental interference. But neither property rights nor contract rights are absolute, for government cannot exist if the citizen may at will use his property to the detriment of his fellows, or exercise his freedom of contract to work them harm. Equally fundamental with the private right is that of the public to regulate it in the common interest. As Chief Justice Marshall said, speaking specifically of inspection laws, such laws form ‘a portion of that immense mass of legislation which embraces every thing within the territory of a State..., all which can be most advantageously exercised by the States themselves. Inspection laws, quarantine laws, health laws of every description, as well as laws for regulating the internal commerce of a State... are component parts of this mass’*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Nebbia v. New York**, 291 U.S. 502, 1934: Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/502/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 291 U.S. 523)

que dizer que uma atividade está afetada por interesse público (*affected with public interest*) ou revestida de interesse público (*clothed with public interest*) seria apenas uma forma de indicar que, naquele caso, se entendeu que a regulação respeitou o devido processo legal, ou seja, se mostrou razoável em relação aos fins perseguidos e não pôde ser caracterizada como arbitrária nem discriminatória, razão pela qual deveria ser mantida e considerada compatível com a Constituição¹⁸⁴:

Está claro que não há existe uma classe fechada ou uma categoria de negócios que seja necessariamente afetada por interesse público, e a função dos tribunais na aplicação da Quinta e Décima Quarta Emendas é determinar em cada caso se as circunstâncias vindicam a regulamentação contestada como um esforço razoável da autoridade **governamental** ou a condenam como arbitrária ou discriminatória. *Wolff Packing Co. v. Industrial Court*, 262 U. S. 522, 262 U. S. 535. A frase "afetado com interesse público" pode, na natureza das coisas, não significar nada além de que uma indústria, por razões adequadas, está sujeita a controle para o bem público. Em **várias decisões** deste tribunal em que as **expressões "afetadas com interesse público" e "revestidas com uso público"** foram apresentadas como critérios de validade do controle de preços, admitiu-se que **elas não são suscetíveis à definição e formam um teste insatisfatório da constitucionalidade** da legislação dirigida às práticas ou preços empresariais. Essas decisões devem repousar, finalmente, sob a base de que os requisitos do devido processo legal não foram cumpridos, pois as leis foram consideradas arbitrárias em sua operação e efeito. Mas não há dúvida de que, em ocasiões adequadas e por medidas adequadas, o Estado pode regular um negócio em qualquer um de seus aspectos, incluindo os preços a serem cobrados pelos produtos ou commodities que vende.

No que diz respeito à exigência do devido processo legal, e na ausência de outra restrição constitucional, um Estado é livre para adotar qualquer política econômica que possa ser razoavelmente considerada para promover o bem-estar público, e para aplicar essa política por legislação adaptada ao seu propósito. Os tribunais não têm autoridade para determinar tal política ou, quando ela é declarada pelo legislativo, para substituí-la. **Se as leis aprovadas forem vistas com uma relação razoável com um propósito legislativo adequado, e não forem arbitrárias nem discriminatórias, os requisitos do devido**

¹⁸⁴ *"It is clear that there is no closed class or category of businesses affected with a public interest, and the function of courts in the application of the Fifth and Fourteenth Amendments is to determine in each case whether circumstances vindicate the challenged regulation as a reasonable exertion of governmental authority or condemn it as arbitrary or discriminatory. Wolff Packing Co. v. Industrial Court, 262 U. S. 522, 262 U. S. 535. The phrase "affected with a public interest" can, in the nature of things, mean no more than that an industry, for adequate reason, is subject to control for the public good. In several of the decisions of this court wherein the expressions "affected with a public interest" and "clothed with a public use" have been brought forward as the criteria of the validity of price control, it has been admitted that they are not susceptible of definition and form an unsatisfactory test of the constitutionality of legislation directed at business practices or prices. These decisions must rest, finally, upon the basis that the requirements of due process were not met, because the laws were found arbitrary in their operation and effect. But there can be no doubt that, upon proper occasion and by appropriate measures, the state may regulate a business in any of its aspects, including the prices to be charged for the products or commodities it sells.*

So far as the requirement of due process is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose. The courts are without authority either to declare such policy or, when it is declared by the legislature, to override it. If the laws passed are seen to have a reasonable relation to a proper legislative purpose, and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied, and judicial determination to that effect renders a court functus officio." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 1934: Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/502/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 291 U.S. 536 e 537.)

processo legal são cumpridos, e a determinação judicial para esse efeito torna a corte um *functus officio*.

Um aspecto curioso, que não pode deixar de ser destacado é que, poucos anos antes, ao julgar o caso *New State Ice Co. v. Liebmann*, a Suprema Corte havia tomado como um dos exemplos de atividade que claramente não poderia ser objeto de regulação de preço, exatamente a indústria do leite¹⁸⁵, que após *Nebbia v. New York* passou a considerar como passível de regulação. Isso mostra a grande reviravolta que o período do *New Deal* provocou na atividade regulatória estatal e, mais precisamente, no regime jurídico de regulação das *public utilities*.

Em reflexões publicadas em 1930, às vésperas de assumir a presidência da república, quando ainda era o governador de Nova Iorque, Roosevelt demonstrava grande preocupação com o papel que vinha sendo desempenhado pelas agências reguladoras e afirmava que sua atuação era ineficiente e não estava conduzindo a resultados positivos. Como alternativas enunciava, surpreendentemente, a introdução da concorrência, permitindo novos entrantes para disputar o mercado com as *public utilities* em operação; a estatização do serviço com sua assunção direta pelos municípios (*public ownership*), que, segundo sua observação, vinha se demonstrando como uma solução mais consentânea com o interesse público; ou o reforço de poder das agências, mas com regras claras e parâmetros legalmente fixados para que realizassem a avaliação dos ativos e a fixação das tarifas¹⁸⁶:

¹⁸⁵ “*There is no difference in principle between this case and the attempt of the dairyman under state authority to prevent another from keeping cows and selling milk on the ground that there are enough dairymen in the business; or to prevent a shoemaker from making or selling shoes because shoemakers already in that occupation can make and sell all the shoes that are needed. We are not able to see anything peculiar in the business here in question which distinguishes it from ordinary manufacture and production.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **New State Ice Co. v. Liebmann**, 285 U.S. 262, 1932. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/262/>. Acesso em 19 jan. 2019, pp. 285 U.S. 279)

¹⁸⁶ “*The straight question for you and for me to ask is whether we are going to return to the three-hundred-year-old distinction between a company engaged in wholly private business and a company engaged in a monopoly of a service which must be used by all of our citizens, rich and poor alike — a monopoly which exists by the grace of you and me through the charters which we have granted.*

There are two methods of restoring reasonable rates for electricity and telephones in this state; and I say advisedly that I consider the rates charged to householders for these commodities are today too high and unless we act definitely and promptly, they are going even higher. One of these methods is to allow and restore competition either by encouraging new companies to enter the field or by setting up at least as a yardstick more municipally operated companies, especially in the electrical field.

I think it is an established fact that those municipalities in the United States which have their own municipally owned companies providing the light and power for their citizens give just as good service and much lower rates than almost any of the privately owned companies. The yardstick of municipal operation is the question of success. The municipally owned companies are today almost all successful and the yardstick which they have furnished us proves that the rates of most of the privately owned electric companies are too high.

The other method which can well go hand in hand with the first is to give the Public Service Commission a definite rule for valuation and to make it obligatory on the Public Service Commission to fix rates in accordance with this definite set standard and no other. Let me say that this is not and should not be a matter of politics. If it

A pergunta direta que você e eu devemos formular é se vamos voltar à distinção de 300 anos atrás entre uma empresa envolvida com negócios totalmente privados e uma empresa envolvida com o monopólio de um serviço que deve ser usado por todos os nossos cidadãos, ricos e pobres - um monopólio que existe graças à outorga que você e eu concedemos.

Existem dois métodos para voltarmos a ter tarifas razoáveis para eletricidade e telefones neste estado; e eu já digo que considero as taxas cobradas hoje dos moradores por esses serviços muito altas e, a menos que ajamos de forma definitiva e rápida, elas estão irão cada vez mais alto. Um desses métodos é restaurar e incentivar a concorrência, seja por meio de incentivos à entrada de novas empresas no mercado ou instituindo, ao menos para que sirvam como um parâmetro, mais empresas estatais operadas pelos municípios, especialmente no setor elétrico.

Penso que é um fato demonstrado que os municípios dos Estados Unidos que possuem suas próprias empresas para o fornecimento de iluminação pública e energia para seus cidadãos prestam um bom serviço a taxas muito mais baixas do que quase qualquer uma das empresas privadas. Os parâmetros traçados pela operação municipal são a fonte do sucesso. As empresas municipais são hoje quase todas bem sucedidas e esses parâmetros que elas nos forneceram são a prova de que as tarifas da maioria das companhias elétricas privadas são muito altas.

O outro método que pode muito bem acompanhar o primeiro é dar à Agência de Serviço Público uma regra definitiva para a avaliação e tornar obrigatório à Agência do Serviço Público fixar as tarifas de acordo com esses parâmetros fornecidos pelas empresas estatais e nenhum outro. Deixe-me dizer que isso não é e não deve ser uma questão de política. Se isso se tornar assim, não será através da minha ação, mas, no entanto, é um problema, e espero que os dois grandes partidos não se alinhem em lados diferentes desta questão. É um problema entre duas escolas de pensamento. Uma escola voltaria ao princípio fundamental de que uma *public utility* é a criatura do Estado, que ela deve prestar serviço e que pode e deve obter um retorno razoável sobre o investimento que fez e não mais. A outra escola de pensamento nos faria acreditar que uma empresa de *public utility* é essencialmente uma empresa privada operada para prestar o serviço, talvez, mas operada de tal forma que através de avaliações inchadas passadas, presentes e futuras pode fazer com que as tarifas públicas sejam majoradas em dois, cinco ou dez vezes a quantidade de dinheiro que foi efetivamente investida.

Como se sabe, no esteio do precedente fixado em *Nebbia v. New York*, foi a última alternativa que predominou, com o reforço das agências reguladoras e ampliação de sua jurisdição. Expandiu-se também a partir desse momento a **regulação federal**, que gradativamente foi ganhando proeminência em relação às regulações municipais e estaduais, que haviam predominado até então. Isso pode ter ocorrido em parte pelos próprios efeitos gerados pelas iniciativas do *New Deal*, assim como pela desconfiança criada pela ineficiência de que se acusava os sistemas anteriores; mas também pelo fato de que as *public utilities* iam

becomes such, it will not be through my action, but nevertheless it is an issue, and I hope that the two major parties will not line up on different sides of this issue. It is an issue between two schools of thought. One school would return to the fundamental principle that a public utility is the creature of the state, that it must give service and that it can and should earn a reasonable return on the investment which it has made and no more. The other school of thought would have us believe that a public utility company is essentially a private business operated for service perhaps but operated in such a way that through swollen valuations past, present and future it can make the public pay rates on two and five and tenfold the amount of money which was actually invested." (ROOSEVELT, Franklin Delano. The revision of the public service commissions law. **Proceedings of the academy of political science**, vol. 14, nº 1 Public control of power. Nova Iorque: The Academy of Political Science, mai. 1930, p. 51.)

sendo controladas por grupos empresarias cada vez maiores, com atuação abrangendo diversos estados¹⁸⁷, tendo sido aprovado, em 1935, o *Public Utility Holding Company Act (PUHCA)*¹⁸⁸.

Com a evolução das tecnologias, o desenvolvimento econômico e a consolidação de grandes conglomerados corporativos, as distinções entre serviços locais e serviços que afetavam as políticas nacionais foram ficando mais difíceis de serem percebidas e os parâmetros traçados nas décadas de 20 e 30 deixavam de fornecer as respostas necessárias¹⁸⁹.

Do ponto de vista constitucional, a chamada cláusula comercial (*Commerce Clause*¹⁹⁰) determina que a competência do Congresso se restringe a atividades comerciais que envolvam mais de um estado da federação. Ao longo do tempo, no entanto, a Suprema Corte foi anuindo com a ampliação da jurisdição federal para alcançar operações que, apesar de se restringirem ao plano intraestadual, de algum modo pudessem afetar o comércio entre os Estados¹⁹¹. Ao julgar, em 2005, o caso *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1¹⁹², relacionado à regulação quanto à

¹⁸⁷ PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 123.

¹⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. US Code: **15 U.S.C. § 79 et seq.** (revogado). Disponível em: <http://uscode.house.gov/>. Acesso em 23 jan. 2019.

¹⁸⁹ HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance: The law of market structure, pricing and jurisdiction**. Chicago: American Bar Association, 2013, pp. 358 e seguintes e PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice**. Virginia: Public Utilities Reports, 1988, pp. 145 e seguintes.

¹⁹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição. **Article I, Section 8, Clause 3**. Commerce Clause. *The Congress shall have Power to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes*.

¹⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1**. *Although activities may be intrastate in character when separately considered, if they have such a close and substantial relation to interstate commerce that their control is essential, or appropriate, to protect that commerce from burdens and obstructions, Congress has the power to exercise that control*, 1937. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/1/>. Acesso em 23 jan. 2019.

¹⁹² *“In assessing the validity of congressional regulation, none of our Commerce Clause cases can be viewed in isolation. As charted in considerable detail in United States v. Lopez, our understanding of the reach of the Commerce Clause, as well as Congress’ assertion of authority thereunder, has evolved over time.*

The Commerce Clause emerged as the Framers’ response to the central problem giving rise to the Constitution itself: the absence of any federal commerce power under the Articles of Confederation. For the first century of our history, the primary use of the Clause was to preclude the kind of discriminatory state legislation that had once been permissible.

Then, in response to rapid industrial development and an increasingly interdependent national economy, Congress “ushered in a new era of federal regulation under the commerce power”, beginning with the enactment of the Interstate Commerce Act in 1887, 24 Stat. 379, and the Sherman Antitrust Act in 1890, 26 Stat. 209, as amended, 15 U. S. C. §2 et seq.

*Cases decided during that “new era,” which now spans more than a century, have identified three general categories of regulation in which Congress is authorized to engage under its commerce power. First, Congress can regulate the channels of interstate commerce. Perez v. United States, 402 U. S. 146, 150 (1971). Second, Congress has authority to regulate and protect the instrumentalities of interstate commerce, and persons or things in interstate commerce. Ibid. Third, Congress has the power to regulate activities that substantially affect interstate commerce. Ibid.; NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U. S. 1, 37 (1937). Only the third category is implicated in the case at hand.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Gonzales v. Raich**, 545 U.S. 1, 2005. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/1/>. Acesso em 23 jan. 2019.)*

comercialização da maconha, o voto condutor do Juiz Stevens ofereceu uma visão geral dessa evolução jurisprudencial ao longo do tempo:

Ao avaliar a validade da regulamentação do Congresso, nenhum dos nossos casos de Cláusula de Comércio pode ser visto isoladamente. Como mapeado em detalhes consideráveis em Estados Unidos v. Lopez, nosso entendimento do alcance da Cláusula de Comércio, bem como a afirmação de autoridade do Congresso sobre eles, evoluiu ao longo do tempo.

A Cláusula de Comércio emergiu como a resposta dos Framers [nota: *os Fundadores, que escreveram a Constituição*] ao problema central que deu origem à própria Constituição: a ausência de qualquer poder de comércio federal nos termos dos Artigos da Confederação. Durante o primeiro século de nossa história, o uso primário da Cláusula foi impedir o tipo de legislação estatal discriminatória que já havia sido permitida.

Em seguida, em resposta ao rápido desenvolvimento industrial e a uma economia nacional cada vez mais interdependente, o Congresso "inaugurou uma nova era de regulação federal sob o poder do comércio", começando com a promulgação da Lei do Comércio Interestadual em 1887, 24 Stat. 379, e a Lei Antitruste Sherman em 1890, 26 Stat. 209, conforme alterado, 15 U. S. C. et seq.

Os casos decididos durante essa "nova era", que agora se estende por mais de um século, identificaram três categorias gerais de regulação nas quais o Congresso está autorizado a se engajar sob seu poder comercial. Primeiro, o Congresso pode regular os canais do comércio interestadual. Perez V. Estados Unidos, 402 U. S. 146, 150 (1971). Em segundo lugar, o Congresso tem autoridade para regular e proteger as instrumentalidades do comércio interestadual, e pessoas ou coisas no comércio interestadual. Ibid. Em terceiro lugar, o Congresso tem o poder de regular atividades que afetam substancialmente o comércio interestadual. Ibid.; NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U. S. 1, 37 (1937). Apenas a terceira categoria está implicada no caso em questão.

Também a Décima Emenda à Constituição¹⁹³ diz respeito aos limites entre a regulação estadual e a federal, uma vez que estabelece que a União só pode exercer os poderes que explicitamente lhe tenham sido reservados, cabendo a competência residual aos estados. Resultou desse texto a afirmação de que o Congresso não pode regular os estados em si, mas apenas as pessoas que se encontram em seu território. Todavia, a interpretação da Décima Emenda também evoluiu para admitir que, embora o Congresso não possa obrigar os Estados a adotar determinadas políticas públicas; naquelas matérias em que haja competências concomitantes¹⁹⁴, a União pode exigir dos órgãos estaduais atuantes que observem e imponham a aplicação das normas federais, como restou decidido em *FERC v. Mississippi*¹⁹⁵,

¹⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição. **Décima Emenda.** *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.*

¹⁹⁴ “Concurrent power means that either may act, but if both legislate on the same subject matter, the federal law supersedes the state law. Only in absence of federal legislation can the state act in this field. In general, all interstate activities are under the jurisdiction of federal agencies, and intrastate activities are under the control of state commissions. The courts have restricted the jurisdiction of the states, however, if intrastate activities interfere with federal regulation of interstate commerce.” (PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities: theory and practice.** Virginia: Public Utilities Reports, 1988, p. 146)

¹⁹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **FERC v. Mississippi, 456 U.S. 742**, 1982. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/456/742/>. Acesso em 23 jan. 2019.

quando a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do *Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA)*¹⁹⁶:

(a) Na medida em que o § 210 autoriza a FERC a isentar as instalações de energia qualificadas do cumprimento de obrigações previstas em leis e regulamentos estaduais, ela nada mais faz do que impedir da maneira tradicional disposições estaduais conflitantes. Devido ao efeito interestadual substancial dessa atividade, o Congresso pode antecipar-se aos Estados completamente na regulação das vendas no varejo por concessionárias de energia elétrica e gás e de transações entre tais concessionárias e cogeneradores. Com relação à exigência do § 210 de que as autoridades estaduais implementem as regras da FERC, o estatuto e seus regulamentos de implementação simplesmente exigem que as agências estaduais resolvam disputas decorrentes do estatuto, exatamente tipo de atividade julgadora habitualmente envolvida pela Agência de Serviços Públicos do Mississippi. Testa contra Katt, 330 U. S. 386. Pp. 456 U. S. 759-761.

(b) As disposições de "consideração obrigatória" dos Títulos I e III não envolvem o exercício obrigatório dos poderes soberanos do Mississippi nem estabelecem uma agenda obrigatória a ser considerada em todos os eventos pelos decisões legislativas ou administrativas estaduais, mas simplesmente estabelecem requisitos para a continuidade da atividade estatal em um setor anteriormente não submetido. Cf. Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc., 452 U. S. 264. Pp. 456 U. S. 761-770.

(c) Da mesma forma, os requisitos processuais dos Títulos I e III não obrigam o exercício do poder soberano de um Estado ou pretendem estabelecer normas a serem seguidas em todas as áreas dos esforços da Agência Estadual. Se o Congresso pode exigir que um órgão administrativo estadual considere as regulamentações federais propostas como condição para o seu envolvimento contínuo em um dado setor, pode exigir a observância de um regramento processual mínimo durante as deliberações desse órgão sobre o assunto. Pp. 456 U. S. 770-771.

c Da mesma forma, os requisitos processuais dos Títulos I e III não obrigam o exercício do poder soberano de um Estado ou pretendem estabelecer normas a serem seguidas em todas as áreas dos esforços da Comissão Estadual. Se o Congresso pode exigir que um órgão administrativo estadual considere as regulamentações federais propostas como

¹⁹⁶ "(a) Insofar as § 210 authorizes the FERC to exempt qualified power facilities from state laws and regulations, it does nothing more than preempt conflicting state enactments in the traditional way. Because of the substantial interstate effect of such activity, Congress may preempt the States completely in the regulation of retail sales by electric and gas utilities and of transactions between such utilities and cogenerators. With respect to § 210's requirement that state authorities implement FERC's rules, the statute and its implementing regulations simply require state commissions to settle disputes arising under the statute, the very type of adjudicatory activity customarily engaged in by the Mississippi Public Service Commission. Testa v. Katt, 330 U. S. 386. Pp. 456 U. S. 759-761.

(b) The "mandatory consideration" provisions of Titles I and III do not involve the compelled exercise of Mississippi's sovereign powers or set a mandatory agenda to be considered in all events by state legislative or administrative decisionmakers, but simply establish requirements for continued state activity in an otherwise preemptible field. Cf. Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc., 452 U. S. 264. Pp. 456 U. S. 761-770.

(c) Similarly, the procedural requirements of Titles I and III do not compel the exercise of a State's sovereign power or purport to set standards to be followed in all areas of the state commission's endeavors. If Congress may require a state administrative body to consider proposed federal regulations as a condition to its continued involvement in a preemptible field, it may require the use of certain procedural minima during that body's deliberations on the subject. Pp. 456 U. S. 770-771." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. US Code: 16 U.S.C. § 2601 et seq. Disponível em: <http://uscode.house.gov/>. Acesso em 23 jan. 2019.)

condição para o seu envolvimento contínuo em um campo preempável, pode exigir o uso de certas mínimas processuais durante as deliberações desse órgão sobre o assunto. Pp.456 U. S. 770-771. A partir da década de 30, portanto, e especialmente nas décadas seguintes, expandiu-se a jurisdição regulatória federal nos Estados Unidos, com grande desenvolvimento dos mecanismos de regulação e ampliação da interferência estatal em atividades privadas, até que, na década de 70, sobretudo depois das crises do petróleo, da recessão econômica que se seguiu em diversas partes do mundo e das crescentes dificuldades fiscais que os Estados passaram a enfrentar, fortaleceu-se um movimento de desregulação, que acabou influenciando grande parte do mundo, o Brasil incluído, e será estudado a seguir.

2.5 A desregulação e a exportação para o mundo da prática de regulação por agências

Algumas décadas após a intensificação da prática regulatória nos Estados Unidos, reforçada a partir do *New Deal*, uma nova onda liberal voltou a ganhar força com a publicação de importantes obras, como “Capitalismo e Liberdade”, publicado por Milton Friedman em 1962, “O intelectual e o Mercado”, por George Stigler, no mesmo ano e “Custo e Escolha”, por James M. Buchanan, em 1968, para referir apenas a algumas; em um movimento cujo marco original talvez possa ser indicado como a publicação de “Economia”, por Paul Samuelson, em 1948.

Como se viu acima, um dos argumentos mais fortes que sempre foram utilizados para justificar a regulação estatal foram as chamadas falhas de mercado¹⁹⁷, muito especialmente os monopólios naturais, em particular no que se refere às *public utilities*¹⁹⁸. Seguidos estudos produzidos no rastro dessa nova onda liberal, começaram a questionar a correção do

¹⁹⁷ “**Economic regulation** addresses three market failures: natural monopoly, excessive competition, and economic rents - with two regulatory tools - price controls or entry and exit controls. (...) **Social regulation** addresses four market failures: externalities, inadequate information, scarcity, and public goods. The government responds with regulatory or allocative controls.” (TOMAIN, Joseph P. e SHAPIRO, Sidney A. Analyzing government regulation. **Administrative Law Review**, vol. 49, nº 2. Chicago: American Bar Association, 1997, p. 403 e 407 - grifado) ou “*Economic regulation typically arises because there is some reason that competition is either undesirable or unattainable in a market. Natural monopoly, where it costs less to have one firm serve the entire market than to have multiple firms competing to do so, is a prominent example. In such cases, the regulator's main job is to ensure that the monopolist meets its service obligations without extracting monopoly profits from consumers.*” (SHELANSKI, Howard. The case for rebalancing antitrust and regulation. **Michigan Law Review**, vol. 109, nº 5. Michigan: The Michigan Law Review Association, mar. 2011, pp. 719 e 720)

¹⁹⁸ “*Indeed, in utility industries, regulation has often been sought because of the inconvenience of competition. The history of regulation is often written in terms of the desire to prohibit "excessive" duplication of utility distribution systems and the desire to prohibit the capture of windfall gains by utility companies.*” (DEMSERTZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n 1. Chicago: The University of Chicago Press, abr. 1968, pp. 61 e 62)

argumento, até então largamente aceito, dos malefícios causados por situações de monopólio natural, em setores fortemente impactados por uma economia de escala, cuja consequência seria a redução do custo total da prestação do serviço quando oferecido por apenas uma empresa, o que conduziria à conclusão de que a existência de outros competidores aumentaria significativamente o custo, em decorrência da necessidade de duplicação de infraestruturas, circunstância que tornaria o mercado menos eficiente em função da competição. A desconfiança quanto à eficiência da regulação estatal das *public utilities* é bem caracterizada por Richard Posner¹⁹⁹:

(...) a regulação é assumida por quase todos que trabalham ou escrevem no campo, assim como pelo público em geral, como algo fundamentalmente inevitável, sábio e necessário. No entanto, a minha experiência pessoal como advogado governamental envolvido em questões regulatórias me deixou cético quanto à validade do pressuposto e este estudo me convenceu de que, na verdade, a regulação do serviço público provavelmente não é um esforço útil dos poderes governamentais; que não é possível demonstrar que seus benefícios superem seus custos; e que mesmo em mercados onde a eficiência dita o monopólio poderíamos fazer melhor para permitir que as forças econômicas naturais determinem a conduta empresarial e o desempenho sujeitos apenas às restrições da política antitruste. Gostaria, no entanto, de salientar que não se pretende sustentar uma oposição geral à regulação governamental dos negócios. Um marco regulatório cuja existência continuada é explicitamente pressuposto pela minha análise é, como referido, a legislação antitruste. As regulamentações que aplicam normas de saúde ou segurança são apenas um exemplos dos diversos mecanismos de restrição da atividade empresarial por parte do governo, que estão fora do escopo da minha crítica.

Uma das novas propostas surgidas nessa época em relação às *public utilities* foi formulada por Demsetz, que sugeria a possibilidade, pelo menos em alguns casos, de substituir uma regulação estatal por um sistema de leilões (*bidding system*)²⁰⁰. Em sua visão,

¹⁹⁹ “(...) *regulation is assumed by nearly all who work or write in the field, as by the public in general, to be fundamentally inevitable, wise, and necessary. However, personal experience as a government lawyer involved in regulatory matters made me skeptical about the validity of the assumption and this study has convinced me that in fact public utility regulation is probably not a useful exertion of governmental powers; that its benefits cannot be shown to outweigh its costs; and that even in markets where efficiency dictates monopoly we might do better to allow natural economic forces to determine business conduct and performance subject only to the constraints of antitrust policy. I would stress, however, that no general challenge to government regulation of business is intended. One regulatory framework whose continued existence is explicitly presupposed by my analysis is, as just mentioned, the antitrust laws. Regulations enforcing standards of health or safety are instances of the many other governments constraints on business activity that lie outside the scope of my critique.*” (POSNER, Richard. Natural monopoly and its regulation. **Stanford Law Review**, vol. 21, nº 3, fev. 1969, pp. 549 e 550). Vale também a referência à Edithe Miller: “*The public utility concept and administrative organization originated primarily in the United States to provide the social control necessary to prevent abuse of private market power by firms providing essential services. Recognition of this potential for abuse today seems blunted. Indeed, adherence to the metaphor of the invisible hand may be stronger at present than at any time during the last sixty years. (...) The contemporary academic literature is almost single-minded in its endorsement of laissez-faire.*” (MILLER, Edyth S. Is the Public Utility Concept Obsolete? **Land Economics**, vo. 71, nº 3, Social Control of Private Power: The Past and Future of Public Utility Regulation. Madison: University of Wisconsin Press, ago. 1995, p. 273)

²⁰⁰ DEMSERTZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n 1. Chicago: The University of Chicago Press, abr. 1968, pp. 62 e 63.

os monopólios naturais não representavam um problema de economia de escala, mas sim de externalidades econômicas. Em geral, as *public utilities* dependeriam do exercício do direito de posse ou de passagem por bens públicos, o que deveria ser encarado como um problema de utilização de recursos escassos. Assim, ao invés de se estabelecer um regime de exclusividade para a operação de uma empresa e uma complexa regulação para reger a sua atividade, com o objetivo de promover um ambiente de eficiência econômica que compensasse a falta de competição; seria muito mais adequado precificar adequadamente o uso desses bens escassos. Segundo sua opinião, o grande problema era que o Estado falhava em atribuir um valor adequado em contrapartida a esse uso. O melhor modo de fazê-lo seria por licitação.

Sua sugestão, então, era que, ao invés de regular a atividade, o Estado licitasse o contrato que daria acesso ao uso dos bens públicos por um prazo determinado. O vencedor seria aquele que apresentasse a maior oferta de pagamento ao Estado em troca do privilégio de ser o único a poder usar o bem público naquele período. Isso não deveria significar, no entanto, que fosse o único a poder realizar a atividade ou prestar o serviço²⁰¹. Nada impediria outros de fazê-lo, desde que encontrassem algum outro meio que não dependesse do uso do bem ou da infraestrutura outorgada com exclusividade após a licitação.

Esse sistema independeria de um controle estatal de preços, uma vez que tal controle seria naturalmente realizado pelo próprio mercado, pois caso aquele que detivesse o privilégio do uso do bem público cobrasse preços excessivamente altos, criaria um incentivo para que um rival buscasse alternativas para competir com ele, explorando outras formas de prestar o serviço, mesmo sem acesso aos bens públicos, por meio, por exemplo, de acordos com proprietários de bens privados. Provavelmente essa alternativa seria menos eficiente do que a utilização do bem público, no entanto, poderia se tornar viável em decorrência de um eventual incremento excessivo dos preços praticados por quem detém o privilégio estatal.

A regulação poderia, todavia, continuar sendo necessária, embora muitas vezes em nível menos invasivo, em situações nas quais a licitação pelo direito de passagem e ocupação de bens públicos não se revelasse suficiente para compensar essa externalidade. Também nos casos em que a exploração do serviço dependesse de investimentos privados muito intensos e, conseqüentemente, contratos firmados por prazos muito longos, em virtude da necessidade de

²⁰¹ Transportando essa sugestão para o sistema de contratos de concessão, consistiria em realizar as licitações apenas pelo pagamento da maior outorga, retirando dos contratos qualquer referência ao valor da tarifa, que passaria a ser livre.

adaptações ao longo de sua execução, que seriam dependentes de uma entidade reguladora²⁰². Outro ponto importante é o valor da tarifa. Normalmente, tratando-se de serviços essenciais, um dos objetivos da regulação estatal é assegurar a cobrança de tarifas acessíveis. O método proposto por Demsetz, no entanto, não se presta a proporcionar tarifas menores. Sua estratégia resulta na apropriação pelo Estado dos valores inerentes ao monopólio, mas não transfere essa vantagem para a tarifa, pois ela acabará embutindo os valores pagos ao Estado pela outorga do privilégio de uso dos bens²⁰³.

Um ponto bastante destacado pelos adeptos da desregulação é o custo da regulação. Por um lado, em razão da necessidade de manter instituições com significativa estrutura administrativa para exercer o papel de regulação, o que consome muitos recursos. Por outro, pela imposição de uma série de obrigações para as *public utilities*, inclusive quanto à realização de atividades burocráticas, voltadas a produzir informações requisitadas pelas agências e interagir com os reguladores na defesa de seus interesses²⁰⁴; sem contar os problemas de captura, desvios de finalidade, conflitos de interesses e outros, bem descritos pela escola da *public choice*, além de problemas diretamente relacionados com corrupção.

A onda de desregulação nos Estados Unidos também foi muito influenciada pelas evoluções tecnológicas que permitiram um efetivo incremento de competitividade em diversas das atividades desempenhadas por *public utilities*, especialmente no que se refere às

²⁰² “Conformably, regulation, in some form, is relatively favored when one is dubious that incomplete contracting will yield desired results and when competitive processes are prone to breakdown.” (WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 75.) Ver também DEMSERTZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n 1. Chicago: The University of Chicago Press, abr. 1968, p. 64.

²⁰³ Uma visão crítica, a esse respeito, é apresentada por Williamson: “Franchise bids which involve lump-sum payments should be distinguished from those where the franchise is awarded to the bidder who offers to supply at the lowest per unit price. Awarding an exclusive franchise to the noncollusive bidder who will pay the largest lump-sum fee to secure the business effectively capitalizes the monopoly profits which thereafter accrue. But the product or service for which such a franchise is granted will be priced on monopolistic terms. To avoid this outcome, the franchise award criterion of lowest per unit price is favored. George Stigler, among others, evidently finds the argument persuasive.” (WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 76)

²⁰⁴ “The benefits of regulation are dubious, not only because the evils of natural monopoly are exaggerated but also because the effectiveness of regulation in controlling them is highly questionable. At the same time, regulation costs a great deal and would probably cost much more if serious effort were made to prevent the undesirable side effects on efficiency that profit regulation fosters. Regulation may be likened to the treatment of an ailment whose with a costly and dangerous drug whose efficacy can be improved, but I do not see how we can realistically it into a fruitful instrument for advancing the public welfare.” (POSNER, Richard. Natural monopoly and its regulation. **Stanford Law Review**, vol. 21, n° 3, fev. 1969, pp. 636 e 637) e “The costs of taking account of these effects through some regulatory process must be compared with the benefits of realigning resource use, and if the benefits are worth the costs some regulation may be desirable.” (DEMSERTZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n 1. Chicago: The University of Chicago Press, abr. 1968, p. 63)

chamadas indústrias de rede, como, por exemplo, a telefonia, a distribuição de energia elétrica, a televisão e o rádio com sinais digitais²⁰⁵. Em muitos desses casos, novas possibilidades técnicas, antes inexistentes, passaram a permitir o compartilhamento das redes. Curiosamente, nesses casos, o que se viu na prática foi o desenvolvimento de uma nova regulação, destinada a criar as condições para ampliar ao máximo o compartilhamento, intensificando assim a concorrência e permitindo uma enorme suavização da interferência regulatória na formação de preços²⁰⁶.

O que se constatou, portanto, na maioria dos casos, não foi exatamente o desaparecimento da regulação; mas sim a substituição de uma regulação focada nas tarifas, por uma regulação em busca da ampliação da concorrência, em geral destinada a garantir o compartilhamento de infraestruturas, aproximando-se, cada vez mais, de uma regulação concorrencial, como observa Edythe Miller²⁰⁷:

A desregulamentação e a descentralização são equiparadas à concorrência, independentemente das condições de mercado. Por exemplo, a conclusão em 1982 do processo antitruste contra a AT&T, que desfez as empresas operacionais locais, foi amplamente anunciada como "pró-competitiva" porque estava efetivamente promovendo uma desintegração. A legislação do setor elétrico recente é saudada por ser desregulamentadora e, portanto, percebida como competitiva. As decisões de limite de preços da Comissão Federal de Comunicações (FCC) e de muitas agências estaduais são vistas como promotoras do avanço da concorrência, porque eliminam ou corroem a regulamentação tradicional da taxa de retorno (ROR) e preveem a "flexibilidade" dos preços. Uma recente decisão da Califórnia de "rodar" aumentando o acesso direto nos mercados de eletricidade foi anunciada como "um passo crucial... para uma desregulamentação mais ampla da indústria" e, portanto, para a realização da "concorrência direta" (Pasztor e Kansas 1994, A13). Em cada um desses casos, o status alterado é exaltado independentemente da relativa força de mercado das partes afetadas. No entanto,

²⁰⁵ "(...) *more competitive market structures often arise from technological innovation or shifting patterns of consumer demand*". (SHELANSKI, Howard. The case for rebalancing antitrust and regulation. **Michigan Law Review**, vol. 109, nº 5. Michigan: The Michigan Law Review Association, mar. 2011, p. 728)

²⁰⁶ "*Recently, however, disruptions in gas and electrical utility markets have caused regulators to reassess this approach. After closer examination of utility markets indicated the potential for at least some competition, the government created 'governmental markets' for utility sales. The term 'government markets' indicates a situation in which, through a statutory regulatory scheme, the government attempts to improve a market by changing its structure.*" (TOMAIN, Joseph P. e SHAPIRO, Sidney A. Analyzing government regulation. **Administrative Law Review**, vol. 49, nº 2. Chicago: American Bar Association, 1997, p. 404)

²⁰⁷ "*Deregulation and decentralization are equated with competition, irrespective of market conditions. For example, the 1982 resolution of the antitrust suit against AT&T, divesting the local operating companies, was widely heralded as "pro-competitive" because it was disintegrating in effect. Recent energy legislation is hailed because it is deregulatory and therefore perceived as competitive. The price cap decisions of the Federal Communications Commission (FCC) and many state commissions are viewed as advancing competition because they eliminate or erode traditional rate-of-return (ROR) regulation and provide for price "flexibility". A recent California "wheeling" decision increasing direct access in electricity markets is proclaimed "a crucial step... to wider deregulation of the industry" and therefore to the achievement of "direct competition" (Pasztor and Kansas 1994, A13). In each of these cases the changed status is extolled irrespective of the relative market strength of affected parties. Yet market flaws remain; they have not, as if by some stroke of these magical pens, been dissipated.*" (MILLER, Edyth S. Is the Public Utility Concept Obsolete? **Land Economics**, vo. 71, nº 3, Social Control of Private Power: The Past and Future of Public Utility Regulation. Madison: University of Wisconsin Press, ago. 1995, p. 273.)

as falhas de mercado permanecem; eles não são, como que por algum golpe de varinha mágica, dissipadas.

Como menciona Prosser, mesmo que a situação de monopólio desapareça, uma nova missão se apresenta para a regulação estatal, que se converte em uma regulação para a competição, voltada para preservar o ambiente competitivo e se assegurar de que os sinais e incentivos fornecidos por esse novo mercado em construção estejam desenhados de modo a alcançar os objetivos almejados²⁰⁸:

(...) a regulação não cessa com o fim do monopólio. Um elemento inesperado na regulação de *utilities* no Reino Unido foi a nova tarefa assumida pelos reguladores, de uma regulação para a concorrência, o que se obtém, por exemplo, através da liberalização dos mercados domésticos de energia, cujo alcance depende de vencer as grandes resistências impostas pelas empresas regulamentadas. Setores em que novos mercados foram criados normalmente são aqueles em que houve forte pressão regulatória para vencer as resistências das empresas reguladas. Além disso, a criação de mercado também envolve a criação de uma subestrutura de regras e outros dispositivos institucionais e normativos. Alguns deles são constitutivos de mercado no sentido de que não podemos prever um mercado sem eles; outros são projetados para criar um campo de jogo de nível proverbial, como as proibições contínuas de preferência indevida ou discriminação indevida por uma empresa dominante. A regulação tem, portanto, um papel importante na criação do mercado; e não é meramente temporário, pois essas regras e outras normas pró-competitivas precisam de policiamento contínuo. Há vantagens nisso sendo empreendidas por reguladores setoriais especializados que conhecem suas empresas mais intimamente do que poderia uma autoridade geral de concorrência, especialmente quando a operação das autoridades de concorrência é assistida por tantos problemas quanto no Reino Unido;

(...) o crescimento da regulação dos preços para a concorrência não contradiz a visão da regulação que insiste em sua lógica econômica na promoção da eficiência alocativa; nesta visão, a regulamentação da concorrência serve para promover e policiar os mercados livres que são a melhor maneira de garantir tal eficiência.

²⁰⁸ “(...) *regulation does not cease with the end of monopoly. One unexpected element in UK utility regulation is the extent to which the regulators have taken on a new task, that of regulation for competition, for example through liberalising the domestic energy markets have only been created through constant regulatory foot-dragging by regulated companies. Moreover, market where the new markets have only been created through constant regulatory pressure in the face of foot-dragging by regulated companies. Moreover, market creation also involves creating a substructure of rules and other institutional and normative devices. Some of these are market-constitutive in the sense that we cannot envisage a functioning market without them; others are designed to create proverbial level playing field, such as the continuing prohibitions of undue preference or undue discrimination by a dominant firm. Regulation thus has an important role on market creation; and it is not merely temporary, for these rules and other pro-competitive norms need continuing policing. There are advantages in this being undertaken by specialist sectoral regulators which know their firms more intimately than could a general competition authority, especially where the operation of the competition authorities is attended by as many problems as it is in the UK;*

(...) *the growth of price regulation for competition does not contradict the view of regulation which insists on its economic rationale in the promotion of allocative efficiency; on this view regulation for competition serves to promote and police the free markets which are the best way of securing such efficiency.*” (PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. **The Modern Law Review**, vol. 62, nº 2, Wiley, mar. 1999, p. 197. Vide também TOMAIN, Joseph P. e SHAPIRO, Sidney A. Analysing government regulation. **Administrative Law Review**, vol. 49, nº 2. Chicago: American Bar Association, 1997, pp. 403 e seguintes e SHELANSKI, Howard. The case for rebalancing antitrust and regulation. **Michigan Law Review**, vol. 109, nº 5. Michigan: The Michigan Law Review Association, mar. 2011, pp. 685 a 687 r 725 e seguintes.)

De se notar, também, que, além das falhas de mercado, tão relevantes no desenvolvimento do direito regulatório norte-americano, esses serviços prestados pelas *public utilities* se revestem de um caráter de essencialidade. Esse aspecto é, sem dúvida, mais valorizado e debatido no desenvolvimento dos sistemas de origem francesa, dos contratos de concessão, provavelmente a razão pela qual nesses sistemas a onda de desregulação, embora também tenha demonstrado força, não se revestiu de tanto arroubo²⁰⁹. De todo modo, também se reconhece sua importância na regulação das *public utilities*, especialmente por parte da escola econômica institucionalista, podendo-se identificar essa como uma das razões pelas quais nunca se abandonou completamente a regulação estatal dessas atividades²¹⁰:

(...) como os economistas institucionalistas há muito reconheceram, uma *public utility* não é apenas um negócio, com apenas interesses comerciais "de linha de fundo" para avançar. As *public utilities* produzem um serviço público essencial e operam sob uma franquia pública única. Tais empreendimentos sustentam, além das prerrogativas privadas, obrigações de franquia de interesse público para devolver algo à comunidade.

Assim como no regime dos contratos de concessão, do direito administrativo de origem francesa, também a regulação das *public utilities*, embora nem sempre o tenha como um elemento central, é informada por princípios como a da universalização desses serviços de interesse público, como um fator importante de coesão social²¹¹:

²⁰⁹ "Within the European Union a similar debate is taking place with the liberalization of utility markets, especially telecommunications. Utility regulation has also been controversial worldwide; in the United States, long regarded as its natural home, the relationship between deregulation and new regulatory techniques is now being reconsidered and many of the problems faced earlier in the UK about how to liberalize markets are being faced within a culture which has given a much greater role to identifiable regulatory institutions. Finally, many other countries (for example in Central Europe) are, as the result of their privatization programmes, having to grapple with the creation of regulatory institutions in cultures not necessarily sympathetic to the concept of relatively independent agencies." (PROSSER, Tony. Theorizing utility regulation. **The Modern Law Review**, vol. 62, nº 2, Wiley, mar. 1999, p. 196)

²¹⁰ "(...) as institutional economists long have recognized, a public utility is not solely a business, with only "bottom line" business interests to advance. Public utilities produce an essential public service and operate under a unique public franchise. Such enterprises sustain, in addition to private prerogatives, public interest franchise obligations to return something to the community." (MILLER, Edyth S. Is the Public Utility Concept Obsolete? **Land Economics**, vo. 71, nº 3, Social Control of Private Power: The Past and Future of Public Utility Regulation. Madison: University of Wisconsin Press, ago. 1995, p. 283.)

²¹¹ "In the case of utilities, social regulation has normally, though not exclusively, taken form of supporting universal service; for example in telecoms, '[t]he concept of universal service is based on the premise that telecommunications services now play such fundamental role in our society that all people, wherever and wherever they are, must have access to a certain basic level of telecommunications facilities and services if they are to participate fully in modern society'. This has influenced tariff setting through the encouragement of light user tariffs; it has also formed the basis for rules in the liberalized domestic energy markets to prevent cream-skimming' which would leave the poor with existing suppliers whilst the rich can benefit from competition and lower prices. Moreover, rather than representing isolated interventions in otherwise competitive markets certain social norms for example those setting limits to 'cream-skimming', are actually constitutive of the markets themselves though defining their limits. Despite early expectations otherwise, utility services, like broadcasting, cannot be regarded as ordinary commodities but have an essential role in social cohesion and this has resulted in further tasks for the regulators, as is once more recognized in the review." (PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. **The Modern Law Review**, vol. 62, nº 2, Wiley, mar. 1999, p. 198.)

No caso das *utilities*, a regulação social tem normalmente, embora não exclusivamente, se concentrado na universalização do serviço; por exemplo, nas telecomunicações, "o conceito de serviço universal baseia-se na premissa de que os serviços de telecomunicações agora desempenham um papel tão fundamental em nossa sociedade que todas as pessoas, quem quer que sejam e onde quer que estejam, devem ter acesso a um certo nível básico de instalações e serviços de telecomunicações se quiserem participar plenamente na sociedade moderna". Isso influenciou a definição tarifária através do incentivo às tarifas de pequenos usuários; também formou a base para regras nos mercados de energia doméstica liberalizados para evitar o *cream-skimming*, em que os pobres permanecem com os fornecedores existentes, enquanto os ricos podem se beneficiar da concorrência e dos preços mais baixos. Além disso, em vez de representar intervenções isoladas em mercados competitivos, certas normas sociais, por exemplo, aquelas que estabelecem limites para o "*cream-skimming*", são, na verdade, constitutivas dos próprios mercados, embora definindo seus limites. Apesar das expectativas iniciais, *utility services*, como a radiodifusão, não podem ser considerados como *commodities* comuns, mas têm um papel essencial na coesão social e isso resultou em outras tarefas para os reguladores, como é mais uma vez reconhecido.

Ocorre que essa nova e poderosa onda liberal se espalhou por todo o mundo, influenciando marcadamente diversos países, inclusive aqueles com instituições típicas do direito administrativo de raiz francesa, especialmente em razão dos influxos do direito comunitário europeu, que abraçou claramente os valores liberais e provocou, aos poucos, uma harmonização entre as tradições jurídicas romano-germânicas e anglo-saxãs, como se verá adiante, no capítulo 3.4. Na América Latina, e mais especificamente no Brasil, embora um pouco mais tardiamente, a onda neoliberal também chegou especialmente a partir da segunda metade da década de 90, quando foram promovidas importantes experiências de desestatização e privatização de empresas estatais, inclusive as prestadoras de serviços públicos.

Como já demonstrado, no entanto, o que se tem designado como desregulação foi mais propriamente um fenômeno de reforma da regulação, que passou a ter novas missões e se valer de novas metodologias. Nesse sentido, essa onda de desregulação acabou se tornando um marco histórico para as interrelações entre a regulação tipicamente anglo-saxã das *public utilities* e a regulação pela via dos contratos de concessão de serviço, público de origem francesa. Embora as finalidades e principais objetivos perseguidos, de um lado e de outro, tenham sido sempre muito semelhantes, os caminhos tomados para alcançá-los sofreram uma notada bifurcação, especialmente a partir do momento em que se desenvolveu a regulação por agência nos países de tradição anglo-saxã.

A preocupação com a introdução da concorrência em setores regulados e o importante papel que as agências reguladoras passaram a desempenhar com esse propósito acabaram fazendo com que a experiência norte-americana de regulação por agências se alastrasse, influenciando os ordenamentos internos de outros países, muitos dos quais adeptos da regulação contratual, como o Brasil, dando lugar, então, a um novo sistema de regulação

contratual por agência que, sem abrir mão dos mecanismos contratuais, passou a incorporar os instrumentos regulatórios a disposição das agências reguladoras. Esse quadro foi bastante bem delineado por Alberto Gallardo²¹², referindo especialmente ao setor elétrico na Espanha:

Em primeiro lugar, a regulamentação como construção do direito europeu continental diz respeito a qualquer atividade geral de elaboração de regras legais destinadas, no nosso caso, a fornecer status legal ao sistema elétrico. Como tal, a regulamentação tem sido utilizada como instrumento de intervenção do setor energético, desde muito cedo pelo Estado, para impor impostos sobre uma atividade que se observava como muito lucrativa, para proteger os consumidores, criar normas de segurança e regular aspectos relacionados à implantação de redes de transporte no território. Logo, o surgimento do serviço público, condiz com a regulamentação (como a criação de normas legais) para a criação de um estatuto consolidando a posição de pré-eminência do Estado que foi concedida um conjunto de prerrogativas sobre a indústria elétrica, dada a natureza essencial que seu abastecimento rapidamente adquiriu. Esse senso tradicional de regulação sobreviveu na Europa continental desde o nascimento da atividade energética até o final do século XIX e durante o século XX.

Um segundo conceito de regulação começou a ser utilizado a partir da década de 1980, e desde então tem se enraizado no acervo jurídico dos serviços econômicos essenciais em um ambiente de liberalização. Nesse escopo mais inovador, oriundo da lei anglo-saxã, a atividade regulatória em vez de fazer regras é voltada para o monitoramento, fiscalização e controle, que agora não cabe diretamente à Administração Geral do Estado, mas por órgãos técnicos independentes, que monitoram setores econômicos específicos em um ambiente liberalizado e de mercado.

²¹² “En primer lugar, la regulación como construcción del Derecho europeo continental está referida a toda actividad general de elaboración de reglas jurídicas destinadas, en nuestro caso, a proporcionar un estatuto jurídico al sistema eléctrico. Como tal, la regulación ha sido utilizada como instrumento de intervención del sector energético, desde muy temprano por el Estado, para establecer impuestos a una actividad que se observaba como muy lucrativa, proteger a los consumidores, crear normas de seguridad, y regular aspectos relativos a la implantación de las redes de transporte en el territorio. Pronto, la irrupción del servicio público, condicionó la regulación (como creación de reglas jurídicas) hacia el establecimiento de un estatuto que consolidara la posición de preeminencia del Estado que se adjudicaba un conjunto de prerrogativas sobre la industria eléctrica, dado el carácter esencial que su suministro rápidamente adquirió. Este sentido tradicional de la regulación pervivió en la Europa continental desde el nacimiento de la actividad energética hasta finales del siglo XIX y durante el siglo XX.

Una segunda acepción de regulación comienza a ser utilizada a partir los años 80, y desde entonces se arraiga en el acervo jurídico de los servicios económicos esenciales en un entorno de liberalización. En este alcance más innovador, proveniente del Derecho anglo sajón, la actividad reguladora más que a la elaboración de normas está orientada a la labor de vigilancia, inspección y control, que ahora no recae directamente en la Administración General del Estado, sino en organismos técnicos independientes, que supervigilan sectores económicos concretos en un entorno liberalizado y de mercado.

La regulación se impone como instrumento de intervención en aquellos Estados que promueven la liberalización de las public utilities. La vigilancia y control del correcto funcionamiento de mercados competitivos pasa a manos de las regulatory agencies, organismos de la Administración, de carácter independiente y eminentemente técnico. Hablamos ahora de la regulación como nuevo instrumento de intervención pública o elemento transformador del Derecho Administrativo.

Este modelo anglosajón de intervención administrativa es rápidamente replicado por la Comunidad Europea, y se expresa en el retraimiento del Estado en la gestión de actividades económicas de interés general, en favor de las empresas privadas, y en el fomento de mercados competitivos para estas actividades. En materia energética, el primer paso que da la Comunidad hacia la liberalización de los mercados eléctricos nacionales de los Estados miembros (con vistas a la configuración de un mercado interior de la electricidad), se plasma en la relevante Directiva 96/92/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que desvela, sin ambigüedades, el modelo energético que la Comunidad Europea desea para los Estados miembros y para sí misma.” (GALLARDO, Alberto Olivares. Libre mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n 1. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, jan. 2014, p. 210 e 211.)

A regulação é imposta como instrumento de intervenção nos Estados que promovem a liberalização dos serviços públicos. O monitoramento e o controle do bom funcionamento dos mercados competitivos são passados para as mãos de agências reguladoras, agências da Administração, independentes e eminentemente técnicas. Falamos agora da regulação como um novo instrumento de intervenção pública ou um elemento transformador do direito administrativo.

Este modelo anglo-saxão de intervenção administrativa é rapidamente replicado pela Comunidade Europeia, e expressa-se na retirada do Estado na gestão de atividades econômicas de interesse geral, em favor das empresas privadas e na promoção de mercados competitivos para essas atividades. Em matéria de energia, o primeiro passo da Comunidade para a liberalização dos mercados nacionais de eletricidade dos Estados-Membros (com vistas à criação de um mercado interno de eletricidade) reflete-se na legislação pertinente 96/92/CE sobre as regras comuns para o mercado interno de eletricidade, que revela, inequivocamente, o modelo energético que a Comunidade Europeia quer para os Estados-Membros e para si mesma.

Por outro lado, após o *New Deal*, havia se fortalecido nos Estados Unidos, como visto, a alternativa da propriedade pública das *public utilities*, que passaram a ser dirigidas diretamente por entes estatais. Evidentemente, nesses casos, o debate regulatório acabou perdendo proeminência, pois diminuía a importância da regulação, uma vez que o governo controlava diretamente a própria gestão da empresa. Após a onda de desregulação, contudo, houve um vasto programa de privatização dessas empresas estatais e, como a sua venda se fazia sempre por meio de contratos, aproveitava-se a oportunidade para disciplinar vários aspectos, de natureza nitidamente regulatórios. Voltava a ganhar espaço, portanto, nos Estados Unidos, a regulação contratual, como bem observa Prosser²¹³:

A primeira teoria ou modelo é aquela que sustenta o projeto básico da regulação de *utility* no Reino Unido; é a regulação como forma de contrato bilateral entre regulador e empresa regulamentada dominante, sendo esta última na prática a empresa privatizada após ter se beneficiado de um monopólio legal. O conceito de tal contrato parece ter subestimado grande parte do desenho institucional adotado através da criação de um modelo no qual a empresa é privilegiada sobre outros interesses que podem ser afetados por decisões regulatórias.

A desilusão com o setor privado havia criado o ambiente propício para a expansão da atividade estatal. Após os anos 70, a reação ao período intervencionista pós *New Deal* foi especialmente acentuada nos Estados Unidos, unindo democratas e republicanos em uma cruzada pela desregulação e introdução de práticas competitivas em todos os setores. De Harrison Ford a Nixon, passando por Jimmy Carter, todas as administrações apostaram na redução da máquina pública e no aumento das atividades deixadas para a iniciativa privada. O

²¹³ “The first theory or model is that which underlay the basic design of utility regulation in the UK; it is that of regulation as a form of bilateral contract between regulator and dominant regulated firm, the latter being in practice the enterprise being privatized after having benefited from a legal monopoly. The concept of such a contract seems to have underlain much of the institutional design adopted through creating a model in which the firm is privileged over others interests which may be affected by regulatory decisions.” (PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. **The Modern Law Review**, vol. 62, n° 2, Wiley, mar. 1999, p. 200.)

governo do Presidente Reagan foi especialmente dedicado a afastar o Estado de certas atividades, assim como o período da administração de Bill Clinton buscou introduzir na administração pública práticas mais inspiradas na iniciativa privada, sob o argumento de que empresas privadas eram muito mais eficientes do que instituições públicas²¹⁴.

A diminuição das estruturas administrativas do Estado foi intensificada durante o governo de Georges W. Bush, que reduziu sensivelmente o número de servidores públicos. Isso levou a que, especialmente após o trágico evento de 11 de setembro de 2001, o governo precisasse contar cada vez mais com a iniciativa privada, inclusive contratando empresas para a realização de atividades tipicamente desempenhadas diretamente pelos Estados, como o apoio a operações militares, segurança nas embaixadas, treinamentos militares, administração de presídios e, até mesmo, operação direta de equipamentos bélicos, realização de interrogatórios, realização de expedições militares com forças privadas, gestão dos depósitos de armas nucleares, incluindo outras atividades como a análises de pedidos de visto, a certificação de práticas ambientais, a reconstrução de infraestruturas urbanas e serviços diversos de logística dirigidos aos cidadãos.

Essa terceirização (*outsourcing*) de atividades governamentais típicas — claramente identificável a partir das guerras no Iraque e Afeganistão, assim como no socorro às vítimas do furacão Katrina na Luisiana — tem sido associadas por alguns a uma nova forma de governar, por meio de contratos firmados com a iniciativa privada e não mais pelo uso de estruturas administrativas públicas, ou simplesmente, “governar por contrato” (*governing by contract*). Nesses casos, no entanto, o governo contrata uma empresa para desempenhar a atividade que lhe cabe, pagando-lhe a remuneração devida²¹⁵.

²¹⁴ “*After the Great Depression, widespread disillusionment with the private sector led to popular support for entrusting public institutions with greater responsibilities, and the government grew dramatically. By the late 1970s, however, the pendulum had swung in the other direction: there was newfound enthusiasm for private markets and competitive practices. Indeed, both the Ford and the Carter administrations, building on initiatives begun by President Nixon, took significant steps to deregulate industry and introduce market competition. In the 1980 presidential campaign, Ronald Reagan ran on an explicit agenda of downsizing a wasteful and bloated public sector. (...) In the 1990s, the Clinton administration sought to ‘reinvent government’ largely by shrinking the federal workforce and infusing it with private-sector methods and metrics. (...)*” (FREEMAN, Jody e MINOW, Martha. Introduction In: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 9)

²¹⁵ “*(...) for most of the nineteenth and twentieth centuries, public reliance on private actors proceeded largely through indirect means. Federal and state governments offered subsidies to private actors to encourage enterprises to enhance general welfare. Public charters and municipal corporations straddled the public-private divide in the eighteenth and nineteenth centuries, and even the private corporation held charters calling for public benefits, imbuing the private sphere with public-mindedness. In contrast, the government now uses contracts with private providers to accomplish tasks specified by government. Whereas government in the past pursued the public interest by organizing and subsidizing private initiatives, contemporary outsourcing adopts private provision, measured by private measures of performance and efficiency even when pursuing public ends,*

Não é desse tipo de serviço que se cuida nesta tese, que se dedica ao estudo dos contratos em que o Estado transfere ao particular a prestação de serviços que serão prestados diretamente ao cidadão e pagos pelos usuários, por meio da cobrança de tarifas. Os dois fenômenos, no entanto, se associam em um mesmo momento histórico: a regulação de certas atividades pelo uso de contratos e agências reguladoras que se incumbem de fiscalizar sua execução e a contratação de empresas privadas para realizar diretamente, por terceirização, funções típicas estatais.

Como se vê, após a bifurcação dos anos 30, os caminhos da regulação por contratos de concessão e da regulação das *public utilities* voltavam a se encontrar em um ambiente de regulação contratual por agência que se forma em países marcados pela tradição dos serviços públicos e dos contratos de concessão, os quais passam a adotar também agências regulatórias para cuidar de determinados aspectos de regulação. Do mesmo modo, nos Estados Unidos, onde a regulação por agência, aqui e ali, passa a lançar mão de contratos, formais ou presumidos, para resolver problemas associados à atribuição de certas condições ao empreendedor privado em épocas de privatização ou para engajar particulares em atividades regulatórias das quais o Estado pretende se afastar (*regulating by contract*).

Para tornar a comparação mais clara, o próximo capítulo será dedicado ao desenvolvimento da estratégia de regulação por contrato, especialmente na França, no que se refere à delegação dos serviços públicos a empresas privadas. Como se verá, o conceito de serviço público, típico do direito administrativo francês, incorpora as atividades tipicamente desempenhadas pelas *public utilities* e os objetivos do Estado em regular tais atividades são muito semelhantes em um ou outro sistema jurídico.

such as environmental protection, public safety, and military logistics. (...) toward the end of the twentieth century and the start of twenty-first, federal and state governments have relied heavily on ongoing contracts with private providers for a much broader range of government functions, making contract the primary mechanism of government action, and arguably government's most important means of control over the provision of public services." (FREEMAN, Jody e MINOW, Martha. Introduction In: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 6 e 7)

3. O serviço público “à francesa”

3.1. A Revolução francesa e o surgimento do direito administrativo na França

Apesar de um dos grandes lemas das revoluções burguesas ter sido exatamente a necessidade de limitar o exercício do poder político e reparti-lo por Poderes independentes e harmônicos, quando a força revolucionária assumiu o comando do Estado, após a decapitação de Luiz XVI, passou a se incomodar intensamente com algumas das restrições que havia defendido anteriormente, quando não tinha acesso ao poder.

Um dos principais desconfortos dos revolucionários franceses era causado pelos membros do Poder Judiciário, oriundos das estruturas do Antigo Regime, em relação aos quais nutriam muita desconfiança. O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já deixava clara a necessidade de estabelecer uma separação de poderes²¹⁶, condenando a sua concentração nas mãos do rei. A Constituição francesa de 1791, posteriormente, estabeleceu que caberia ao rei apenas o exercício do poder executivo²¹⁷ e atribuiu uma série de poderes à Assembleia Nacional, dominada pelos revolucionários. Aos juízes eram asseguradas uma série de prerrogativas, mas a Constituição dispunha claramente, no artigo 3, capítulo V, do título III²¹⁸, que não poderiam se imiscuir no exercício do poder legislativo, suspender a execução de leis, nem interferir no exercício da função legislativa. Vedava, ainda, a citação dos administradores públicos para responderem perante qualquer juiz pelo exercício de suas funções²¹⁹.

O evidente conflito com os membros do Poder Judiciário de então levou os revolucionários ao desmonte da sua estrutura. Mesmo antes da aprovação do texto constitucional, a Assembleia Nacional já iniciou, a partir de 1790, a aprovação de várias leis

²¹⁶ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789**: “Art. 16 - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*). Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Consultado em 26 de março de 2019.

²¹⁷ O título III da Constituição francesa de 1791 é dedicado aos poderes públicos. O capítulo I trata da Assembleia Nacional, o capítulo II da realeza (já que a decapitação de Luiz XVI, que pôs fim à monarquia somente veio a ocorrer em 1793) e os capítulos III, IV e V, dedicados respectivamente ao exercício dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

²¹⁸ FRANÇA. **Constituição de 1791**. “Article 3. - *Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*”

²¹⁹ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 35.

estendendo o período de férias e, posteriormente, extinguindo as diversas estruturas judiciais existentes e substituindo-as por outras ou esvaziando significativamente o seu poder, como ocorreu com o Conselho do Rei (*Conseil du Roi*), que foi mantido, embora com poderes bastante reduzidos²²⁰.

Katia Weidenfeldt relata que nesse período inicial da revolução houve bastante polêmica em relação à questão, havendo quem defendesse a conveniência de se reformar o Poder Judiciário, mas manter a unidade da jurisdição, de modo que os juízes pudessem controlar a atuação dos agentes administrativos, especialmente quanto à função coletora de tributos²²¹. Alguns projetos instituindo tribunais administrativos chegaram a ser apresentados e rejeitados pela Assembleia no curso do ano de 1790.

Por fim, prevaleceu a tese — que teve em Robespierre um de seus maiores defensores — de que um tribunal judiciário ordinário não poderia jamais dispor sobre a validade de um ato administrativo²²², extraíndo-se tal assertiva de uma singular leitura do princípio da separação de poderes, segundo a qual o Poder Judiciário não poderia julgar a Administração, pois isso significaria invadir suas competências. Foi, então, aprovada a Lei de 16-24 de agosto de 1790, com o seguinte comando: “*Os juízes não podem intervir de modo algum nas operações dos corpos administrativos*”, confirmado pela Constituição de 1791 e reafirmado pela lei de 16 fructidor do ano III (3 de setembro de 1795), que assim versava: “*É proibido aos tribunais conhecer os atos da administração, qualquer que seja a sua espécie, sob as penas da lei*”²²³.

Foi, então, com base nessa assertiva, de que julgar a administração ainda é administrar, que se instituiu na França um contencioso administrativo pós-revolucionário²²⁴, ainda que nesse primeiro momento não se tenha instituído propriamente uma estrutura composta de tribunais especializados. Prevaleceu, então, o que se veio a denominar sistema do administrador-julgador, por meio do qual as administrações locais eram comandadas por

²²⁰ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 36.

²²¹ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 38.

²²² “*Éclairés par l’attitude souvent réactionnaire des parlements de l’Ancien Régime, les révolutionnaires marquèrent, dès les premiers mois de la révolution, leur volonté de faire échapper l’action publique aux tribunaux ordinaires, c’est-à-dire aux tribunaux judiciaires.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2^a ed. Paris: PUF, 2007, p. 107)

²²³ BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2^a ed. Paris: PUF, 2007, p. 107.

²²⁴ “*Pour autant, la loi ne règle pas le sort du contentieux administratif. Dans l’esprit des Constituants, la séparation des pouvoirs n’implique en effet pas par elle-même la dualité des ordres de juridiction. Néanmoins, le problème du contentieux administratif n’est pas complètement indéterminé au moment de l’adoption de la loi des 16-24 août 1790.*” (WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 39)

órgãos colegiados, compostos por membros eleitos pela população, que além de administrar, também resolviam os eventuais contenciosos dos cidadãos com as autoridades públicas²²⁵. Cabia-lhes governar os seus respectivos departamentos e distritos sob a autoridade e supervisão do rei que, como titular do poder executivo supremo (artigo 1 do cap. IV do tit. III da Constituição francesa de 1791) tinha a prerrogativa de anular seus atos (artigo 5 da seção II do cap. IV do tit. III da Constituição francesa de 1791).

Assim, a partir de então, os casos que envolvessem a Administração Pública não poderiam mais ser julgados pelo Poder Judiciário e deveriam ser submetidos ao próprio Poder Executivo. O Conselho de Estado (*Conseil d'État*), no entanto, só surgiu após o golpe de 18 Brumário, que levou ao poder Napoleão, como primeiro-cônsul, quando da promulgação da Constituição de 22 frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799)²²⁶. Suas competências variaram muito ao longo do tempo, por vezes com ênfase em funções consultivas e, em outros períodos, exercendo um controle mais efetivo da atividade administrativa. Chegou a ser dissolvido em alguns períodos e, em outros, lhe foi atribuída a própria função de decidir quanto a eventuais conflitos entre as jurisdições civil e administrativa, função transferida posteriormente ao Tribunal de Conflitos²²⁷.

Com o advento da IIIª República, em 1870, o Conselho de Estado foi dissolvido e substituído por uma Comissão provisória, que durou vinte e três meses até a promulgação da lei de 24 de março de 1872, que reinstalou um Conselho de Estado reformulado e o afirmou definitivamente como tribunal administrativo de máxima instância do contencioso administrativo francês, com justiça delegada e total independência frente à jurisdição civil²²⁸.

²²⁵ “Les lois votées par la Constituante à partir de l’été de 1790 confirment l’exclusion de la solution juridictionnelle (comme celle de l’absence de recours) au profit du système de l’administrateur-juge. Comme explique Pezous, dans un mémoire distribué à ses collègues de l’Assemblée le 5 août 1790, cette solution obéit à un impératif d’efficacité dans un contexte de défiance à l’égard de la fonction judiciaire: “Vous avez sagement établi, dans chaque district, un directoire de huit membres, et dans chaque district, un directoire de quatre membres. Ces directoires, composées d’hommes choisis par le peuple, pour un temps très court, et toujours en activité, doivent conduire toutes les affaires de l’administration. Pourquoi ne videraient-ils pas les affaires contentieuses qui en dépendent (...)? Le comité veut que les affaires soient jugées sans frais et sur simples mémoires. Les administrateurs sont sans doute plus propres que des juges à vider les différends avec ce dégagement de tout l’appareil de la chicane”. (WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 40)

²²⁶ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, pp. 46 e 47.

²²⁷ FLAMENT-GUELFUCCI, Emmanuelle e CHAVE, Isabelle. **Guide de recherche dans les archives du Conseil d’État**. Paris: Direction de l’information légale et administrative, 2018, pp. 53 a 55.

²²⁸ “Les compétences de l’institution en matière contentieuse sont affirmées par la loi de 1872. L’article 9 consacre de manière définitive de système de la justice déléguée, disposant que ‘le Conseil d’État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d’annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives.” (FLAMENT-GUELFUCCI, Emmanuelle e CHAVE, Isabelle. **Guide de recherche dans les archives du Conseil d’État**. Paris: Direction de

Finalmente, após o julgamento do caso *Cadot*²²⁹ foi abandonada por completo a teoria do ministro-juiz, a qual impunha que — a não ser diante de uma determinação expressa da lei de apreciação direta pelo juiz administrativo — qualquer controvérsia quanto à atuação da Administração Pública deveria ser submetida inicialmente às autoridades superiores e apenas após a decisão do ministro responsável poderia ser submetida à apreciação de um juiz administrativo. Após o caso *Cadot*, passou-se a reconhecer o direito dos cidadãos de levarem diretamente aos tribunais administrativos os seus casos contra a Administração²³⁰.

É curioso observar que a duplicidade de jurisdição, consolidada após a revolução francesa, tem raízes bastante mais antigas, que podem ser encontradas na Idade Média, onde os senhores exerciam sua “jurisdição” sobre os servos e aqueles que se encontravam no território do feudo. Esse poder de jurisdição era então compreendido como o direito de governar e de julgar, não havendo, naquela época, distinção entre tais funções²³¹.

Posteriormente, com o fortalecimento da figura dos reis, foram sendo criados tribunais especializados para a apreciação de questões técnicas ligadas à atividade administrativa do governo, como as cortes de contas (*chambres des comptes*) ou a câmaras monetárias (*chambres des monnaies*), composta por agentes da *curia regis*, que passavam a se especializar nesses assuntos²³² e, posteriormente, os intendentos reais e o Conselho do rei (*Conseil du roi*)²³³. Tal especialização chegou ao ponto em que o rei Luiz XIII proclamou, por meio do decreto de Saint-Germain-en-Laye, de 1641, que as instâncias ordinárias do poder

l'information légale et administrative, 2018, p. 94). Vide também MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, vol. 189, jul./set. 1992, p. 102.

²²⁹ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Cadot**, nº 66145, julgado em 13 de dezembro de 1889 e publicado no *recueil Lebon*.

²³⁰ FLAMENT-GUELFUCCI, Emmanuelle e CHAVE, Isabelle. **Guide de recherche dans les archives du Conseil d'État**. Paris: Direction de information légale et administrative, 2018, p. 96.

²³¹ “*Au Moyen Âge, administration et justice se confondent dans une large mesure. (...) Aux XI^e e XII^e siècles, les seigneurs et leurs agents, jusqu'au roi, règlent les multiples contestations qui naissent de l'exercice de leurs pouvoirs. Ils sanctionnent les serfs ou les routiers qui ne rendent pas à la convocation au guet ou à l'ost; ils répriment les contraventions aux mesures qu'ils prennent pour réglementer l'exploitation des terres, la fabrication des objets ou le commerce des denrées; ils assurent le respect des monopoles liés aux moulins ou aux fours banaux. (...) Le droit savant conforte d'ailleurs cette confusion. Dès les années 1160, le canoniste français Étienne de Tournai démontre que la juridiction (jurisdictio) n'est pas seulement le pouvoir de juger. Le pouvoir de 'dire le droit' incorpore celui d'administrer et gouverner (...)*” (WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 8)

²³² WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 11.

²³³ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 18 a 21.

judiciário (*parlements*) ficavam proibidas de conhecer de qualquer caso que envolvesse o Estado, sua administração ou seu governo²³⁴.

Embora não se possa pretender enxergar nesses precedentes uma verdadeira implantação ancestral da dualidade de jurisdição, pode-se imaginar que, de algum modo, essas experiências passadas tenham servido, ao menos, como fonte de inspiração para a separação de jurisdições²³⁵ que se aperfeiçoou com a atribuição de competência ao Conselho de Estado como tribunal administrativo de maior instância, inteiramente independente da Corte de Cassação, tribunal maior do Poder Judiciário, a quem incumbe apenas a jurisdição civil, sendo conferida a um Tribunal de Conflitos a prerrogativa de decidir, em caso de divergência, qual jurisdição (administrativa ou civil) deve se incumbir do julgamento de cada caso.

Antes da criação do Tribunal de Conflitos houve grande disputa entre o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa, com uma clara tendência — fortalecida pelos ventos liberais que sopravam fortemente — por parte dos tribunais civis de, a partir do ideal de um Estado mínimo, reconhecer um espaço muito limitado para a prática de atos administrativos que, por essa condição, deveriam atrair a competência do juiz administrativo. No Conselho de Estado prevaleceu, no primeiro momento, a tese de que sua competência seria atraída naqueles casos em que houvesse a condenação do Estado a pagar algo (teoria do Estado-devedor), consagrada no julgamento dos casos *Dupart* e *Legat*²³⁶, julgados respectivamente em 1844 e 1847.

²³⁴ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, p. 15.

²³⁵ “*Réceptacles d’une part importante du contentieux administratif, les intendants et le Conseil du roi sont souvent présentés comme des ancêtres du juge administratif. Le recours à une procédure écrite et inquisitoriale, offrant aux parties simplicité, rapidité et quasi-gratuité paraît annoncer le fonctionnement de la juridiction administrative moderne. Cette comparaison doit toutefois être maniée avec précaution. (...) Entre les mains des intendants, la séparation entre la justice et l’administration n’est qu’embryonnaire (...).*” (WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif**: du XIV^e siècle à nos jours. Paris: ed. Economica, 2010, pp. 23 e 24)

²³⁶ Esses casos são referidos por Adrien Brochard, em sua tese de doutoramento, dentre aqueles que revelavam a resistência do Conselho de Estado contra as frequentes tentativas da Corte de Cassação de aplicar à Administração Pública as disposições do Código Civil quanto à responsabilidade por seus atos: “*La Cour de cassation va, par trois fois, prononcer sur le fondement du Code civil des condamnations de l’État. Le Conseil résistera sur conflit à propos du contentieux des retards dans la distribution du courrier. Dans une décision du 8 août 1844 il affirme que «il appartient à l’autorité administrative de prononcer sur les demandes qui tendent à constituer l’État débiteur». (...) De nombreuses décisions révèlent l’opposition entre autorités judiciaire et administrative à propos de la responsabilité extracontractuelle de l’administration à la veille de la création du Tribunal des conflits. La théorie de l’État débiteur est à invoquée presque systématiquement par le Conseil d’État pour rejeter la compétence judiciaire mais les juges judiciaires maintiennent néanmoins leur jurisprudence, laissant le conflit ouvert sur cette question.*” (BROCHARD, Adrien. **Une histoire du Tribunal des conflits**: le Tribunal des conflits et la protection de l’administration. 2017. Tese (Doutorado em direito público) – Université Paris II – Panthéon-Assas, École doctorale Georges Vedel, Paris, 8 de dezembro de 2017, pp. 111 e 112)

A partir de 1855, com o julgamento do caso *Rotschild*, o Conselho de Estado consolidou a teoria do Estado-devedor como critério de atribuição de competência ao juiz administrativo, nos casos em que a Administração agisse exercendo as suas prerrogativas de “*puissance publique*”, ou seja, quando estivesse em jogo a soberania estatal²³⁷. Os julgamentos subsequentes dos casos *Vincent contre l'État* e *Préfet d'Ile-ey-Vilaine* deixaram clara a ideia de que a Administração Pública não pode estar submetida às mesmas regras aplicáveis aos particulares quanto à sua responsabilidade extracontratual²³⁸.

Com o tempo a teoria do Estado-devedor foi sendo abandonada e prevaleceu, na segunda metade do século XIX, a ideia de que os atos administrativos, a serem submetidos com exclusividade ao juiz administrativo, eram aqueles praticados pela Administração Pública revestida de “*puissance publique*”. Mesmo no caso *Rothschild*, apesar das afirmações do Conselho de Estado quanto às competências do juiz administrativo, não foi reconhecida a competência da jurisdição administrativa para julgar ação, proposta em razão de prejuízos causados pelos serviços de correio, pela falha na entrega da correspondência. Um dos pontos essenciais considerados foi o fato de não se tratar de uma prestação gratuita de serviço à população. A cobrança de tarifa demonstraria um interesse comercial e, portanto, deveria importar no reconhecimento da jurisdição civil para o julgamento do caso²³⁹. A doutrina, então, liderada por Jean-Léon Aucoc, sobretudo em suas “Conferências sobre a Administração e o direito administrativo na Escola Imperial de Ponts et Chaussées”, passou a reconhecer a possibilidade de duas classes de atos praticados pelo Estado: os atos de império, que atrairiam a competência da jurisdição administrativa e os atos de gestão, que permaneceriam submetidos à jurisdição civil²⁴⁰.

²³⁷ BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 109.

²³⁸ “*Le Conseil d'État va entreprendre de disqualifier le fondement avancé par le juge judiciaire. Dans son arrêt Rothschild du 6 décembre 1855*275, le Conseil explique que « la responsabilité de l'État en cas de faute, de négligence ou d'erreurs commises par un agent de l'administration (...) n'est ni générale, ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service : que, dès lors, l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure ». Cette solution a été répétée, sur conflit, en 1862 [caso Vincent] et en 1867 [caso Préfet d'Ile-ey-Vilaine]. Le point essentiel de ces solutions est le caractère variable de la responsabilité et de l'appréciation qui doit en être faite. C'est, selon le Conseil, ce qui empêche l'application des dispositions du Code civil. La décision de 1862 explique en effet que « cette responsabilité a ses règles spéciales qui ne sont pas les mêmes dans toutes les parties du service public ». L'idée est qu'il est finalement plus logique, plus pratique et donc nécessaire, de renoncer à l'application du droit commun. C'est l'existence même d'un droit exorbitant général qui est ainsi fondée.” (BROCHARD, Adrien. **Une histoire du Tribunal des conflits**: le Tribunal des conflits et la protection de l'administration. 2017. Tese (Doutorado em direito público) – Université Paris II – Panthéon-Assas, École doctorale Georges Vedel, Paris, 8 de dezembro de 2017, pp. 154 e 155)

²³⁹ GUGLIELMI, Gilles J. et alli. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 68 e 69.

²⁴⁰ Essa fase da jurisprudência francesa é bem retratada por Braconnier: “*La doctrine (...) va en effet, dans un premier temps, distinguer les actes d'autorité et les actes de gestion. Les premiers, qui manifestent la puissance publique et révèlent la 'puissance commandante' de l'État, sont des actes d'administration, qui relèvent, en*

Essa questão gerou muito polêmica. No caso *Rothschild*, apesar de ter sido reconhecida a competência da jurisdição civil, os serviços desempenhados pelos correios foram considerados como um serviço público tipicamente estatal. Anos antes, no entanto, a Corte de Cassação havia decidido, ao julgar o caso *Depeyre*, que não poderia ser considerada como serviço público a atividade, ainda que prestada pelo Estado, se houver cobrança de tarifa, que caracterizaria a gestão de um negócio privado. No caso *Periat*, o Tribunal de Conflitos também entendeu que a gestão de negócios ligados a um serviço público mantido pelo Estado é uma expressão de seu poder de império, não se confundindo essa situação com a mera gestão civil de negócios da pessoa de direito público²⁴¹.

A procura pelos melhores parâmetros para a definição das esferas de competência das jurisdições civil e administrativa sempre causou dissenso e deu ensejo a um longo rol de decisões com as mais distintas inclinações. Todavia, foi a consolidação de um contencioso administrativo estruturado e inteiramente independente da jurisdição civil, sem nenhum tribunal superior que pudesse harmonizar as decisões tomadas nessas diferentes esferas, que acabou propiciando o desenvolvimento de uma jurisprudência administrativa, liderada pelo Conselho de Estado, que se distinguiu notadamente daquela produzida pelo Poder Judiciário. A tendência, como se poderia esperar, foi no sentido de reconhecer prerrogativas para as autoridades estatais, diferenciar a ação do Estado daquela dos cidadãos comuns e reconhecer-lhe privilégios calcados no princípio, logo afirmado, de **supremacia do interesse público sobre o privado**. A existência dessas prerrogativas era, na verdade, o que justificava a própria existência da dualidade de jurisdições, com uma justiça administrativa instalada no seio do Poder Executivo e independente do Poder Judiciário.

A afirmação dessas prerrogativas públicas a serem exercidas unilateralmente em face dos particulares, mesmo nos casos em que há uma relação contratual entre eles, reconhecendo-se as **cláusulas extravagantes nos contratos administrativos**, foi uma das principais razões pelas quais, na França, nunca se deixou de usar os contratos de concessão — além de diversos outros tipos de conformação contratual — para a delegação dos serviços públicos.

conséquence, du juge administratif.” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 110) e Guglielmi: “*Ensuite, ce qui déclenche la compétence administrative, ce n’est pas le service public mais un acte de l’État, puissance publique, pris en l’espèce dans sa fonction gestion des services administratifs. L’acte d’autorité n’est plus nécessaire. Quant à l’acte de gestion, il n’est plus discriminant, car il peut être acte de gestion publique de l’État personnalisé en tant que puissance publique et non acte de gestion privé de l’État personne civile.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 67)

²⁴¹ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 60 a 69.

Foi, portanto, a jurisprudência do Conselho de Estado, que permitiu a edificação de um **regime jurídico próprio, aplicável apenas aos atos praticados pela Administração Pública**, dando origem a um ramo próprio do direito: o **direito administrativo**. O advento da separação de poderes e do constitucionalismo subordinou o Poder Executivo à lei. Mas essa submissão, segundo a escola francesa, passou a obedecer a um conjunto próprio de regras, dando origem a um regime jurídico distinto quando a Administração Pública faz parte da relação jurídica, voltado para a preservação do exercício dos seus poderes unilaterais, mesmo quando se trate de uma relação jurídica contratual.

3.2. O socialismo municipal e o movimento de estatização do serviço público

Uma das primeiras aparições do termo “serviço público”, bastante referida pela doutrina, ocorre na obra de Jean Jacques Rousseau “O Contrato Social”. Curiosamente, no entanto, Rousseau ainda estava impregnado pela antiga relação existente entre os súditos e o Estado monárquico, em que o cidadão era quem deveria servir ao Estado. Como porta-voz das novas ideias iluministas, Rousseau pregava que o Estado não deveria mais satisfazer aos desejos e caprichos de segmentos privilegiados ou do rei, mas sim se devotar aos anseios públicos e ao bem estar geral da população. No entanto, ao se referir aos serviços públicos, guarda a ideia de que são os cidadãos que, com seu esforço e trabalho, devem servir ao Estado, oferecendo os seus serviços para a construção desse bem comum²⁴².

²⁴² No capítulo 4 do livro II, ao tratar dos limites do poder soberano, afirma que, convocado pelo soberano, o cidadão deve estar pronto para oferecer seus serviços ao Estado, não podendo, no entanto, o soberano sobrecarregar seus vassallos com trabalhos inúteis para a comunidade como um todo: “*Tous les services qu’un Citoyen peut rendre à l’État, il les lui doit si-tôt que le Souverain les demande; mais le Souverain de son côté ne peut charger les sujets d’aucune chaîne inutile à la communauté; il ne peut pas même le vouloir; car sous la loi de raison rien ne se fait sans cause, non plus que sous la loi de nature.*” (ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social**: ou principes du droit politique. Paris: Bordas, 1972, p. 97).

Em seguida, ao tratar dos deputados e representantes do povo, no capítulo 15 do livro III, faz grande crítica aos tributos. Manifesta sua contrariedade em face do ávido interesse de arrecadação do Estado e à indolência que a tributação gera nos indivíduos. A seu ver, o pagamento de tributos os deixa em uma posição cômoda, pois ao invés de se sentirem obrigados a prestar o “serviço público”, ou seja os serviços que cada um deve oferecer à sua nação, eles se acomodam por terem cumprido com a obrigação de pagar os tributos. Em sua opinião, quanto melhor for o governo do Estado, mais os negócios públicos devem prevalecer sobre os privados no espírito do cidadão: “*Si-tôt que le service public cesse d’être la principale affaire des citoyens, & qu’ils aiment mieux servir de leur bourse que de leur personne, l’État est déjà près de sa ruine. Faut-il marcher au combat? ils payent des troupes & restent chez eux; faut-il aller au conseil? ils nomment des députés & restent chez eux. A force de paresse et d’argent ils ont enfin des soldats pour servir la patrie & des représentants pour la vendre. //C’est le tracas du commerce & des arts, c’est l’avidité intérêt du gain, c’est la mollesse et l’amour des commodités, qui changent les services personnels en argent. On cède une partie de son profit pour l’augmenter à son aise. Donnez de l’argent & bientôt vous aurez des fers. Ce mot de finance est un mot d’esclave; il est inconnu dans la cité. Dans un État vraiment libre les citoyens font tout avec leurs bras & rien avec de l’argent; loin de payer pour s’exempter de leurs devoirs, ils payeraient pour les remplir eux-mêmes. Je suis bien loin des idées*

A terminologia “serviço público” somente passou a ser usada para designar um conjunto de serviços que deveriam ser prestados aos cidadãos pelo Estado, após a Revolução Francesa²⁴³. A ideia de serviço ao público passa a ser compreendida, então, em contraposição àquela de serviço do rei (*service du roi*), que havia predominado no Antigo Regime, em que o Estado servia essencialmente para atender ao monarca e à nobreza que o cercava²⁴⁴. Os influxos revolucionários introduziram conceitos como o de bem comum e “felicidade de todos”, além dos princípios de igualdade, liberdade e fraternidade, proclamando-se na Constituição de 1793 a existência dos direitos sociais²⁴⁵. Foram esses elementos que permitiram, mais tarde, a afirmação de uma teoria do serviço público. Os anos seguintes, no entanto, foram muito tumultuados.

A Constituição do Ano I (1793), como se sabe, deu início ao período mais conturbado da Revolução Francesa, denominado de fase do Terror, quando o país foi governado pelo regime da Convenção, substituído em 1795 pelo Diretório, durante a chamada Primeira República, que durou até a instituição do Consulado, a partir de 1799, que inaugurou a Segunda República, a qual foi encerrada com o golpe de 18 Brumário, que levou Napoleão, então primeiro-cônsul, ao poder. Nessa época havia se intensificado a prestação de certos serviços diretamente pelo Estado, “*en régie*”²⁴⁶. Após o período de restauração dos Bourbon ao trono, seu sobrinho Napoleão III, assumiu o governo por ocasião da Revolução de Julho, em 1830 e permaneceu no poder até a instauração da Terceira República, em 1870.

Especialmente o período entre as revoluções de 1848, a Primavera dos Povos, e a Revolução Russa, em 1917, foi de muita agitação e grande insatisfação popular. A

communes, je crois les corvées moins contraires à la liberté que les taxes. //Mieux l'État est constitué, plus les affaires publiques l'emportent sur les privées dans l'esprit des citoyens. Il y a même beaucoup moins d'affaires privées, parce que la somme du bonheur commun fournissant une portion plus considérable à celui de chaque individu, il lui en reste moins à chercher dans les soins particuliers. Dans une cité bien conduite chacun vole aux assemblées; sous un mauvais Gouvernement, nul n'aime à faire un pas pour s'y rendre, parce que nul ne prend intérêt à ce qui s'y fait, qu'on prévoit que la volonté générale n'y dominera pas, & qu'enfin les soins domestiques absorbent tout. Les bonnes lois en font faire de meilleures, les mauvaises en amènent de pires. Si-tôt que quelqu'un dit des affaires de l'État, que m'importe? on doit compter que l'État est perdu.” (ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social**: ou principes du droit politique. Paris: Bordas, 1972, pp. 167 e 168)

²⁴³ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 35 e 36.

²⁴⁴ ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 11.

²⁴⁵ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 54 e 55.

²⁴⁶ “*Au XVIII^e siècle, les intendants développent les services publics en régie: des administrations spécialisées sont créées, telles les Ponts et Chaussées et les Mines. Devenue prestataire de services pour le compte de ses administrés, l'État républicain a certes fait évoluer le concept d'Ancien régime. Mais l'État de service public conserve néanmoins un ordre juridictionnel particulier et une légitimité particulière à définir l'intérêt général. (...) Les corps d'ingénieurs d'État en charge des grands réseaux (Pont et Chaussées, Mines, Télécommunications, etc.) ont fondé un modèle de gestion à partir du calcul économique des investissements et de la tarification.*” (STOFFAËS, Christian. **L'Europe de l'utilité publique**: des industries de service publics renouvées dans l'Europe libérale. Rapport au Ministre de l'économie. Paris: ASPE, 1995, pp. 49 e 50)

consolidação de uma classe proletária empobrecida, submetida, muitas vezes, a condições indignas de trabalho, aumentava muito a pressão sobre o Estado para o atendimento de uma série de novas necessidades coletivas que iam se intensificando. O acelerado processo de industrialização que se verificava, de um lado levava à concentração dos meios de produção, que agravava os problemas sociais e também fazia surgir uma série de novos serviços que, tendo em vista sua característica de rede, demandava algum tipo de envolvimento estatal.

O Estado mínimo ou Estado Policial, defendido pelos liberais — que essencialmente deveria se incumbir da defesa do Estado contra as ameaças externas, de manter a ordem pública e de assegurar serviços básicos relacionados com a economia nacional, como a emissão de moeda, a administração alfandegária, a cobrança de impostos e a construção de infraestruturas públicas, como estradas e sistemas adutores de água — deixava de ser capaz de responder aos anseios da população e se tornava cada vez mais intervencionista. Na França, o objetivo da Terceira República era construir um ambiente de solidariedade social, compreendida como uma evolução do lema de fraternidade, oriundo da Revolução Francesa. Também o princípio da igualdade era elevado a outro patamar, de busca por condições igualitárias de participação política e de condições sociais²⁴⁷.

A amplitude do conceito de serviço público na França, no esteio da Escola de Bordeaux do Serviço Público, da qual se cuidará em seguida, é, em grande parte, reflexo desses tempos. Na verdade, percebe-se, já a partir do final do século XIX, uma nítida tendência, que vai sendo absorvida pela jurisprudência, em busca de um regime jurídico próprio aplicável às atividades econômicas que venham a ser desempenhadas pelo Estado, tema que claramente é revestido de notável conteúdo ideológico. Inicialmente, há um movimento de assunção pelos municípios, em sistema de “*régie*”²⁴⁸, de atividades relacionadas à água, esgoto, limpeza urbana, transporte e, até mesmo, alimentação e distribuição de energia elétrica e gás.

²⁴⁷ CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, pp. 7 a 13.

²⁴⁸ A modalidade de execução dos serviços públicos “*en regie*” é realizada diretamente por uma estrutura própria da Administração Pública. Pode ser uma “*régie directe*” quando os serviços são executados diretamente por um ente de direito público interno (Administração direta); uma “*régie dotée de l'autonomie financière*” nas hipóteses em que se confere uma autonomia financeira ao órgão público incumbido do serviço ou, finalmente, uma “*régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale*”, quando o serviço é prestado por um ente da Administração Pública indireta, com personalidade jurídica própria, de direito público ou privado, já que pode se tratar de uma autarquia ou uma empresa estatal. A respeito, vide: AUBY, Jean-François. **La délégation de service public**. Paris: PUF, 1995, p. 66.

Essa fase, designada como “socialismo municipal”²⁴⁹, inicialmente tinha uma inspiração liberal moderada, de reconhecimento da necessidade de que os municípios garantissem serviços essenciais à população. O movimento se intensificou, no entanto, após a Primeira Grande Guerra, quando passou a ganhar colorações mais assumidamente ideológicas, justificando-se a intervenção estatal pela necessidade de socializar os bens de produção. Os proprietários privados dessas infraestruturas essenciais eram acusados de explorar a população em geral pelo domínio desses bens²⁵⁰. A ideia era afastar a ganância da iniciativa privada, que só se interessaria pelos lucros e conferir ao Estado, visto como uma instituição moralmente superior à iniciativa privada, o controle estatal sobre os preços, de modo que o serviço fosse acessível a todos²⁵¹.

Esse pensamento ideológico levou, a partir dos anos 30, à constituição na França de grandes monopólios nacionais, entregues a empresas públicas. Essa fase inicial, conhecida como de dirigismo industrial²⁵², se assemelhava, de certa forma, com o que ocorreu nas primeiras décadas do século XX nos Estados Unidos da América, quando alguns municípios também assumiram o controle de diversas *public utilities*. O foco ainda não estava na exclusividade. Os serviços eram assumidos pela Administração Pública quando se identificava uma necessidade coletiva que não estivesse sendo adequadamente suprida. No entanto, o efeito sem dúvida foi o aparecimento de grandes corporações monopolísticas na França, especialmente a partir dos anos 30, essencialmente concentradas nas mãos do Estado²⁵³. Foi nessa época que ocorreram grandes nacionalizações como a das estradas de ferro para a criação da Société Nationale des Chemins de Fer (SNCF), em 1938, da fábrica de

²⁴⁹ Para uma visão do socialismo municipal francês, contemporânea àqueles acontecimentos, vide: MATER, André. *Le municipalisme et le conseil d'état. Revue d'économie politique*, vol. 19, n° 4. Paris: Dalloz, 1905, pp. 324 a 353.

²⁵⁰ “Après 1918, la présentation prend un tour plus nettement idéologique, les expériences soviétiques ou celles de ‘Vienne Rouge’ sont évoquées et des syndicalistes abordent la question du contrôle ouvrier. (...) la question du contrôle municipal des services publics passe au second plan au profit d’un débat sur l’appropriation étatique des moyens de production.” (JEANNOT, Gilles e COUTARD, Olivier. **Revenir au service public?** Paris: Direction de l’information légale et administrative, 2015, p. 31)

²⁵¹ “Cette supériorité est d’abord et avant tout morale: alors que l’entreprise privée s’assigne pour finalité exclusive la recherche du profit, l’organisation publique serait entièrement tournée vers la satisfaction des besoins collectifs: à l’égoïsme et à l’esprit de lucre de l’une répondent l’altruisme et le désintéressement de l’autre. (...) l’idéologie du service public ne fait que retrouver les racines profondes d’une coupure, où le public est synonyme de ‘pas d’argent, signe de pureté’, alors que le privé est associé au ‘sale argent’.” (CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, pp. 40 e 41)

²⁵² GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. 2ª ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007, p. 66.

²⁵³ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 86.

automóveis Renault, em 1945 e das redes de distribuição de energia elétrica e gás, para a formação das estatais Electricité de France (EDF) e Gaz de France (GDF), em 1946²⁵⁴.

O pensamento predominantemente liberal do início do século opôs uma resistência inicial a essa intervenção da Administração Pública em atividades de natureza econômica, alegando-se o princípio da liberdade de comércio e indústria como um impeditivo à ingerência estatal nesse tipo de atividade²⁵⁵. É o que se verifica claramente nos julgamentos, ocorridos em 1901, dos casos *Descroix*²⁵⁶ e *Casanova*²⁵⁷, que impunham a efetiva existência de uma necessidade pública a satisfazer, afastando a possibilidade de atuação estatal movida exclusivamente pelo interesse financeiro. Essencialmente, era admitida a intervenção estatal naqueles casos em que a iniciativa privada não fosse capaz de satisfazer as necessidades coletivas.

No rastro dessa jurisprudência, o Tribunal de Conflitos, em 1921, julgou o caso *Bac d'Eloka*²⁵⁸ (ou *Société Commerciale de l'Ouest africain*). Tratava-se de pedido de indenização por prejuízo causado pelo mal funcionamento de um serviço de balsas na colônia francesa Costa do Marfim, que havia derrubado um carro dentro de uma lagoa, após impactar no píer

²⁵⁴ JEANNOT, Gilles e COUTARD, Olivier. **Revenir au service public?** Paris: Direction de l'information légale et administrative, 2015, p. 18. Christian Stoffaës chama a atenção para o fato de que o sistema de “régie directe” é, na verdade, uma antiga tradição francesa, desde que os correios foram fundados pelo rei Luiz XI, tendo encontrado, historicamente, alguns momentos de maior desenvolvimento: “*la régie directe constitue également une tradition ancienne : la Poste a été fondée par Louis XI, absorbant ensuite les télégraphes et le téléphone au moment où leurs techniques se sont développées; les Ponts et Chaussées, administration fondée au milieu du XVIII^e siècle, ont hérité de la compétence régaliennne sur les routes et les ports. jusqu'au premier tiers du XX^e siècle, les sociétés de droit privé prédominent : la gestion des réseaux fait alors apparaître des conflits entre les finalités d'intérêt général — notamment l'exploitation des lignes non rentables — et les exigences de rentabilité imposées par les actionnaires. La Dépression économique de 'entre-deux guerres fera éclater ces conflits : faillite des chemins de fer et nationalisation de la SNCF, controverses sur l'électrification rurale et sur de développement des ressources hydroélectriques, etc*” (STOFFAËS, Christian. **L'Europe de l'utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l'Europe libérale. Rapport au Ministre de l'économie. Paris: ASPE, 1995, p. 52)

²⁵⁵ MATER, André. Le municipalisme eu le conseil d'état. **Revue d'économie politique**, vol. 19, n° 4. Paris: Dalloz, 1905, pp. 333 a 337. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/pdf/24680533.pdf?refreqid=excelsior%3Ae297e3c9681b4084c62a50cb938095d0>. Consultado em 3 de setembro de 2019

²⁵⁶ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Descroix**. Julgado em 1° de fevereiro de 1901. Proibia o município de Poitiers de instituir padarias (*boulangeries*) públicas. Disponível em <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-1-fevrier-1901-descroix-et-autres-boulangers-de-poitiers-requete-numero-96670-publie-au-recueil/>. Consultado em 3 de setembro de 2019.

²⁵⁷ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Casanova**, n° 94580, julgado em 20 de março de 1901 e publicado no recueil Lebon. *Le conseil municipal peut dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour assurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il ne peut, en l'absence de toute circonstance de cette nature et dans une commune où exercent deux médecins, allouer un traitement annuel à un médecin communal chargé de soigner gratuitement tous les habitants pauvres ou riches indistinctement*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007635142>. Consultado em 3 de setembro de 2019.

²⁵⁸ FRANÇA. Tribunal de Conflitos. **Caso Bac d'Eloka**, n° 706, julgado em 22 de janeiro de 1921 e publicado no recueil Lebon. *Service public industriel et commercial*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007607592>. Consultado em 2 de abril de 2019.

no momento de sua aproximação. O caso acabou submetido à jurisdição civil devido ao reconhecimento de que existem serviços públicos que equivalem a atividades privadas e, portanto, devem ser prestados sob o mesmo regime aplicável às empresas privadas, como se entendeu ser o caso.

Em um país onde o conceito de serviços públicos tinha se tornado tão amplo a ponto de incluir atividades como serviços funerários, piscinas, ginásios para a prática de esporte, centros comunitários de convivência, produção de fósforos, cigarros, carros etc., o acórdão proferido no caso *Bac d'Eloka* é referido como o marco inicial²⁵⁹ da teoria de divisão dos serviços públicos em **serviços administrativos**, identificados como aqueles relacionados ao exercício dos poderes da soberania estatal e **serviços industriais e comerciais**, relacionados à atuação da Administração Pública como agente de uma atividade de natureza econômica²⁶⁰.

Tornava-se clara naquele momento, a necessidade de distinguir intervenções que o Estado exercia na vida social, na qualidade de ente soberano, detentor de prerrogativas públicas e gestor do orçamento público, com a incumbência de prover as necessidades básicas da população; das intervenções estatais em que sua ação no domínio econômico se dava de modo semelhante à atuação dos entes privados²⁶¹. Nesse último caso, a ação só se justificaria pela falha ou ausência da iniciativa privada²⁶².

Posteriormente, o Conselho de Estado, ao julgar o caso *Caisse primaire Aide et protection*²⁶³, em 1938, reconheceu que os serviços dessa natureza podem ser geridos por particulares, o que não afeta em nada a sua natureza de serviços públicos²⁶⁴, reforçando as bases jurídicas sobre as quais se assentavam as delegações estatais. Assim, diante do

²⁵⁹ A utilização da expressão “serviços públicos industriais e comerciais” (*services publics industriels et commerciaux*), no entanto, só aparece pela primeira vez na jurisprudência francesa alguns meses mais tarde, em julgado do Conselho de Estado, no caso *Société générale d'Armement* (rec. CE, p. 1109, RD publi. 1922, p. 77, concl. Rivet); tendo o Tribunal de Conflitos usado o termo pela primeira vez, em 1933, no julgamento do caso *Dame Melinette* (Rec. CE, p. 1327, concl. Rouchon-Mazerat), como informado em BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 198.

²⁶⁰ AUBY, Jean-François. **La délégation de service public**. Paris: PUF, 1995, pp. 9 e 10.

²⁶¹ “*Le service public s'est, sous certains aspects, progressivement mué en un objet fondamentalement économique.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 22)

²⁶² “*A côté des activités naturelles, il existe, selon Matter, des activités qui, par leur objet, ressemblent à des activités de nature privée, notamment à des activités du commerce et de l'industrie. Elles concourent, certes, à l'intérêt général, mais ne sont prises en charge par des personnes publiques qu'en raison d'une défaillance ou d'une insuffisance de l'initiative privée.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 197)

²⁶³ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Caisse primaire "Aide et protection"**, nº 57302, julgado em 13 de maio de 1938 e publicado no recueil Lebon. *Le service des assurances sociales constitue un service public bien que la gestion en soit confiée notamment à des caisses primaires, qui constituent des organismes privés.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007637161>. Consultado em 2 de abril de 2019.

²⁶⁴ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 81.

afastamento do critério orgânico para a identificação dos serviços públicos, foi o julgamento pelo Conselho de Estado do *caso Époux Bertin*²⁶⁵, em 1956, que indicou os critérios claros para a distinção. Ficou estabelecido, de início, que todo serviço público desempenhado diretamente pela Administração Pública é presumivelmente um serviço público administrativo. Em contraposição, quando delegado a particulares, presume-se que seja um serviço industrial e comercial. Mas essa presunção poderia ser afastada pela análise de três critérios, relacionados ao objeto do serviço, à sua forma de financiamento e ao seu modo de organização, funcionamento e controle da entidade que o presta²⁶⁶.

No que diz respeito ao seu **objeto**, ainda que prestado diretamente pelo ente estatal, um serviço poderia ser considerado industrial e comercial quando se caracterizasse como uma atividade tipicamente privada, voltada principalmente a interesses essencialmente comerciais, como a compra e venda de bens ou serviços. O critério, como se vê, é subjetivo e depende de que se identifique o interesse primordial da exploração da atividade: a satisfação do interesse coletivo ou o objetivo comercial. Guglielmi²⁶⁷ recorda diversos acórdãos que reconheceram como serviços administrativos, por exemplo, a gestão do teatro municipal de Toulouse²⁶⁸, a organização da Parada de Jazz em Nice²⁶⁹ ou do Festival internacional de Aix-en-Provence²⁷⁰.

²⁶⁵ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Époux Bertin**, nº 98637, julgado em 20 de abril de 1956 e publicado no recueil Lebon. *Contrats présentant un caractère administratif et relevant de la compétence de la juridiction administrative - Contrats ayant pour objet l'exécution même du service public, sans qu'il soit besoin de rechercher s'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007636583>. Consultado em 4 de abril de 2019.

²⁶⁶ A respeito dessa orientação jurisprudencial e da aplicação desses critérios, vide: GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 122 a 126, ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, pp. 61 a 64 e BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, pp. 210 a 217.

²⁶⁷ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 123 e 124.

²⁶⁸ FRANÇA. Tribunal de Conflitos. **Caso Dames Le Cachez et Grigère**, nº 02106, julgado em 15 de janeiro de 1979 e publicado no recueil Lebon. *Qualité d'agent public - Personnel artistique d'un théâtre et d'un orchestre municipaux*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007607050>. Consultado em 4 de abril de 2019.

²⁶⁹ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Grande Parade du Jazz**, nº 123647, julgado em 2 de junho de 1995. *L'organisation du spectacle musical dénommé "Grande parade du jazz", se déroulant à Nice pendant au moins neuf jours par an, présente, eu égard à l'intérêt général d'ordre culturel et touristique que présente cette manifestation, aux conditions de son financement et à son mode de fonctionnement, a le caractère d'une activité de service public administratif*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007881070>. Consultado em 4 de abril de 2019.

²⁷⁰ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Festival international d'Aix-en-Provence**, nº 284736, julgado em 6 de abril de 2007 e publicado no recueil Lebon. *L'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel. Compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000032698859>. Consultado em 4 de abril de 2019.

Todavia, no caso *Dame Maron*²⁷¹, o Conselho de Estado entendeu que não havia informações satisfatórias para afastar a natureza industrial e comercial da atividade de gestão daquele teatro municipal e determinou a volta ao tribunal administrativo de origem para nova instrução. Braconnier, por sua vez, menciona o caso dos serviços de limpeza urbana e tratamento de esgoto, que podem ser classificados de uma forma ou de outra, a depender do foco principal do prestador de serviço²⁷².

Um dos critérios mais relevantes é o da **forma de remuneração do serviço**, de modo que só deve ser considerado de natureza industrial e comercial aqueles serviços que sejam prestados com recursos originários prioritariamente da cobrança de tarifa dos usuários. Caso o serviço seja gratuito ou não seja possível estabelecer uma relação razoável entre os custos e a tarifa cobrada, o serviço deve ser considerado administrativo. O terceiro critério corresponde à análise da **organização e funcionamento da entidade prestadora do serviço**. Caso se trate de uma entidade privada ou pertencente à Administração Pública com feições tipicamente privadas, como uma empresa estatal, por exemplo, a presunção é de que se cuide de um serviço industrial e comercial, desde que seja possível demonstrar que há uma relação de equilíbrio econômico-financeiro na prestação do serviço.

3.3. A Escola do Serviço Público de Bordeaux

Uma preocupação mais efetiva com as garantias individuais passou a ocupar o centro das atenções da doutrina de direito administrativo na França, exatamente com a ascensão daquela que ficou conhecida como a Escola do Serviço Público de Bordeaux, liderada por Léon Duguit. O Estado era chamado a desempenhar atividades tipicamente industriais, muitas vezes com grande apelo comercial e interesse econômico, como a implantação de ferrovias, redes de telefonia, de distribuição de energia elétrica e gás, sistemas de iluminação pública, frequentemente sobre o regime de monopólios que, na França, chegava a incluir a produção de fósforos. Para tanto, diversas empresas estatais foram criadas com a finalidade de se incumbirem da gestão desses serviços. No plano cultural, o Estado se via instado a investir em

²⁷¹ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Dame Maron**, nº 69765, julgado em 26 de janeiro de 1968 e publicado no recueil Lebon. *Exonérations en faveur des opérations de regroupement, de reconversion et de décentralisation d'entreprises industrielles. Pouvoirs d'investigation du juge - Contrôle des motifs retenus par l'administration. Renvoi au Tribunal administratif pour supplément d'instruction - Refus d'un agrément en matière fiscale.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007637194>. Consultado em 4 de abril de 2019.

²⁷² BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 211.

uma rede de escolas de ensino público e em instalações para a disseminação de atividades culturais diversas, como museus, salas de espetáculo, centros culturais. Também o lazer e o esporte passaram a ser atividades asseguradas pelo Estado, que mantinha piscinas, ginásios e quadras públicas; assim como as de cuidados sociais, com a implantação de redes de hospitais, asilos e centros de assistência social.

Foi assim que, aos poucos, a teoria tradicional do Estado, baseada na força de sua soberania e no seu papel policial de garantidor da ordem, foi dando lugar a um Estado de prestação de serviços e de intervenção na vida social e econômica. Na França, a ideia do “*État Puissance*” foi aos poucos dando lugar ao Estado Provedor²⁷³. Verificou-se, então, a partir do final do século XIX, um embate doutrinário que se notabilizou no direito administrativo francês, entre Hauriou e seus seguidores e a chamada Escola de Bordeaux, liderada por Léon Duguit.

Fiel às raízes clássicas do direito administrativo, Hauriou entendia que o principal elemento de sua distinção em relação a outros ramos do direito era exatamente o conjunto de poderes e prerrogativas conferidas à Administração Pública, de que não dispunham os particulares (*puissance publique*) para a perseguição de suas finalidades de interesse público, que deveriam primar sobre os interesses individuais²⁷⁴. Já Léon Duguit propunha uma nova visão que viria a provocar grandes transformações na forma como se passou a encarar o direito administrativo. Em sua concepção, defendida por diversos adeptos que incorporaram à sua Escola francesa do serviço público, esse era o verdadeiro núcleo do direito administrativo. Deste modo, o seu foco deveria ser deslocado do exercício dos poderes estatais para o papel a ser desempenhado pela Administração como prestadora de serviços aos cidadãos. Segundo afirmou em uma de suas obras mais célebres, escrita em 1913, “*a noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do direito público*”²⁷⁵.

A Escola de Bordeaux se contrapôs à ideia de que as prerrogativas e poderes públicos são um direito subjetivo do Estado, inerente à sua soberania, que lhe confere uma dominação

²⁷³ CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, p. 13.

²⁷⁴ “*Un peu auparavant, le juriste Maurice Hauriou (1856-1929) avait proposé une autre lecture sociologique et juridique du service public. Pour lui, offrir des prestations de service était un moyen détourné, et finalement économe, d’assurer des fonctions d’ordre. Ainsi, par exemple, prendre en charge un service de pompes funèbres était un moyen de garantir l’application effective de règles d’hygiène.*” (JEANNOT, Gilles e COUTARD, Olivier. **Revenir au service public?** Paris: Direction de l’information légale et administrative, 2015, p. 26) Vide: GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 69 a 75, BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, pp128 a 131, ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, pp. 11 a 20 e MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, vol. 189, jul./set. 1992.

²⁷⁵ “*La notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public.*” (DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 33)

absoluta e natural dentro de seu território²⁷⁶. Seus seguidores acreditavam, ao contrário, que a própria legitimidade dos poderes estatais, ou seja, de sua “*puissance publique*”, residia no fato de que lhe cabe perseguir a satisfação do interesse público, o que é proporcionado exatamente pelo desempenho dos serviços públicos²⁷⁷. Os poderes estatais só poderiam ser exercidos legitimamente na medida em que o Estado agisse no desempenho desses serviços públicos, com a finalidade de satisfazer o interesse coletivo. Para a Escola de Bordeaux, o serviço público é ao mesmo tempo o que legitima e limita o exercício dos poderes conferidos à Administração Pública²⁷⁸. Desse modo, se os poderes estatais se subordinam a essa função provedora do Estado, o fundamento do direito administrativo não pode recair nos seus poderes (*puissance publique*), mas sim naquilo que deve prover, ou seja, os serviços públicos.

O direito administrativo, que havia surgido com base na ideia de superioridade do interesse público sobre o privado, com o objetivo de garantir os privilégios de que a Administração Pública goza em sua atuação, os quais não são extensíveis aos cidadãos comuns, sofria uma reviravolta e passava a ser compreendido como um meio para garantir aos cidadãos o respeito aos seus direitos, como bem aponta Jacques Chevalier²⁷⁹:

O direito administrativo até então tinha sido concebido como um direito de privilégio: justificado pelo particularismo do estatuto administrativo, expressando de forma tangível a superioridade da administração sobre os cidadãos e airredutibilidade do cargo que ocupa na sociedade. Ora, essa visão vai dar lugar à ideia de que não se trata de um privilégio para a administração, mas um meio de proteger os direitos dos cidadãos: a existência de regras específicas e um juiz especial possibilitaria alcançar uma melhor sujeição da administração à lei.

Os privilégios conferidos à Administração, as regras exorbitantes ao direito comum que compõe o direito administrativo e mesmo a existência de uma justiça especializada só se

²⁷⁶ Para um estudo detalhado da Escola de Bordeaux e da evolução do conceito de serviço público na França até a década de 90, vide: MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, vol. 189, jul./set. 1992.

²⁷⁷ “Pour Léon Duguit, il s’agit de rompre avec des doctrines selon lesquelles la puissance publique est un droit subjective dont l’État use à sa guise. Des auteurs allemands, comme Ihering ou Jellinek enseignaient effectivement que l’État détient par lui-même un pouvoir de domination absolut qualifié de *Herrschaft*.” (ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3^o ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 13) Vide, ainda, GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 79 a 82.

²⁷⁸ “Influencé par les idées de Durkheim (*De la division du travail social*, 1893) et la doctrine solidariste de Léon Bourgeois (1898), Duguit va ainsi faire du service public un puissant instrument de légitimation mais surtout de limitation de l’État”. (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2^a ed. Paris: PUF, 2007, p. 7)

²⁷⁹ “Le droit administratif avait été conçu jusqu’alors comme un droit de privilège: justifié par le particularisme du statut administratif, il exprimait de manière tangible la supériorité de l’administration sur les administrés et l’irréductibilité de la position qu’elle occupe dans la société. Or, cette vision va faire place à l’idée selon laquelle il constitue non pas un privilège pour l’administration, mais un moyen de protection des droits des administrés: l’existence de règles spécifiques et d’un juge spécial permettrait de réaliser un meilleur assujettissement de l’administration au droit” (CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, pp. 14 e 15).

justificavam na medida em que sua atuação visasse a prestar um serviço ao público. O conceito de serviço público ganhava, assim, uma enorme amplitude e passava a abranger praticamente toda a atividade estatal que, para ser considerada legítima, deveria estar relacionada a algum serviço público, que se destinasse a cumprir uma finalidade pública. O conceito ganhou também um forte componente econômico, em razão das principais necessidades coletivas que se apresentavam naquele momento histórico, como a busca de desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais. Vivia-se um período bastante tumultuado na Europa, no início do século XX, às vésperas da revolução proletária russa e o direito administrativo passava a ser visto como um instrumento privilegiado de coesão social²⁸⁰. É o que transparece claramente na seguinte passagem escrita por Duguit²⁸¹:

(...) o direito evolui principalmente sob a ação das necessidades econômicas. Vimos anteriormente como a noção de soberania foi abalada quando, de fato, entendemos que o Estado devia algo mais aos governados, além de segurança interna e externa. Agora compreendemos que o verdadeiro propósito das obrigações do Estado e o significado de sua ação são determinados pela situação econômica do país e pelas necessidades de seus habitantes. Em suma, o conceito de serviço público parece ser capaz de ser formulado dessa forma: é qualquer atividade cuja realização deve ser regulada, assegurada e controlada pelos governantes, pois é essencial para a realização e desenvolvimento da interdependência social e é de tal natureza que só pode ser plenamente assegurada pela intervenção da força governante.

Como se vê, praticamente todo o direito administrativo se vê compreendido nesse amplo conceito de serviço público. Assim, na visão dos autores da Escola de Bordeaux, o direito administrativo praticamente se confundia com a ideia de serviço público²⁸² que, no mínimo, se transformava na fonte de legitimidade da toda a atuação da Administração Pública²⁸³. Essa teoria tão abrangente do serviço público nunca chegou a prevalecer completamente na jurisprudência administrativa e foi superada, anos mais tarde, com a

²⁸⁰ ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 3.

²⁸¹ “(...) le droit évolue avant tout sous l’action des besoins économiques. On a vu d’abord comment la notion de souveraineté a été ébranlée quand en fait on a compris que l’État devait autre chose aux gouvernés que la sécurité à l’intérieur et à l’extérieur. Maintenant on aperçoit que l’objet même des obligations de l’État et le sens de son action se trouvent déterminés par la situation économique du pays et les besoins de ses habitants. Bref la notion de service public semble pouvoir être ainsi formulée: c’est toute activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu’il est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale et qu’il est de telle nature qu’il ne peut être assuré complètement que par l’intervention de la force gouvernante”. (DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, pp. 50 e 51)

²⁸² Em obra dedicada ao direito dos serviços públicos, Guglielmi afirma que a intervenção estatal pela via da prestação dos serviços públicos se tornou uma das principais formas de presença do Estado na vida cotidiana das pessoas. (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 29)

²⁸³ “L’État n’est plus perçu seulement comme une autorité distante et majestueuse: ‘État fonctionnel’, il n’a de justification que par l’action concrète qu’il mène au service du Bien commun, par la contribution qu’il apporte à la solidarité sociale; perdant le privilège de la transcendance, il se légitime à travers les prestations qu’il fournit au public.” (CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, pp. 39 e 40)

consolidação da ideia de que os serviços públicos são apenas parte da atuação esperada do Estado, que pode agir legitimamente ainda que não esteja provendo diretamente o cidadão de alguma de suas necessidades. A sua força, no entanto, é inegável. Ainda hoje, a expressão “Serviço Público” pode ser usada como sinônima de Administração Pública, quando usada como contraponto de “iniciativa privada” e os agentes estatais são denominados “servidores públicos”. Não raro, especialmente na linguagem coloquial, atividades como a manutenção de relações diplomáticas, a cunhagem de moedas e mesmo a prestação de serviços jurisdicionais são referidos como exemplos de serviços públicos. Há, então, um conceito extremamente abrangente de serviços públicos, ainda em uso até os nossos dias em diversos países que se incorporaram à tradição francesa, que claramente tem as suas raízes na obra de Duguit e dos seus seguidores²⁸⁴.

A principal objeção de Hauriou à Escola do Serviço Público é de ter ido muito longe ao pretender estabelecê-los como o centro fundacional do direito administrativo. Sua crítica foi consolidada no prefácio à 11ª edição do “*Precis de droit administratif et de droit publique*”, escrito em 1926, já perto de sua morte. Hauriou afirma, logo de início, que “*o serviço público é a obra a realizar e os poderes e prerrogativas da Administração (puissance publique) são o meio de realização*”²⁸⁵. Em sua visão, ao ter erigido o serviço público como o eixo central do direito administrativo e estabelecido a ideia de que os poderes estatais só surgem quando legitimados por um serviço público a desempenhar, os autores dessa escola — especialmente Jèze, a quem dirige as críticas mais duras e chama de “*enfant terrible*” da Escola de Serviço Público — teriam caído em uma armadilha.

A seu ver, a principal característica do direito administrativo francês é o reconhecimento de poderes e prerrogativas estatais (*puissance publique*) que advém da própria constituição e não podem ser limitadas pela lei, nem pelo Poder Judiciário. Apenas a própria Administração — da qual são parte os juízes administrativos — poderiam impor os seus limites. Os limites da ação do Poder Executivo são, portanto, os limites que ele próprio reconhece dos poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição. Assim, como para a Escola

²⁸⁴ Alexandre Aragão trata deste conceito, que denomina “concepção amplíssima de serviço público”, associando-a à Escola de Bordeaux: “*Advém da escola clássica do serviço público de LÉON DUGUIT (tópico 3.3.a supra), equivalendo o serviço público a todas as atividades exercidas pelo Estado, ou, quando menos, a um sinônimo da própria Administração Pública (critério orgânico ou subjetivo), sejam elas externas ou internas, inerentes ou não à soberania, econômicas/potencialmente lucrativas ou não, prestacionais, de polícia administrativa ou de fomento.*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 138 e 139)

²⁸⁵ HAURIU, Maurice. **Precis de droit administratif et de droit publique**. 12ª ed., Paris: Dalloz, 2002 (reimpressão da edição de 1933), p. ix.

de Serviço Público esses poderes só surgem quando se executa um serviço público, antes da realização dessa tarefa não haveria poder e, portanto, não haveria limite. Dessa forma, a organização da Administração Pública e suas ações desvinculadas da prestação de um serviço público estariam fora do alcance do direito objetivo²⁸⁶, o que não seria admissível.

Hauriou reconhece que a doutrina clássica negligenciou o tratamento da finalidade da ação administrativa, mas afirma que as doutrinas socialistas do final do século XIX e início do século XX — especialmente aquelas advindas da Escola de Bordeaux — se aproveitaram disso para criar uma utopia, que associa à utopia comunista. Segundo sua visão, os teóricos do comunismo pretenderam herdar os meios de produção constituídos pelo “motor” do capitalismo e imaginaram que poderiam mantê-los funcionando mesmo que se lhe retirasse o motor²⁸⁷. Da mesma forma, a Escola de Serviço Público teria herdado os conceitos de *puissance publique* e sua limitação da doutrina clássica e pretenderia substituí-la por outro fundamento para o direito administrativo, mas continuar se valendo dos conceitos dela originados.

De fato, a conceituação pretendida pela Escola de Serviço Público acabou se revelando excessivamente ampla e revestida de uma dimensão menos jurídica do que filosófica e sociológica²⁸⁸. Na verdade, seus teóricos nunca lograram construir uma teoria que apontasse solidamente quais os elementos que poderiam caracterizar um regime jurídico uniforme para a categoria dos serviços públicos. Assim, diante da impossibilidade de estabelecer parâmetros e critérios que se aplicassem a todas as atividades que se pretendia inserir nesse mesmo conjunto, esvaiu-se a utilidade prática do uso da categoria em si. Eram tão diversas as atividades estatais que compunham o conjunto dos chamados serviços públicos e as situações criadas pelo exercício dessas atividades que, do ponto de vista jurídico, foi se demonstrando infrutífera a busca por um núcleo teórico que pudesse atender a todas elas.

²⁸⁶ “Dans quelle impasse M. Jèze s’est-il jeté? Quel besoin avait-il de tant préciser la notion de service public? Ne voyait-il pas qu’il allait tomber sur le fait brutal d’un pouvoir discrétionnaire qui crée du droit sans être lui-même obligé de se conformer à une règle de droit objective? Des faits, rien que des faits, tous les faits! Mais voilà un fait bien gênant!” (HAURIOU, Maurice. **Precis de droit administratif et de droit public**. 12^a ed., Paris: Dalloz, 2002, reimpressão da edição de 1933, p. xiii)

²⁸⁷ “L’utopie est exactement la même que celle des systèmes socialistes ou communistes qui, héritant des mécanismes producteurs montés par le système capitaliste avec le moteur ‘intérêt individuel’, s’imaginent qu’ils continueront de les faire marcher avec le même rendement en supprimant ce moteur et en y substituant ‘le poste de service de la société.’” (HAURIOU, Maurice. **Precis de droit administratif et de droit public**. 12^a ed., Paris: Dalloz, 2002, reimpressão da edição de 1933, p. xiv)

²⁸⁸ “Le service public, devenu un élément de l’identité nationale, est passé dans le public. Les citoyens se sont naturellement approprié la notion. Le service public est ainsi, de façon exemplaire, ‘l’expression juridique d’une philosophie politique’” (GUGLIELMI, Gilles J. et alli. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 87). Vide também: CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, p. 39.

Apesar das críticas de Hauriou, Gaston Jèze foi, dentre os discípulos de Duguit, um dos que procurou estabelecer um conceito mais jurídico de serviço público. Mantendo-se fiel à finalidade de atender às necessidades coletivas, passou a reconhecer que não existe um conceito *a priori* de serviço público, universalmente aceito. Nesse sentido, a definição do que é serviço público dependeria da vontade dos poderes constituídos, especialmente do poder legislativo²⁸⁹. Serviço público, assim, seria aquilo que a lei define como serviço público²⁹⁰. A obrigação do governante de prover os serviços públicos, portanto, seria um dever legal²⁹¹. Outro expoente da Escola de Bordeaux, André de Laubadère, já no início da segunda metade do século XX, também sustentou a tese de que só pode ser considerado como um serviço público, a cargo do Estado, aquelas atividades assim reconhecidas por lei²⁹²:

Além disso, são os poderes públicos que decidem que, em tal momento, determinada necessidade pública deve ser satisfeita dessa forma, dando origem à criação de um serviço público; esse elemento fornece o critério do serviço público.

(...)

²⁸⁹ “*Le projet du successeur de Léon Duguit à la tête de l'école de Bordeaux, Gaston Jèze, est de définir, par souci de réalisme, le service public, non pas tel qu'il doit être, mais tel qu'il est. Dans cette perspective, il lui paraît nécessaire de se démarquer des vues philosophiques et en définitive assez vagues de son maître, pour aboutir à une définition plus juridique et précise. (...) Il constate effectivement que les services publics n'existent pas par eux-mêmes mais relèvent d'une volonté, celle des gouvernants au sens large et notamment législateur.*” (ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3^e ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 15)

²⁹⁰ Note-se que essa mesma discussão também foi travada na Suprema Corte dos Estados Unidos que, *Brass v. North Dakota*, reconheceu o poder do Parlamento de definir quais atividades estão ou não revestidas de interesse público para justificar a sua regulação pelo Estado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brass v. North Dakota ex Rel. Stoesser**, 153 U.S. 391, 1894, p. 153 U.S. 403), tendo revertido esse entendimento em *Wolff Packing Co. v. Court of Indus* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Rel.**, 262 U.S. 522, 1923. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/522/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 262 U.S. 536), quando afirmou que “*the mere declaration by a legislature that a business is affected with a public interest is not conclusive of the question whether its attempted regulation on that ground is justified*”. Já na França, há certo consenso quanto à prerrogativa do legislador de qualificar certas atividades como serviço público: “*Le service public y relève des prérogatives de l'État souverain et centralisé: c'est lui qui définit souverainement, par la loi ou le règlement, les activités économiques qui relèvent du service public et celles qui relèvent du libre marché, la distinction étant établie en fonction des impératifs divers tels que la souveraineté, les besoins sociaux, etc.*” (STOFFAËS, Christian. **L'Europe de l'utilité publique: des industries de service publics renouvelées dans l'Europe libérale**. Rapport au Ministre de l'économie. Paris: ASPE, 1995, p. 42)

²⁹¹ “*Sont uniquement, exclusivement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public.*” (JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**, tome 2. Reimpressão da 3^a edição de 1930 - Bibliothèque Dalloz. Paris, Dalloz, 2003, p. 16)

²⁹² “*Par ailleurs ce sont les pouvoirs publics qui décident qu'à tel moment tel besoin public doit être satisfait par ce procédé, et donner lieu à la création d'un service public; cet élément fournit le critère du service public. (...) Les principes que l'on vient d'énoncer conduisent à écarter la thèse selon laquelle il conviendrait d'envisager la nature de l'activité exercée et d'admettre qu'il y ait des tâches relevant objectivement du service public, un domaine naturel du service public (...). Cette conception doit être écartée. Le domaine du service public est variable selon les époques et les conceptions des hommes au pouvoir.*” (LAUBADÈRE, André de. **Traité Élémentaire de droit administratif**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953, pp. 552 e 556)

Os princípios que acabaram de ser enunciados levam a que se descarte a tese de que é a própria natureza da atividade que deve ser considerada, de modo a admitir que existe e que existem certas atividades que objetivamente se apresentam como serviço público, que haveria uma área natural do serviço público (...). Esta visão deve ser descartada. O campo do serviço público varia de acordo com os tempos e concepções dos homens no poder.

Bem mais tarde, em 1986, já em um contexto inteiramente distinto, que será abordado à frente, em que o direito comunitário europeu iniciava uma verdadeira transformação do regime dos serviços públicos na França, introduzindo a concorrência como um valor a ser perseguido, o Conselho Constitucional reconheceu a constitucionalização do serviço público e afirmou que, embora caiba ao legislador ou à autoridade reguladora definir quais são, em cada momento, as atividades que devem ser erigidas em serviço público, há certos casos em que são os próprios princípios e regras da Constituição que impõe a sua prestação na qualidade de serviço público, não havendo aí espaço para a decisão do legislador²⁹³.

O acórdão, considerado o marco do reconhecimento do serviço público como núcleo do direito administrativo, foi o proferido em 1873, no caso *Blanco*²⁹⁴. Cuidava-se de decidir quanto à responsabilidade extracontratual do Estado em razão de acidente que havia causado danos à menor Agnès Blanco, provocados por um veículo utilizado por uma manufatura de tabaco que, à época, na França, era atividade explorada em monopólio pelo Estado. Tendo sido a ação proposta na jurisdição civil, em razão de se tratar de atividade de cunho econômico, a municipalidade responsável alegava que o caso deveria ser julgado pela jurisdição administrativa, em razão do caráter de serviço público da atividade, reservada ao Estado.

Posto o conflito, o Tribunal de Conflitos decidiu que, de fato, por se tratar de um serviço público, atribuído ao Estado, deveria ser julgado pelo juiz administrativo. No entanto, contrariando a teoria que prevalecia até aquele momento, da irresponsabilidade do Estado — tendo em vista sua condição soberana e a concepção de que o soberano não comete falhas —

²⁹³ “53. *Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé.*” (FRANÇA. Jurisprudência. Conselho Constitucional. **Decisão n° 86-207 DC**, julgada em 26 de junho de 1986. *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idText=CONSTEXT00001766739> em 8 de abril de 2019).

²⁹⁴ FRANÇA. Tribunal de Conflitos. **Caso Blanco**, n° 12, julgado em 8 de fevereiro de 1873 e publicado no recueil Lebon. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007605886>. Consultado em 30 de março de 2019.

o Tribunal de Conflitos determinou que, embora não fosse aplicável o Código Civil, o caso deveria ser apreciado à luz das regras especiais, que devem delimitar a responsabilidade estatal de acordo com a necessidade de conciliar os direitos do Estado e dos particulares²⁹⁵. A decisão, inicialmente, foi mais reconhecida por essa virada na definição da responsabilidade extracontratual do Estado. Sua importância para a teoria do serviço público somente foi ressaltada décadas após o julgamento, quando foi resgatada pelos adeptos da Escola de Bordeaux, juntamente com alguns outros julgados posteriores, na busca de demonstrar um suporte jurisprudencial para a elevação do serviço público ao centro do direito administrativo²⁹⁶.

A jurisprudência a ela contemporânea, no entanto, nunca abraçou inteiramente as teorias da Escola do Serviço Público. Sem dúvida, como ressaltado pelo próprio Hauriou, seus influxos serviram para corrigir uma falha da doutrina clássica de não dedicar maior atenção às finalidades a serem perseguidas pela Administração Pública. Assim, reconhece-se à Administração Pública poderes e prerrogativas (*puissance publique*) que, no entanto, somente devem ser exercidos para a consecução das finalidades de interesse público, dentre as quais se sobressai a prestação dos serviços públicos. É, portanto, quando age com essa finalidade, que a ação estatal se submete à jurisdição administrativa, única com competência para (auto)limitar o exercício de tais poderes. No início do século XX, são emblemáticos os casos *Terrier*²⁹⁷ (1903), *Feutry*²⁹⁸ (1908) e *Théorond*²⁹⁹ (1910), cujos julgamentos consolidaram a teoria de que a jurisdição administrativa é competente quando está em discussão a gestão de uma atividade de serviço público desempenhado pelo Estado³⁰⁰.

²⁹⁵ LACHAUME, Jean-François *et alli*. **Droit administratif: les grandes décisions de la jurisprudence**, 17ª ed. Paris: PUF, 2017, pp. 6 a 21.

²⁹⁶ ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 23.

²⁹⁷ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Terrier**, nº 07496, julgado em 6 de fevereiro de 1903 e publicado no *recueil Lebon*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007634922>. Consultado em 2 de setembro de 2019.

²⁹⁸ FRANÇA. Tribunal de Conflitos. **Caso Feutry**, nº 624, julgado em 29 de fevereiro de 1908 e publicado no *recueil Lebon*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000007607588&fastReqId=1560945229&fastPos=1>. Consultado em 2 de setembro de 2019.

²⁹⁹ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Théorond**, nº 29373, julgado em 4 de março de 1910 e publicado no *recueil Lebon*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CÉTATEXT000007631419>. Consultado em 2 de setembro de 2019.

³⁰⁰ JEANNOT, Gilles e COUTARD, Olivier. **Revenir au service public?** Paris: Direction de l'information légale et administrative, 2015, p. 29, ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 22 e MEDAUAR, GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 78 e Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, vol. 189, jul./set. 1992, p. 105.

Durante o período entre guerras ocorreu, como já se referiu, o apogeu do serviço público francês, que se prolongou até os anos seguintes ao final da Segunda Guerra Mundial, que se notabilizou, como se viu, por larga intervenção estatal na economia, inclusive com a execução direta das mais variadas atividades, normalmente por meio de sociedades de economia mista. O conceito ideológico, quase místico, de serviço público, na França, se reflete no preâmbulo da Constituição de 1946, que reconhece uma série de direitos sociais, como à educação, saúde, lazer, cultura e trabalho.

Nos anos 70, no entanto, a crise econômica mundial que se instalou no rastro das crises do petróleo, ampliou consideravelmente a demanda aos Estados por suporte social à população e apoio econômico a diversas empresas que enfrentavam sérias dificuldades, causando um risco sistêmico³⁰¹. Por outro lado, as próprias empresas estatais também se tornavam cada vez menos bem-sucedidas. Deixavam de dar o retorno esperado e, muitas vezes, demandavam investimentos que os orçamentos públicos não mais comportavam. A Administração Pública passou, então, a enfrentar dificuldades financeiras cada vez maiores para manter a rede de proteção social e os serviços públicos em funcionamento³⁰².

Foi exatamente esse ambiente de crise que, de uma forma ou de outra, em maior ou menor medida, afetou a imensa maioria das economias globais e impactou as administrações públicas. Difundiram-se pelo mundo as ideias neoliberais e se formou um consenso de que era preciso buscar mais eficiência para a administração estatal, preconizando-se a introdução na gestão pública de mecanismos e institutos típicos da administração privada, tida como mais eficiente, o que ficou conhecido como gerencialismo (ou *New Public Management*). Do mesmo modo, passou-se a preconizar a ampliação da concorrência nos mercados em geral, com o estímulo dos programas de privatização de empresas e delegação de atividades estatais. O modelo norte-americano de regulação para a concorrência, que se fundava na atuação de agências reguladoras, acabou se tornando um padrão a ser perseguido, influenciando ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, que passaram a adotar modelos com essa inspiração. Na União Europeia não foi diferente.

³⁰¹ BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 24.

³⁰² Jacques Chevalier trata de dificuldades de diferentes naturezas que passaram a ser enfrentadas pelos Estados, especialmente de ordem tecnológica, econômica e financeira, que se associam com um contexto social em transformação, um ambiente político agastado com alternâncias frequentes no poder, revelando uma certa fratura sócio-política e os influxos liberais cada vez mais perceptíveis por parte das instâncias institucionais europeias. (CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, pp. 70 e seguintes)

3.4. Anos 80 e 90: a onda liberal, o ambiente de livre-concorrência construído na União Europeia e os reflexos para os serviços públicos

A gestão dos serviços públicos sofreu uma virada radical, que se iniciou a partir dos anos 80, quando os Estados começaram a enfrentar uma grave crise fiscal. Na França, onde o Estado do Bem-Estar Social tinha atingido níveis especialmente elevados de custo, não foi diferente³⁰³. Constatou-se, então, um marcado movimento liberal em prol da maior atuação de empresas privadas em atividades que vinham sendo predominantemente exercidas pelo Estado. Ganhou força uma enorme desconfiança da competência da Administração Pública para gerir atividades de interesse econômico, as quais, acreditava-se, poderiam ser muito mais rentáveis e eficientes se submetidas às leis do mercado³⁰⁴.

Na Europa, esse movimento de liberalização das economias, claramente influenciado pelas reformas de desregulação nos países anglo-saxões, foi fortemente liderado pelas instâncias decisórias das Comunidades Europeias³⁰⁵, transformadas em União Europeia pelo Tratado de Maastrich, assinado em 1992. A primeira iniciativa concreta de integração na Europa havia se dado com a assinatura do Tratado de Paris, em abril de 1951, quando os dois maiores produtores de carvão e aço na Europa, França e Alemanha, se uniram à Bélgica, Holanda e Luxemburgo, que já formavam o Benelux — criado quando os seus governos ainda estavam exilados em Londres³⁰⁶ —, além da Itália e formaram a Comunidade Europeia do

³⁰³ Na Europa, a Inglaterra foi a pioneira na liberalização da economia, que se fez de modo radical, a partir de 1979, com a ascensão de Margareth Thatcher ao poder. Como ressalta Christian Stoffaës, em cerca de uma década, o país passou de uma das economias mais socializadas, típico exemplo de Welfare State para uma economia marcadamente liberal: “*L’économie et la société britannique figuraient parmi les régimes les plus socialisés en Europe, modèle extrême d’État-Providence : il est passé à l’autre extrémité en une décennie. Le choc du libéralisme y est donc particulièrement fécond à analyser, dans la perspective du Marché unique européen, même s’il ne peut être considéré comme un modèle à suivre.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 75)

³⁰⁴ “*Les difficultés économiques qui ont surgi au cours des années 1970 à la suite des deux chocs pétroliers, puis la nécessité dans laquelle s’est trouvé l’État de mettre en place des dispositifs très coûteux d’accompagnement social du chômage et de soutien aux entreprises en difficulté ont progressivement placé l’état dans une situation financière et budgétaire tendue, que l’augmentation exponentielle de la demande des administrés en termes de prestation sociales, d’équipements publics et, définitive, des services publics, n’a fait qu’accentuer.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 24). No mesmo sentido: GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 89.

³⁰⁵ “*On a pu avoir l’impression que certains services de la Commission européenne se sont trouvés, ces dernières années sous l’influence des idées anglo-saxonnes: plus particulièrement des réformes britanniques de libéralisation de l’économie. Les fonctions de Commissaire à la Concurrence exercées par Sir Leon Brittan pendant la période décisive de la préparation du Marché unique jusqu’en 1993 n’y ont sans doute pas étrangérés.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 72)

³⁰⁶ TEIXEIRA, António Fernando Dias. **A natureza das Comunidades Europeias (estudo político-jurídico)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 90

Carvão e do Aço (CECA). Posteriormente, em março de 1957, foi assinado o Tratado Roma e criadas as Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE)³⁰⁷. Com a criação da CEE instituíam-se um processo de construção de um mercado comum, movimento que teve grande relevância para o desenvolvimento da integração europeia³⁰⁸.

As principais ambições daqueles que se dedicavam a esses entendimentos iniciais para a construção de uma integração europeia, eram claramente políticos. A Europa saía de duas grandes guerras devastadoras, confrontada com a experiência de que os ressentimentos criados pela I Guerra Mundial tinham sido o elemento crucial para a eclosão da segunda. Era necessário construir um ambiente de paz, essencial para garantir a prosperidade do continente, o que só se lograria com a integração efetiva dos Estados. O discurso histórico pronunciado pelo primeiro-ministro inglês Winston Churchill, em 19 de dezembro de 1946, na Universidade de Zurique, é revelador do espírito que assolava os políticos integracionistas daquela época³⁰⁹:

Devemos criar uma espécie de Estados Unidos da Europa. Para que isto se possa realizar, é necessário um ato de fé a que se deverão associar, confiadamente, milhões de famílias de línguas diversas.

Vou dizer-vos agora algo que vos surpreenderá: o primeiro passo na direção da reconstrução da família europeia deve ser uma associação entre a França e a Alemanha. (...)

Devendo nós constituir os Estados Unidos da Europa, sob qualquer nome, é preciso começar já. Sob a direção e no quadro da organização mundial das Nações Unidas, devemos recriar a família europeia num quadro regional que se chamará — talvez — os Estados Unidos da Europa, e o primeiro passo prático será construir um Conselho da Europa.

A perseguição desse objetivo político, no entanto, sempre se deu por meio de uma estratégia baseada na lógica econômica. A perspectiva do mercado comum foi, desde o início, o mais poderoso motor da integração³¹⁰. Indubitavelmente, seus objetivos políticos de pacificação têm sido alcançados com sucesso nas últimas décadas. Para a construção de um mercado comum era essencial, no mínimo, criar regras de livre circulação de mercadorias

³⁰⁷ Um panorama geral do histórico da integração europeia e sua evolução até os anos 90 pode ser encontrado em REIS, Márcio Monteiro. **Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, a partir da p. 129.

³⁰⁸ CARTOU, Louis. **L'Union européenne - Traités de Paris, Rome, Maastricht**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 55 e BOULOIS, Jean. **Droit institutionnel de l'Union européenne**. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1996, p. 25.

³⁰⁹ Curiosamente, apesar de ter sido Churchill um grande entusiasta da integração europeia, a Inglaterra não fez parte dos primeiros tratados, jamais chegou a integrar a zona do euro e, atualmente, está às vésperas de se separar do bloco, após a aprovação em plebiscito popular do *Brexit*. A transcrição do discurso pronunciado pelo primeiro-ministro inglês pode ser encontrado em: CEREXHE, Etienne. **O Direito Europeu – as instituições**. Lisboa: editorial notícias, 1985, pp. 12 e 13.

³¹⁰ BAUBY, Pierre. **Service public, services publics**. 2ª ed. Paris: La documentation française, 2016, p. 27.

entre os Estados, de modo a afastar as barreiras tributárias entre os países do bloco e estabelecer algumas regras comuns de concorrência. O Tratado de Roma introduzia regras deste tipo e, já naquele momento, estabelecia algumas derrogações iniciais relacionadas aos serviços públicos.

O artigo 77 do Tratado de Roma³¹¹, ao cuidar dos transportes, indicava expressamente a legitimidade dos subsídios públicos, desde que justificados como compensação de obrigações impostas ao prestador do serviço com o objetivo de atender às necessidades de coordenação inerentes aos serviços públicos. Apesar da referência expressa ao termo “serviço público”, provavelmente influenciada pela tradição francesa — seguida por outros países como Espanha, Portugal, Itália, Bélgica e Grécia —, o conceito não foi integralmente abraçado pelo direito europeu, mesmo porque havia outros integrantes do bloco cujas tradições jurídicas não possuíam uma teoria geral do serviço público, como a Alemanha ou países de tradição anglo-saxã, como Inglaterra e Holanda, por exemplo³¹². No entanto, em todos os Estados-membros havia uma compreensão comum de que o direito da concorrência não poderia reger todo e qualquer tipo de atividade, havendo alguns casos que justificam uma regulação distinta.

A compatibilização do direito europeu, que ia sendo construída com os diferentes regimes jurídicos dos diversos Estados-membros, foi sendo buscada, especialmente a partir dos anos 80, ao redor de um conceito novo, de **serviço de interesse geral**, o qual já estava presente no artigo 90 do Tratado de Roma³¹³:

³¹¹ Atualmente artigo 93 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, anteriormente, artigo 74 do Tratado da CE, após as alterações realizadas pelo Tratado de Lisboa no Tratado de Roma.

³¹² ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3^o ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 116 e BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2^a ed. Paris: PUF, 2007, p. 69. Christian Stoffaës faz interessante observação, identificando, na Europa, os países do sul como de tradição estatista, da Europa central, de tradição federalista e, do norte, mais marcadamente liberal. No sul da Europa, onde predominamos países de origem latina e as tradições romano-germânicas, o direito tende a conter prescrições mais abstratas e há maior espaço para a intervenção direta das esferas estatais. A Europa central se distingue especialmente pelas autonomias locais, com significativa diversidade de regimes dentro do mesmo Estado. Já nos países de common law, o direito é mais casuístico e produzido a partir dos casos concretos, havendo menos espaço para a intervenção direta do Estado. O dilema posto é assim por ele formulado: “*Le Droit sans l’État, ou l’État sans le Droit?*”. Já os países nórdicos, na sua visão, ocupariam em uma posição intermediária. (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 39 a 47)

³¹³ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Roma**, assinado em 25 de março de 1957, entrou em vigor em 1^o de janeiro de 1958. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/fr/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>. Consultado em 11 de abril de 2019. Após a assinatura do Tratado de Maastricht, em 1992, A Comunidade Econômica Europeia passou a se chamar Comunidade Europeia e o artigo 90 foi renumerado como artigo 86. Atualmente, após a aprovação do Tratado de Lisboa, o Tratado da Comunidade Europeia foi transformado no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estando numerado atualmente como artigo 106. O texto atual pode ser consultado em <https://eur->

ARTIGO 90

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.o e 81.o a 89.o, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.

Como se vê, o tratado aborda claramente as atividades que são exercidas diretamente pelo Estado ou por particulares que recebem do Estado direitos especiais ou de exclusividade e as denomina **serviços de interesse económico geral**. O tratado reafirma, como regra, a submissão ao regime da livre concorrência, mas admite que, nesses casos, ele poderá ser excepcionalmente afastado, caso sua aplicação represente um risco à missão conferida aos prestadores desses serviços e desde que não sejam contrariados os interesses da Comunidade.

Essas normas do tratado tiveram pouca relevância até a aprovação do Ato Único Europeu, assinado em 1986 que, ao mesmo tempo em que afirmou as quatro liberdades a serem garantidas no mercado comum (livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais), estabeleceu um consenso quanto à possibilidade de que cada Estado continuasse organizando determinadas atividades sob seu controle, quando necessárias para assegurar coesão social³¹⁴. O conceito de serviço de interesse geral ganhou, então, enorme relevância, tendo previsão, inclusive, no artigo 36 da carta dos direitos fundamentais da união europeia, que estabelece que *“a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial da União”*. Atualmente, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia³¹⁵ também incorporou o conceito e o seu artigo 14 tem a seguinte redação:

lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0022.02/DOC_2&format=PDF (Consultado em 11 de abril de 2019).

³¹⁴ BAUBY, Pierre. **Service public, services publics**. 2ª ed. Paris: La documentation française, 2016, p. 27 e 28.

³¹⁵ O Tratado de Lisboa, conhecido como Tratado Reformador, firmado em 2007, produziu alterações substanciais no Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht) e substituiu o Tratado da Comunidade Europeia (Tratado de Roma) pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, atualmente em vigor. (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa**, assinado em 13 de dezembro de 2007, entrou em vigor em 13 de

ARTIGO 14

Sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93, 106 e 107 do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respetivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.

A regra geral estabelecida na União Europeia, que foi se consolidando desde meados da década de 80, é a livre concorrência³¹⁶. Assim, em princípio, todas as atividades devem ser exercidas em regime de igualdade pelos indivíduos e empresas de todos os Estados-membros, sem que haja qualquer tipo de restrição oriunda de sua nacionalidade, garantindo-se a todo e qualquer um que pretenda explorar a prestação de um serviço, as mesmas condições³¹⁷ e a submissão ao mesmo regime jurídico. O conceito de serviço económico de interesse geral foi a **válvula de escape** de que se valeu o **direito europeu** para, em determinadas situações especiais, **derrogar a regra da concorrência** e autorizar às autoridades estatais a agir sob uma regulação distinta³¹⁸.

De início, a Corte de Justiça da Comunidade Europeia, ao julgar um caso que opunha a Comissão Europeia ao governo da Itália, afirmou, já em 1987, que quando o Estado atua no

dezembro de 2007. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:12007L/TXT>. Consultado em 11 de abril de 2019)

³¹⁶ “*La réalisation de l’Union économique et monétaire en Europe a, dans le même temps, contraint les États à réduire leurs déficits budgétaires, à rationaliser l’utilisation de l’argent public et, en définitive, les modalités de gestion de leurs services publics. C’est ainsi que la normativité financière a progressivement réinvesti le champ des services publics au point d’apparaître comme un élément central du droit qui leur est applicable.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 24)

³¹⁷ ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 117.

³¹⁸ Não teria sido possível simplesmente transpor para o direito europeu o conceito de serviço público, mesmo porque não existe um único conceito, mas vários, já que cada um dos países do bloco trata o tema de modo singular, mesmo que haja uma identidade em comum, na busca de uma coesão social pela intervenção do Estado em atividades reputadas essenciais. A criação de um conceito europeu, distinto dos conceitos nacionais, mas que os permitisse manter suas tradições jurídicas próprias sem violar as regras europeias, foi uma forma perspicaz de lidar com o problema. Christian Stoffaës, já em 1995, observava essa circunstância da diversidade de “serviços públicos” espalhados pelos diversos países europeus: “*Toutefois, s’il est bien clair que les notions de public services, d’öffentliche Dienst, de servizi publici, de servicios publicos, etc. ne sont pas identifiables à la notion française de service public, il est clair qu’une certaine convergence historique et une certaine sensibilité commune est attesté chez beaucoup de partenaires européens.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique: des industries de service publics renouvelées dans l’Europe libérale**. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 47)

exercício da sua autoridade pública não está sujeito à observância das regras concorrenciais dos tratados. No entanto, quando age na qualidade de empresário deve observá-las³¹⁹:

No que respeita à tese do Governo italiano de que a directiva sobre a transparência não permite distinguir, no âmbito dos poderes públicos, entre as actividades características do exercício da autoridade pública e as actividades características da empresa, parece claro que um dos objectivos da directiva foi precisamente pôr em evidência a posição do Estado enquanto poder público e enquanto empresário. Resultaria do sexto considerando da directiva que a transparência nas relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas era pretendida precisamente para permitir uma clara distinção entre estes dois papéis desempenhados pelo Estado. Do que resulta que o papel do Estado, na sua qualidade de autoridade pública, não interessa à directiva, enquanto o seu papel como empresário é tomado em devida consideração. Neste caso concreto, não é o Estado italiano, enquanto autoridade pública, que está em causa, mas o Estado italiano que, através de um ramo da própria administração, desenvolve uma actividade tipicamente empresarial e, por consequência, de forma nenhuma indispensável para fins de interesse estritamente público, actividade sobre a qual a Comissão tem o dever de exercer o seu poder de fiscalização, nos termos do Tratado.

Assim, no que se refere àqueles serviços prestados pelo Estado no exercício do seu poder de império, como as atuações militares ou policiais, o controle do tráfego aéreo ou marítimo, a defesa do meio-ambiente, a execução das penas ou a segurança pública, por exemplo, estava claro que não se aplicavam as normas concorrenciais do tratado. Restava, então, estabelecer como o direito europeu deveria ser aplicado naqueles casos em que aplicáveis as disposições do direito europeu da concorrência. Foi esse o contexto que levou ao desenvolvimento do conceito de serviço de interesse geral, que hoje se subdivide em serviço de interesse económico geral, serviço não económico de interesse geral, serviço universal e serviço social de interesse geral³²⁰.

Os primeiros casos julgados pela Corte de Justiça europeia a esse respeito diziam respeito à forma como deveria ser interpretado o artigo 106, §2º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia³²¹ que, ao estabelecer a regra da concorrência, abria espaço para que, em casos especiais, o Estado pudesse impor um regime jurídico diferenciado, quando necessário ao cumprimento de determinadas missões. Os precedentes clássicos da jurisprudência europeia são os casos *Corbeau* (1993)³²² e *Commune d'Almelo*

³¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº 118/85**, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, julgado em 16 de junho de 1987. *Concorrenza - imprese pubbliche - trasparenza delle relazioni finanziarie fra stati membri ed imprese pubbliche - distinzione fra lo stato come potere pubblico e come produttore o prestatore di servizi*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61985CJ0118>. Consultado em 11 de abril de 2019.

³²⁰ CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, p. 74.

³²¹ Antigo artigo 90, §2º do Tratado da Comunidade Europeia (Tratado de Roma).

³²² UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-320/91**. Processo-crime contra Paul Corbeau, julgado em 19 de maio de 1993. Concorrência. Empresas a que os Estados atribuem direitos especiais ou exclusivos. Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Monopólio postal. Admissibilidade. Limites. Serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse económico geral e

(1994)³²³. Nesses casos, o texto do tratado foi interpretado no sentido de se reconhecer que, apesar de a concorrência ser em geral desejável, há hipóteses em que pode se justificar o seu afastamento³²⁴ e a aplicação de uma regulação especial a determinadas atividades³²⁵. Essencialmente, esse regime especial de regulação se justificaria naqueles casos em que o Estado busca assegurar uma missão de interesse geral e a introdução da concorrência possa acabar causando embaraços, como o aumento dos custos fixos que ocorre nos serviços de rede, considerados monopólios naturais. No entanto, essa derrogação das regras concorrenciais só seria possível quando estritamente necessária para cumprir a missão de interesse público³²⁶.

que não põem em causa o seu equilíbrio económico. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A61991CJ0320>. Consultado em 11 de abril de 2019.

³²³ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-393/92**. Commune d'Almelo e outros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij, julgado em 27 de abril de 1994. Concorrência. Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Sujeição às regras do Tratado. Limites. Distribuição de energia eléctrica. Distribuidor regional que impõe aos distribuidores locais uma cláusula de compra exclusiva que exclui qualquer importação. Admissibilidade. Condição. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0393>. Consultado em 11 de abril de 2019.

³²⁴ Especialmente interessante é a análise de Christian Stoffaës, por ter sido realizada no calor dos acontecimentos, em relatório, dirigido ao Ministro da Economia da França, sobre a possibilidade de compatibilização entre o direito comunitário europeu e o instituto francês do serviço público. Após traçar um cenário bastante adverso, o autor louva essas novas decisões da Corte de Justiça Europeia, como uma nova perspectiva que se abria para reconciliar o direito europeu com os serviços públicos: “*De ce fait, la Commission a développé, ces dernières années, un véritable foisonnement normatif pour faire avancer le principe de concurrence dans tous les recoins de l'économie européenne. (...) Donc, il n'y aurait pas de place pour les services publics économiques dans la construction européenne. (...) Une évolution dans la jurisprudence vient d'intervenir, ouvrant peut-être des perspectives nouvelles. Une position plus souple a été ultérieurement adoptée ; par exemple dans l'affaire UER/Eurovision (décision de la Commission du 11 juin 1993), au moins à titre temporaire, puis dans les affaires Corbeau et Commune d'Almelo. L'offensive du pouvoir dérégulateur de la Commission s'est en effet heurtée par deux fois, en 1993 et en 1994, à la limite de l'interprétation par la Cour de Justice de l'article 90-2.*” (STOFFAËS, Christian. **L'Europe de l'utilité publique**: des industries de service publics renouées dans l'Europe libérale. Rapport au Ministre de l'économie. Paris: ASPE, 1995, p. 95 e 196)

³²⁵ “*Dans l'affaire 'Corbeau', la Cour reconnaît que la mission confiée à la régie des postes belges présente un caractère d'intérêt général lié, notamment, au caractère 'particulier' de la mission et aux contraintes, économiques et réglementaires, auxquelles cette dernière est soumise. (...) Surtout, la Cour admet que les restrictions de concurrence puissent être justifiées par la seule nécessité, pour le titulaire d'un droit exclusif, d'exercer sa mission 'particulière' dans des conditions qui lui permettent, en dépit des contraintes qui pèsent sur son exploitation, d'enregistrer des bénéfices ou, du moins, de ne pas accumuler les pertes. La Cour reconnaît ainsi la pertinence d'une compensation, soumise à certaines conditions, entre les activités rentables et les secteurs moins rentables (...).*”

*L'arrêt 'Commune d'Almelo' confirme, pour sa part, la prévalence de la mission d'intérêt économique général sur les règles de la concurrence, dès lors que l'opérateur est contraint de respecter des obligations particulières, liées à la nature de sa mission. (...), la Cour admet les restrictions de concurrence, dans la mesure où 'elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci'. Cette nécessité doit notamment s'apprécier, selon la Cour, au regard 'des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise.’” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, pp. 72 e 73)*

³²⁶ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 154 a 158.

Diante da diversidade de regimes jurídicos existentes em cada um dos Estados-membros, esses parâmetros estabelecidos pelo direito europeu são propositalmente formulados em linguagem bastante aberta, de modo que cada Estado possa adequar os novos critérios do direito europeu às suas realidades próprias. Assim, cabe a cada país estabelecer quais são essas atividades que, tendo em vista estarem destinadas a cumprir uma missão de interesse geral, podem ser excluídas do campo do direito europeu da concorrência.

A importância desses acórdãos — que abriram as portas do direito europeu para a flexibilização do movimento em direção à total abertura de mercados e implantação do maior nível possível de concorrência, em prol da tolerância com as necessidades dos Estados de manterem, em certas situações, um grau maior de intervenção estatal — foi antevista por Christian Stoffaës que, em 1995, pouco tempo depois de sua prolação, teceu as seguintes considerações³²⁷:

Os casos Corbeau e Almelo podem parecer, em retrospectiva, de importância histórica decisiva, adaptando-se pela primeira vez a uma posição de princípio favorável à compatibilidade dos monopólios do serviço público com as regras do Tratado, definindo critérios positivos para avaliação que são válidos do ponto de vista comunitário. Há uma nova tendência, ou mesmo uma reversão legal.

O Protocolo nº 26³²⁸, relativo aos serviços de interesse econômico geral, que traz disposições sobre a interpretação do artigo 14 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, deixou claro “*o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais*” para selecionar as atividades a serem qualificadas e organizar o seu funcionamento, respeitando-se a diversidade de “*situações geográficas, sociais ou culturais*”. Ao mesmo tempo, o Protocolo define alguns parâmetros que devem ser observados pelas autoridades dos Estados-membros ao tomar uma decisão desse tipo. Deste modo, devem ser reguladas como um serviço de interesse econômico geral, escapando assim das regras concorrenciais europeias, apenas aquelas atividades que demandem “*um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores*”.

³²⁷ “*Les arrêts Corbeau et Almelo apparaîtront peut-être, rétrospectivement, revêtir une importance historique décisive, adaptant pour la première fois une position de principe favorable à la compatibilité des monopoles de services publics avec les règles du Traité, en définissant des critères positifs d’appréciation valables du point de vue communautaire. On peut y déceler une nouvelle tendance, voire un revirement jurisprudentiel.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 197)

³²⁸ Pode ser acessado em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12008M%2FPRO%2F26>. Consultado em 12 de abril de 2019.

Diante da estipulação desses requisitos, reforçou-se o entendimento de que as instâncias europeias de decisão, respeitado o princípio da subsidiariedade³²⁹, poderiam exercer algum tipo de controle sobre essas decisões tomadas no âmbito interno dos Estados, mas apenas caso fosse identificado erro manifesto na apreciação dos parâmetros autorizadores³³⁰. A Corte de Justiça europeia já afastou, por exemplo, a aplicação do direito nacional italiano que, ao organizar um serviço de exploração de portos, estabelecia que a autoridade portuária só poderia contratar funcionários de cidadania italiana. O entendimento que prevaleceu foi o de que a derrogação da regra de livre concorrência está condicionada ao fato de que o regime especial de regulação imposto seja essencial para atingir a missão de interesse público e não viole os interesses comunitários, o que não era o caso. A norma nacional, portanto, foi afastada³³¹.

Decisão no mesmo sentido foi adotada em relação à operação de um porto dinamarquês, cuja regulação determinava a cobrança de tarifas discriminatórias entre os

³²⁹ O princípio da subsidiariedade é bastante antigo. Consiste na ideia de que uma coletividade mais abrangente não deve intervir em questões que possam ser resolvidas pela coletividade mais restrita e mais próxima do objeto da decisão, a não ser que isso se revele imprescindível para que determinadas finalidades sejam alcançadas. Sua formulação moderna e dirigida às esferas de decisão dentro do Estado, foi estabelecida na encíclica “Quadragésimo Anno” do Papa Pio XI (1931), expressamente dirigida contra o totalitarismo do Estado fascista que se impunha com força crescente. Na Europa, o princípio da subsidiariedade foi explicitado pelo Tratado de Maastricht e reforçado pelos tratados que se seguiram e é expressamente referido no artigo 5º do Tratado da União Europeia, que prescreve a regra de que “*a Comunidade actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado*”. Prossegue afirmando que “*nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário*”. Para alguns autores, apesar de não explicitado desde a origem, o princípio da subsidiariedade estava implícito desde o Tratado de Roma e sempre regeu as relações entre as esferas comunitárias e as estatais, de modo que as autoridades europeias sempre foram autorizadas a agir apenas naqueles domínios em que os resultados almejados não pudessem ser alcançados pela atuação isolada das autoridades nacionais. Sobre o princípio da subsidiariedade, vide MELLO, Celso Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 216 a 219, DROMI, Roberto. **Derecho Comunitario**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pp. 167 e 168, REIS, Márcio Monteiro. **Mercosul, União Europeia e Constituição**: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 180 a 182 e TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³³⁰ “(...) *en vertu du principe de la subsidiarité c’est à l’État seul qu’il revient de déterminer, au moyen d’un acte de puissance publique, les activités qu’il entend qualifier d’activités de service public, qui bénéficient, le cas échéant, des dérogations prévues à l’article 86-2 du traité.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 242)

³³¹ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-179/90**. *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA. Le operazioni portuali non presentano, in linea di principio, un interesse economico generale che abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica e che possa farle rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 90, n. 2, del Trattato. In ogni caso il fatto che i pubblici poteri abbiano affidato ad un’impresa la gestione di un servizio economico di interesse generale può, in forza della summenzionata disposizione, permetterle di sottrarsi al rispetto delle norme del Trattato solo se l’applicazione di queste norme è tale da ostare all’adempimento della specifica missione affidatale e se l’interesse della Comunità non viene compromesso*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0179>. Consultado em 12 de abril de 2019.

usuários³³². Por outro lado, a Corte também já julgou compatível com o direito europeu disposição normativa nacional que estabelecia um regime tarifário para a comercialização de gás canalizado, divergente dos critérios impostos em diretiva europeia³³³, por entender que naquele caso a medida era necessária para permitir a legítima perseguição de um interesse econômico geral³³⁴ por parte das autoridades estatais.

Desenvolveu-se a partir dessa época, no direito comunitário europeu, a ideia de **universalização**. O conceito foi importado da experiência norte-americana, no sentido de identificar que há certos serviços que devem ser disponibilizados para todos, de modo que o monopólio se justifica também por viabilizar os subsídios cruzados, que permitem cobrar tarifas abaixo do preço de custo em localidades ou situações cujas características imporiam, de outro modo, custos excessivamente elevados. Nesses casos, seria justificável garantir exclusividade a um único operador, de modo que pudesse, em contrapartida às perdas sofridas em certas localidades ou circunstâncias, cobrar tarifas acima do preço de custo naquelas outras situações em que a prestação do serviço se mostrasse mais rentável³³⁵.

Esse conceito de universalização surgiu como uma justificativa, alegada no final do século XIX pela AT&T, nos Estados Unidos, para manter um monopólio sobre as redes de comunicação. Sua incorporação ao direito europeu veio a se consolidar cerca de um século mais tarde³³⁶ e foi explicitado pela primeira vez quando da expedição da “Declaração da Comissão sobre a resolução do Conselho relativa ao serviço universal no sector das telecomunicações”³³⁷. A Comissão estabeleceu nesse documento que, em certos casos, a regulação estatal pode ser construída de modo a garantir que todo usuário tenha acesso, ao

³³² UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-242/95**. GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner (DSB), julgado em 17 de julho de 1997. *Concorrência. Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Identificação a partir da especificidade da actividade exercida. Sujeição às regras do Tratado. Derrogação. Condições (Tratado CEE, artigo 90.º, n.º 2)*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0242>. Consultado em 12 de abril de 2019.

³³³ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-265/08**. Federutility et autres contre Autorità per l'energia elettrica e il gas, julgado em 20 de abril de 2010. *Mercado interno de gás natural. Intervenção do Estado no preço do fornecimento de gás natural a partir de 1 de Julho de 2007. Obrigações de serviço público das empresas que operam no sector do gás*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0265>. Consultado em 12 de abril de 2019.

³³⁴ Uma abordagem ampla da aplicação do princípio da subsidiariedade no domínio dos serviços públicos em países europeus pode ser encontrada em GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 197 a 210.

³³⁵ CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, pp. 98 a 100 e **BRACONNIER, Stéphane**. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, pp. 82 a 87.

³³⁶ GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 162 a 171 e **BRACONNIER, Stéphane**. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 82.

³³⁷ Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 48, de 16 de fevereiro de 1994, à p. C-48/8. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1994:048:FULL&from=SV>. Consultado em 12 de abril de 2019.

menos, a um espectro mínimo de serviços essenciais a serem estabelecidos, os quais devem ser prestados a um preço acessível e segundo critérios de qualidade definidos e fiscalizados pelas autoridades estatais. Em 2002, foi editada a diretiva 2002/22/CE³³⁸, conhecida como diretiva do serviço universal, estabelecendo parâmetros para a universalização, no mercado europeu, dos serviços de telecomunicações.

Ocorre que, tendo sido caracterizada a partir do conceito de serviço público de interesse econômico geral³³⁹, logo a ideia de que alguns serviços essenciais devem ser garantidos pelo Estado se desprende do caráter econômico, dando origem mais recentemente aos conceitos de serviço não econômico de interesse geral e serviço social de interesse geral. Os **serviços não econômicos de interesse geral** estão associados às funções de autoridade exercidas pelo ente estatal, como visto acima. Já os **serviços sociais de interesse geral**, surgem como uma categoria própria a partir dos anos 2000. Esse novo conceito, ainda pouco desenvolvido, tem servido, na verdade, como uma porta para a ampliação do conceito de serviço econômico de interesse geral, que abrangia essencialmente as atividades dependentes da exploração de infraestrutura de rede (*public utilities*), com características de monopólio natural³⁴⁰. A Comunicação da Comissão Europeia, de 26 de abril de 2006³⁴¹ estabelece que “*os Estados-membros são livres para definir o que eles entendem por serviços de interesse econômico de interesse geral e, em particular, os serviços sociais de interesse geral*”.

Os serviços sociais são definidos como as atividades (a) que tem por base o princípio da solidariedade, (b) que visem à proteção dos direitos humanos fundamentais e das pessoas mais vulneráveis, (c) que não tenham fins lucrativos, (d) que sejam marcados por uma tradição cultural local e uma relação de proximidade entre o prestador e o beneficiário, (e) por uma relação assimétrica, não identificável com um relacionamento do tipo

³³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2002/22/CE**, de 7 de março de 2002 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 108, de 24 de abril de 2002, às pp. 51 a 77. Relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0022&from=PT>. Consultado em 13 de abril de 2019.

³³⁹ “*La notion de service universel a été ainsi développée a partir de la caractérisation des services d'intérêt économique général. Elle supposait que soit assurée, à tous, la fourniture d'un certain nombre de services pensés essentiels, c'est-à-dire indispensables, avec une garantie d'approvisionnement relevant de l'ordre de la nécessité, un niveau de qualité minimal et un prix abordable.*” (GUGLIELMI, Gilles J. et alli. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 163)

³⁴⁰ “*Si pendant longtemps le modèle des SIEG était figuré par les activités gérées en réseaux, la communication du 26 avril 2006 sur les services sociaux d'intérêt général dans l'Union Européenne n'hésite pas à souligner que 'la quasi-totalité des services prestés dans le domaine social peuvent être considérés comme des activités économiques au sens des articles 43 et 49 du traité CE'*” (GUGLIELMI, Gilles J. et alli. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 172)

³⁴¹ Não publicada no Jornal Oficial da União Europeia, mas disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133230>. Consultado em 12 de abril de 2019.

fornecedor-consumidor. Ainda assim, a referida Comunicação indica que devem ser respeitadas as normas do direito comunitário europeu e a jurisprudência da Corte europeia. Estabelece, ainda, que sempre que se cuide de um serviço de natureza econômica, devem ser aplicados o direito da concorrência e os princípios da livre iniciativa e liberdade de prestação de serviços³⁴².

A questão remete a outra discussão, semelhante a essa, quanto à possibilidade de atribuição de subsídios públicos a empresas às quais se atribua a realização de um serviço econômico de interesse geral. Na medida em que se trata de um serviço cuja natureza permite derogar as normas de livre concorrência, a concessão de subsídios públicos poderia parecer natural. A Corte de Justiça Europeia, no entanto, no caso conhecido como *Ferring*³⁴³ considerou incompatível com o direito europeu um regime jurídico que atribuía à empresa encarregada de um serviço de interesse econômico geral uma ajuda estatal cujo volume foi considerado excessivo frente aos custos excedentes em que deveria incorrer para fazer frente às obrigações de serviço público.

Posteriormente, ao julgar o caso *Altmark*³⁴⁴, a Corte definiu mais precisamente os requisitos a serem observados: (a) efetiva outorga estatal da atividade a uma empresa com a consequente atribuição de obrigações de serviço público, (b) comunicação prévia à Comissão

³⁴² Jacques Chevalier identifica quatro tipos de serviços públicos: (a) serviços públicos antigos, que identifica como aquelas atividades ligadas diretamente ao poder de império (*activités régaliennes*), como a diplomacia, a defesa e segurança pública, a justiça, a moeda e os impostos; (b) serviços públicos econômicos, herdeiros, na França do Colberismo, quando se justificava pelo interesse estatal pela exploração artística (manufaturas de Sèvres ou de Gobelins), por razões fiscais (monopólio do sal, dos fósforos e do tabaco), pela estreita ligação com atividades de império (fabricação de armas e material bélico, imprensa nacional, cunhagem de moedas e medalhas); tendo evoluído, a partir da exploração das estradas de ferro para a exploração de indústria de rede, dando origem ao conceito de serviço público industrial e comercial; (c) serviços sociais, quando o Estado precisou assumir funções de que tradicionalmente se desincumbia a Igreja, na área de assistência social, atendimento à saúde, educação e habitação e (d) serviços sócio-culturais, como a proteção do patrimônio cultural (arquivos, museus, monumentos históricos, bibliotecas) e o mecenato (com o apoio às artes e ofícios). Vide a propósito: CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, pp. 61 a 66.

³⁴³ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-53/00**. *Ferring SA contra Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, julgado em 22 de novembro de 2001. *Auxílios concedidos pelos Estados. Conceito. Medidas que visam compensar o custo das missões de serviço público assumidas por uma empresa. Exclusão. Condição. Equivalência entre o benefício concedido e os custos adicionais (Tratado CE, artigo 92)*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0053>. Consultado em 12 de abril de 2019.

³⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-280/00**. *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, e Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, julgado em 24 de julho de 2003. *Auxílios concedidos pelos Estados. Conceito. Medidas destinadas a compensar o custo das missões de serviço público assumidas por uma empresa. Exclusão. Condições. Obrigações de serviço público claramente definidas. Estabelecimento de forma objectiva e transparente dos parâmetros que servem para calcular a compensação. Limitação da compensação aos custos. Determinação da compensação, na falta de selecção da empresa por um processo de concurso público, com base numa análise dos custos de uma empresa média do sector em causa (Tratado CE, artigo 92, §1º)*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0280>. Consultado em 12 de abril de 2019.

Europeia quanto ao subsídio concedido, (c) ajuda conferida com o único e exclusivo objetivo de compensar os custos excedentes causados pela obrigação de serviço público imposta e (d) utilização de mecanismos de equilíbrio econômico-financeiro, que permitam aferir, com a precisão possível, o montante das ajudas, de modo que não supere o valor necessário para a referida compensação. Foram esse conceitos, derivados da ideia de serviço de interesse geral, consolidados no direito europeu, que permitiam que diversos Estados-membros, que tradicionalmente adotam o regime de serviços públicos, pudessem manter esse modelo em seus ordenamentos jurídicos internos, aplicável a certas atividades, às quais não se aplicam os cânones da concorrência livre.

Como se verifica, especialmente quando prestados por empresas privadas, após o recebimento de algum tipo de outorga estatal, os serviços públicos (econômicos), nesses países europeus, assim como ocorre com as *public utilities* nos Estados Unidos, passam a se caracterizar como uma forma especial de regulação das atividades privadas. Na França, no caso *Ordre des avocats au barreau de Paris*³⁴⁵, o Conselho de Estado deixou claro que há dois tipos distintos de intervenção do Estado nas atividades econômicas: uma referente aos serviços públicos, em que a atuação estatal é revestida de prerrogativas especiais, em razão da missão de interesse público inerente à sua natureza e outra, em relação às demais atividades econômicas, em que os entes estatais só podem intervir quando revestidos de uma competência específica, observados os limites dessa competência, a existência de razões de interesse público que justifiquem a intervenção e sempre respeitando a liberdade de comércio e indústria e o princípio da livre concorrência³⁴⁶.

A onda de liberalização dos anos 80 e 90 na Europa foi efetivamente bastante influenciada pelas ideias que se propagaram inicialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos.

³⁴⁵ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Ordre des avocats au barreau de Paris**, nº 275531, julgado em 31 de maio de 2006 e publicado no recueil Lebon. *Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000008244457>. Consultado em 12 de abril de 2019.

³⁴⁶ A distinção é muito próxima da que também está presente na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, afirmada inicialmente em *Tyson & Bro. v. Banton*, quando se declarou que “*characterizations of businesses as ‘quasi-public’, not strictly private, and the like, while well enough as a basis for upholding police regulations in respect of the conduct of particular businesses, cannot be accepted as equivalents for the description “affected with a public interest” as that phrase is used in the decisions of this Court as the basis for legislative regulation of prices.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Tyson & Bro. v. Banton**, 273 U.S. 418, 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/418/>. Acesso em 19 jan. 2019)

Houve grandes privatizações, por meio das quais os Estados se desfizeram de diversas empresas, transferindo o seu controle para a iniciativa privada. De alguma forma, o mito do serviço público, construído com a ascensão do Estado de Bem-Estado Social se desmoronou diante da realidade econômica³⁴⁷. Passou a ganhar força, então, uma convicção contrária, de que o Estado não deveria agir como agente direto na realização de atividades econômicas, que se revelavam mais eficientes quando geridas por agentes privados, em uma lógica de livre mercado e concorrência. Por outro lado, para contrabalançar os efeitos indesejados dessa liberação, foi construído o conceito de serviços de interesse geral. A sua divisão em serviços econômicos de interesse geral, de um lado e serviços não econômicos de interesse geral, de outro, facilitou uma aproximação do primeiro com o conceito anglo saxão de *public utility*.

O direito europeu sempre reconheceu a existência de atividades dotadas de interesse econômico em sua exploração, assim como a prerrogativa dos Estados de, diante de uma missão de interesse geral a ser cumprida, estabelecer um regime jurídico próprio, isento da lógica concorrencial, por meio do qual pode impor condições e ônus e outorgar privilégios, de modo a viabilizar a sua universalização, com cobrança de tarifas acessíveis e garantindo um acesso igualitário e não discriminatório a todos, impondo, ainda, a observância de parâmetros de qualidade, com o objetivo de manter a coesão social³⁴⁸. Essencialmente, o que se reconhecia era a possibilidade de estabelecer, para atividades deste tipo, uma regulação própria, que é o mesmo espírito que preside a regulação das *public utilities* nos Estados Unidos e outros países de tradição jurídica anglo-saxã.

Também nesses casos, a onda de liberalização levou, em grande medida, a que essas atividades fossem maciçamente transferidas para as empresas privadas, tendo havido, na Europa, um grande impulsionamento das concessões e demais modalidades de delegação de

³⁴⁷ “*Le mythe du service public reposait sur le dogme de l’infailibilité de la gestion publique et sur la affirmation consécutive de sa supériorité quasi ontologique sur la gestion privée. Or ces postulats, jusqu’alors à peu près incontestés, seront dénoncés avec force dans les années 1970 par des courants idéologiques variés. (...) Il ne s’agit plus, en effet, d’une critique ‘positive’, visant à améliorer les méthodes administratives et misant sur la capacité des services publics à s’adapter, `se moderniser, mais d’une critique “négative”, dénonçant l’infériorité intrinsèque et congénitale de la gestion publique et postulant l’incapacité de l’administration de se réformer.*” (CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, p. 42 e 43)

³⁴⁸ “(...) *accessible à tous, le service public est censé offrir des prestations identiques à ses usagers; devant lui, tous se valent et disposent d’un droit égal à bénéficier de ses prestations. Mais le service public apparaît aussi en même temps comme un agent de redistribution, qui doit contribuer à réduire l’ampleur des inégalités sociales: il a pour fonction de mettre un certain nombre de biens (sociaux, culturels, économiques) à la portée de tous; son action s’adresse de manière préférentielle aux plus vulnérables et aux plus démunis, exclus des mécanismes de répartition et de distribution résultant du marché. // Par là, le service public apparaît comme un facteur essentiel de cohésion sociale: il garantit que des groupes socialement ou géographiquement défavorisés ne se voient pas privés de l’accès à des biens jugés essentiels.*” (CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015, p. 97)

serviços públicos. O próprio termo delegação começou a ser utilizado na França apenas na década de 80³⁴⁹ e foi incorporado na legislação pela primeira vez em 1992, na Lei de 6 de fevereiro, sobre a administração territorial³⁵⁰. A partir deste momento se consolidou a utilização dos instrumentos de delegação de serviços públicos, normalmente de natureza contratual, como mecanismos de regulação, permitindo a instituição de um regime jurídico regulatório especial a incidir sobre essas atividades qualificadas como serviço público, em razão do especial interesse público que sobre elas recai³⁵¹.

A partir dos anos 80 e 90 consolidou-se, portanto, no âmbito dos países da União Europeia, a ideia — atualmente bastante espalhada por todo o mundo ocidental, incluindo a América Latina e, claro, o Brasil — de que a livre concorrência é um valor a ser perseguido³⁵², impulsionador de um desenvolvimento econômico consistente e de alocações eficientes de recursos para a promoção de inovações e ganhos de eficiência, gerando um ambiente econômico virtuoso e pujante, propiciador de prosperidade social.

Com o tempo, também foi se assentando a ideia de que esse modelo, apesar de ser predominantemente o indicado e mais adequado, não funciona sempre. Há situações específicas em que o Estado ainda deve ser autorizado a excepcionar o regime da livre concorrência e estabelecer um regime jurídico especial³⁵³. Na França — de demais países de

³⁴⁹ “*En fait le terme de délégation de service public est apparu dans les années 1980. (...) Ceci ne signifie pas que la technique de la délégation de service public soit apparue dans les années 1980. Elle correspond en fait dans son principe à une technique ancienne, celle de la concession de service public. Mais le terme de concession de service public, ambigu parce que pouvant correspondre à plusieurs techniques d'intervention administratives, a depuis été abandonné comme terme générique pour ne correspondre qu'à une technique parmi d'autres au sein des délégations de service public.*” (AUBY, Jean-François. **La délégation de service public**. Paris: PUF, 1995, pp. 7 e 8)

³⁵⁰ AUBY, Jean-François. **La délégation de service public**. Paris: PUF, 1995, p. 7.

³⁵¹ “*La notion de régulation, difficile à cerner, ne correspond pas à une typologie unique. Elle trouve ses racines dans le modèle des agences nées aux États-Unis et a été reprise à l'échelon européen.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli. Droit du service public*. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 177). Ver também AUBY, Jean-François. **La délégation de service public**. Paris: PUF, 1995, pp.115 e 116.

³⁵² “*La politique européenne est plus centrée sur la concurrence que sur la privatisation. Cette démarche, nommée 'libéralisation', se révèle beaucoup moins saccadée que la privatisation britannique. Elle semble se déployer progressivement et sans anicroches majeures, décortiquant progressivement la question délicate du monopole. (...) la doctrine européenne ne vise pas spécifiquement les organisations publiques. Elle ne concerne celles-ci que de manière indirecte, dans la mesure où elles troublent le fonctionnement des marchés, objet premier de la construction européenne. Les spécialistes utilisent la métaphore du débordement (spillover) pour caractériser cet aspect récurrent des politiques européennes: une intervention dans un domaine a des conséquences dans un autre. En l'occurrence, une politique d'ouverture à la concurrence entraîne une transformation majeure de l'action publique par la mise en mouvement des entreprises publiques, qui conduira dans de nombreux cas à leur privatisation.*” (JEANNOT, Gilles e COUTARD, Olivier. **Revenir au service public?** Paris: Direction de l'information légale et administrative, 2015, p. 53 e 54)

³⁵³ “*La Communauté admet ainsi que certaines activités d'intérêt général, dans lesquelles interviennent les personnes publiques, constituent des 'valeurs communes' de l'Union, qui servent la cohésion économique, sociale et territoriale et qui, en conséquence, doivent rester à l'écart de la stricte application des règles du marché*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2^a ed. Paris: PUF, 2007, p. 241).

tradições jurídicas semelhantes — as delegações de serviços públicos, sob a proteção das normas que admitem os serviços de interesse geral, transformaram-se, então, no principal mecanismo de imposição desse tipo de regime regulatório especial a empresas privadas que assumem a responsabilidade por prestar serviços desse tipo.

A influência anglo-saxã se manifesta aqui mais uma vez, por meio da importação do sistema de regulação por agências. Em 1996, a Corte Constitucional francesa reconheceu a constitucionalidade de se atribuir a autoridades regulatórias administrativas, o poder de exercer jurisdição e aplicar sanções³⁵⁴, iniciativa típica do modelo norte-americano de regulação das *public utilities*. Tal como ocorre com as águas dos rios Negro e Solimões, na bacia hidrográfica amazônica que, em virtude de sua composição química, temperatura e velocidades diferentes, percorrem cerca de 6 km após o encontro de suas águas sem se misturar, as águas do serviço público “à francesa” passaram muito tempo correndo lado a lado com as águas das *public utilities* norte-americanas sem se misturar. Contudo, acabaram se misturando para se tornar um único rio. Constata-se, portanto, que essas diferentes experiências de delegação de serviço público tiveram notada aproximação, proporcionada pela onda neoliberal e pelos sensíveis efeitos provocados pela globalização no mundo, a partir dos anos 80 e 90.

Desse encontro, acabou surgindo um modelo de regulação contratual, cuja execução frequentemente é conduzida por agências reguladoras, independentes ou não. A tendência atual parece, portanto, o amálgama da tradição do direito administrativo francês, que sempre se baseou na contratualização das relações de delegação de serviços, com a experiência norte-americana de instituir agências, cuja missão é acompanhar a atuação dessas empresas, garantindo a observância de uma política tarifária que permita o amplo acesso ao serviço, fiscalizando a qualidade e assegurando as oportunidades de acesso universal e sem discriminação³⁵⁵.

Além disso, tem ganhado força a concepção de que, ainda que não seja desejável a introdução, nesses casos, da livre iniciativa e da liberdade de concorrência ampla, deve-se procurar **promover o maior nível de concorrência que se mostre adequado**. Nesse caso,

³⁵⁴ FRANÇA. Corte Constitucional. **Decisão nº 96-378**, julgada em 23 de julho de 1996. *Loi de réglementation des télécommunications*. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96378DC.htm>. Consultada em 11 de abril de 2019.

³⁵⁵ “*La première de ces règles impose la dissociation entre fonctions d’opérateur et celle de régulateur. La puissance publique ne peut être, en effet, à la fois ‘jouer et arbitre’ (...) La nature de l’autorité de régulation reste, néanmoins, à la discrétion des États qui peuvent choisir, comme en France, de charger une autorité administrative indépendante de cette mission. Les différentes directives sectorielles affirment clairement cette obligation.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, pp. 87 e 88)

também incumbe às agências, no seu papel de acompanhamento de um mercado específico, promover, sempre que possível, a introdução de algum nível de concorrência e coibir o abuso das prerrogativas inerentes à prestação de um serviço público. O próximo capítulo será dedicado a esse modelo de regulação contratual por agência, que é tipicamente o modelo adotado no Brasil.

4. Sistema brasileiro de regulação por contrato e por agência

4.1. Regulação estatal das atividades privadas e dos serviços públicos

No Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, o ordenamento constitucional estabeleceu uma clara distinção para a regulação incidente sobre **dois tipos de atividades econômicas**, considerada aqui em sua acepção ampla, que Eros Grau designa como, de um lado, **atividades econômicas em sentido estrito** e, de outro, **serviços públicos**³⁵⁶. A principal distinção que se estabelece em relação à regulação estatal a recair sobre cada uma dessas espécies de atividade, diz respeito ao tipo de sujeição existente em relação ao particular e aos instrumentos de que dispõe o Estado para limitar suas liberdades.

Como bem anotado por José Vicente Santos de Mendonça, existe uma sujeição geral de todos os indivíduos ao poder estatal. Essa sujeição geral “*nasce com a circunstância de o indivíduo pertencer ou estar em determinado país, sua fonte é a Constituição e o conjunto de leis válidas e em vigor naquele Estado, e ela incidirá em todas as atividades privadas ali exercidas (...)*”. Há outras hipóteses, no entanto, em que uma relação jurídica específica cria uma sujeição especial, que “*nasce a partir da circunstância fática de o administrado estar vinculado à Administração por força de um contrato ou por ostentar natureza ocupacional específica (servidor público, aluno de colégio público etc.), e sua fonte é ou o contrato administrativo ou a lei que rege a ocupação*”³⁵⁷.

No caso das **atividades econômicas em sentido estrito**, a regulação estatal se funda em uma **sujeição geral**. A Constituição brasileira tem a livre iniciativa como um dos seus fundamentos, conforme disposto em seu art. 1º, IV. Ao tratar da ordem econômica e financeira, estabelece, em seu art. 170, que se funda na valorização do trabalho e na livre

³⁵⁶ “*Insista-se em que atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito.*” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 100)

³⁵⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 322 e 333.

iniciativa, afirmando, entre outros, a livre concorrência como um de seus princípios. Como se sabe, todavia, nenhuma liberdade é absoluta. Respeitados os contornos constitucionais, o Estado pode limitar as liberdades individuais³⁵⁸. Paradoxalmente, limitá-las é uma das formas de protegê-las, evitando que o exercício abusivo ou excessivo da liberdade de uns, obste uma existência livre de outros.

A dicção do artigo 173 do texto constitucional³⁵⁹, ao restringir a atuação direta do Estado na economia aos casos em que haja imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo que o justifique, permite concluir, a *contrario sensu*, que a realização das atividades econômicas é o domínio próprio da iniciativa privada. Trata-se de cláusula constitucional de garantia da qual são titulares os indivíduos, assim como as empresas privadas³⁶⁰, que são livres “*para a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício*”, como estabelecido há mais de dois séculos no célebre decreto d’Allarde, editado em março de 1791, durante a Revolução Francesa³⁶¹.

Deste modo, é possível, em nome do interesse público, limitar a liberdade individual ao, por exemplo, restringir a comercialização de determinados produtos em circunstâncias específicas³⁶². Reputa-se como condizente com a Constituição, ainda, o condicionamento do exercício de certas atividades ao prévio consentimento estatal (como ocorre com bancos, seguradoras e instituições financeiras em geral ou empresas de telecomunicações, escolas e hospitais, mesmo quando desempenham atividade em regime privado, motoristas de taxi,

³⁵⁸ A proteção constitucional à livre iniciativa não impede, em hipótese nenhuma, o exercício do poder regulatório estatal sobre atividades privadas. A esse respeito: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 305 a 348. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005; BINEMBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

³⁵⁹ Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei

³⁶⁰ No contexto da Constituição portuguesa, não tão distante da brasileira, ao menos neste específico aspecto, Luís Cabral de Moncada aponta que “*o direito de livre iniciativa econômica privada passou a ser considerado, depois da revisão constitucional de 1982, como um autêntico direito fundamental e de um modo autónomo. (...) Este direito compreende várias vertentes quais sejam a liberdade de criação de uma empresa ou de iniciar uma actividade económica (liberdade de criação de empresa) e de a gerir autonomamente ou seja, sem interferências externas (liberdade de empresa)*” (MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Económico**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007, pp. 140-141).

³⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 198 a 203.

³⁶² Como a proibição de comercialização de bebidas alcólicas em estabelecimentos que permitam acesso direto a estradas, admitida pelo Supremo Tribunal Federal como uma restrição que pode ser constitucionalmente imposta ao particular (vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **RE 148.260**, Relator Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 25/10/1995, DJ de 14/11/1996, p. 44490).

empresas de segurança privada e outras); assim como o exercício de profissões liberais regulamentadas, ou a necessidade de prévio registro para a fabricação de determinados produtos (medicamentos e armamentos, por exemplo). Também atividades sem cunho econômico, como a condução de veículos de passeio, podem estar submetidas à prévia obtenção de licença do Estado, fundada em razões de segurança. O exercício do poder de polícia consiste exatamente nessa restrição estatal das liberdades. Em geral, a limitação é instituída por lei, imposta e assegurada nos casos concretos pela Administração, sob o controle do Poder Judiciário, a quem compete conter os abusos legislativos ou administrativos.

Admite-se, inclusive, imposições positivas de comportamentos, voltadas a assegurar o atendimento do interesse público por parte das empresas privadas, já que o princípio da função social da propriedade restringe a possibilidade de que seja exercida com objetivos única e exclusivamente egoísticos, de satisfação de interesses privados. Não são raras, nesse sentido, imposições aos particulares de obrigações de fazer, como manter extintores de incêndio em prédios privados, usar cinto de segurança nos automóveis, expor a composição nutricional nas embalagens de alimentos etc., sempre na forma da lei e perseguindo a observância de comportamentos dirigidos ao aumento do bem-estar social. Tais limitações impostas pelo Estado aos direitos individuais serão sempre possíveis, desde que não sejam tão restritivas a ponto de inviabilizar o seu exercício.

Atualmente, não é incomum que muitas das atividades econômicas em sentido estrito se submetam à regulação por agência. As agências reguladoras independentes, como se viu³⁶³, surgiram nos Estados Unidos, como entes voltados à regulação das *public utilities*. Todavia, a percepção quanto à sua eficiência fez com que esse formato se espalhasse por diversos países, tendo chegado ao Brasil na década de 90, especialmente em sua segunda metade, onde se expandiu, atingindo tanto a regulação de atividades tipicamente privadas, como os serviços públicos. Ocorre que o modelo norte-americano de regulação por agências (*commission regulation*) envolve essencialmente o exercício do poder de polícia, como ocorre com a regulação das atividades econômicas privadas no Brasil, mas se volta essencialmente às atividades das *public utilities*, mais facilmente associadas aos serviços públicos brasileiros, o que pode acabar gerando alguma perplexidade.

Ao ser incorporada pelo direito regulatório brasileiro, no entanto, às agências reguladoras têm sido atribuídas competências para regular tanto atividades privadas, como

³⁶³ Vide o subcapítulo 0 *retro*.

serviços públicos. Os instrumentos regulatórios de que dispõem em cada caso, no entanto, são bastante distintos. No que se refere às atividades econômicas em sentido estrito, dispõem apenas daqueles típicos do poder de polícia, nos moldes das *regulatory commissions* norte-americanas, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos — como se verá em seguida —, em que há uma relação contratual entre o regulado e o Poder Concedente.

Há, por vezes, uma maior associação, no Brasil, das agências reguladoras com os serviços públicos. No entanto, o simples fato de estarem sujeitas a uma regulação por agência não retira de determinadas atividades a sua natureza essencialmente privada, de atividades econômicas em sentido estrito, sempre que estiverem submetidas a uma sujeição geral, exclusivamente baseada no poder de polícia do Estado, que pode redundar na limitação das liberdades inerentes ao seu exercício e na submissão dos seus prestadores à fiscalização pública e ao poder sancionatório do Estado. Ainda que as agências possam exercer funções típicas de outros poderes, além da função administrativa, trata-se, ainda, nesses casos, do âmbito do poder de polícia.

Deve-se reconhecer que a introdução do fenômeno da regulação por agência no Brasil sedimentou uma prática de atribuição a um único ente administrativo, designado ou não como agência reguladora, de funções administrativas, cumuladas com funções normativas ou jurisdiformes, incidentes sobre atividades tipicamente privadas, reforçando os poderes regulatórios da Administração Pública e, muitas vezes, ampliando o grau de intervenção sobre a iniciativa privada. A percepção, no entanto, não é inteiramente verdadeira, na medida em que, anteriormente, na verdade, a maior parte das atividades econômicas se encontravam fora do alcance da iniciativa privada, entregues à atuação estatal direta, normalmente por meio de empresas estatais. Foi exatamente o fenômeno da desestatização que levou, portanto, a esse reforço das ferramentas regulatórias à disposição da Administração Pública.

É de se considerar, de todo modo, que o exercício desse poder normativo, não se confunde com aquele reservado ao Poder Legislativo. Para agir, a Administração Pública dependerá sempre de uma competência, que lhe é atribuída por lei. No caso das competências administrativas normativas, para que não se equipare a uma mera delegação da função legislativa a esferas da Administração Pública — não admitida no ordenamento constitucional brasileiro —, é essencial, ainda, que a lei estabeleça claramente os limites e parâmetros (ou *standards*) que deverão pautar o seu exercício³⁶⁴. Do mesmo modo, todo julgamento

³⁶⁴ Essa questão que já suscitou muito debate foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 1.668, tendo o Relator, Min. Marco Aurélio, afirmado em seu voto que “a atuação da Agência há de

administrativo redundará em uma decisão, cuja natureza será a de um ato administrativo; conseqüentemente sujeito ao controle pelo Poder Judiciário, por força do que estabelece o artigo 5º, XXXV da Constituição.

Por essa razão, a comercialização de planos de saúde não deixa de ser uma atividade econômica em sentido estrito, sujeita a um regime jurídico de direito privado, em razão de ser regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS; a fabricação e comercialização de medicamentos não se caracteriza como serviço público por estar submetida à regulação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; a atividade bancária e das demais instituições financeiras também não deixa de se submeter a um regime privado em razão das funções exercidas pelo Banco Central - BC, Comissão de Valores Mobiliários - CVM ou Superintendência de Seguros Privados - SUSEP. Mesmo algumas atividades reguladas por agências que também regulam serviços públicos podem continuar a se submeter a um regime de mero exercício do poder de polícia, em decorrência da sua natureza essencialmente privada, caracterizada pela liberdade de iniciativa, como ocorre, por exemplo, com os serviços de telefonia móvel.

No que diz respeito a essas atividades tipicamente privadas, o particular tem liberdade para exercê-las, embora sua liberdade possa ser limitada pelo exercício do poder de polícia estatal, em prol do bem comum. Segundo Odete Medauar, nesses casos, a atuação estatal *“acarreta limitação direta a direitos reconhecidos aos particulares”*. No entanto, *“a Administração enquadra uma atividade do particular, da qual o Estado não assume a*

fazer-se de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência.” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI 1.668-MC**. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 20/08/1998, DJ 16/04/2004, p. 54) Mais recentemente, ao tratar da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.485 que instituiu novas atribuições à Agência Nacional do Cinema – ANCINE, o Min. Luiz Fux, relator da ADIN 4.923, após fazer considerações sobre a superação do modelo oitocentista de Estado, que *“deu lugar a um Estado Interventor (...), assumindo o papel de provedor de necessidades fundamentais e corretor de antigas e novas iniquidades (...), passou a exigir cada vez mais conhecimento técnico e especializado dos órgãos estatais, além de respostas mais rápidas do que as propiciadas pelo naturalmente moroso processo legislativo formal”*. Deste modo, a competência das agências reguladoras independentes apresenta-se como um instrumento novo, decorrente das conhecidas leis-quadro, *“que acabam por abrir espaços, mais ou menos amplos, à atividade normativa das agências reguladoras”*. Referindo à doutrina de Carlos Ari Sundfeld, afirma que a constitucionalidade dessas leis dependerá de o legislador haver estabelecido standards suficientes, de modo que não se caracterize uma pura e simples delegação da função legislativa. E conclui considerando que naquele caso específico, *“a técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado regulador contemporâneo, em que a lei define as metas e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob controle do Judiciário e do próprio Legislativo) margem relativamente ampla de atuação.”* (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4.923**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018)

responsabilidade”³⁶⁵. Ao exercer o poder de polícia, o Estado se preocupa com aspectos específicos do comportamento individual, que podem afetar de algum modo o interesse coletivo e prescreve uma limitação ou condição a ser observada. Assim, por exemplo, o exercício de profissões liberais é livre, embora aqueles que queiram exercê-las devam buscar a qualificação necessária e o registro no respectivo conselho profissional, como determina a lei. A exploração de bares e restaurantes é igualmente livre, embora os responsáveis por tais estabelecimentos devam observar rigorosamente as normas de vigilância sanitária para o acondicionamento dos produtos e preparo dos alimentos, sob pena de sofrerem punições ou, até mesmo, terem o estabelecimento interditado, a depender da gravidade dos desvios que venham a ser constatados pela fiscalização.

Tanto as atividades privadas, exercidas sob um regime de direito privado e protegidas pela garantia da livre iniciativa, como os serviços públicos, prestados sob um regime de direito público — cujo acesso ao particular depende da iniciativa estatal — estão sujeitos à regulação pública. Todavia, no primeiro caso, a regulação se exerce única e exclusivamente na forma do artigo 174 da Constituição³⁶⁶. O Estado funciona como um agente normativo e fiscalizador, na forma da lei. Exerce essencialmente as funções relacionadas ao poder de polícia de que dispõe para limitar direitos individuais em prol do interesse público.

Já em relação aos **serviços públicos**, a função estatal não se restringe ao exercício do poder de polícia. Na verdade, nesses casos, grande parte da liberdade de iniciativa é suprimida dos particulares. O Estado atua com legitimação distinta, uma vez que assume a **titularidade do serviço**. O conceito de serviço público que se adota neste estudo é o daquelas atividades econômicas que, sendo assim qualificadas pela lei ou pela própria Constituição, passam a se sujeitar a um **regime jurídico de direito público**, na forma estabelecida pelo art. 175 da Constituição. Como se refere Alexandre Aragão, são aquelas atividades econômicas que o Estado toma como sua, por estarem vinculadas a necessidades ou utilidades coletivas reputadas essenciais³⁶⁷.

³⁶⁵ MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do centro de estudos de direito administrativo, ambiental e urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 23.

³⁶⁶ “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.” (BRASIL. **Constituição**. Promulgada em 5 de outubro de 1988).

³⁶⁷ “A atividade econômica lato sensu destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final. O serviço público é a atividade econômica lato sensu que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 169.)

A estratégia de instituição dos **serviços públicos titularizados pelo Estado**³⁶⁸ possui **duas dimensões** principais. De um lado cria para o Estado uma obrigação de manter aquele serviço à disposição dos cidadãos, sejam usuários efetivos ou potenciais, assegurando padrões mínimos de qualidade e acessibilidade e definindo uma política tarifária. Essa é uma **relação jurídica de garantia** criada entre o Estado e o cidadão³⁶⁹. Segundo a dicção do art. 175 da Constituição, o Estado poderá se desincumbir desse dever assumindo diretamente a execução das atividades a serem oferecidas ao público, o que fará com os meios próprios de que disponha a sua Administração Pública direta ou indireta — normalmente empresas estatais, agindo sob o controle direto do Estado —, ou poderá delegar a atividade a algum particular. Nesse último caso, o Estado transfere a empresas privadas a responsabilidade por executar a atividade e oferecer o serviço ao público, sob o regime de concessão ou permissão e sob sua supervisão e regulação³⁷⁰.

Surge, então, a **segunda dimensão** inerente a essa qualificação, conhecida como **publicatio**, ou seja, a subtração dessas atividades do regime de livre iniciativa, disciplinado pelo art. 173 da Constituição, em virtude de passarem tais atividades econômicas à

³⁶⁸ Não deve causar perplexidade a afirmação de que a instituição de serviços públicos como atividade econômica titularizada pelo Estado seja o fruto de uma estratégia constitucional. Nem todos os países adotam o regime de serviços públicos. Há países, especialmente aqueles de origem anglo-saxônica, em que a tradição jurídica desconhece esse conceito. Isso não significa, no entanto, que nesses locais o Estado negligencie o interesse público preponderante no exercício de certas atividades destinadas ao atendimento de necessidades coletivas essenciais. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a conhecida *public utility doctrine* — cuja tradução não é fácil, mas pode ser referida como teoria das atividades de interesse público — em nada se parece com a teoria dos serviços públicos de origem romano-germânica. Como esclarece Tatiana Natal, “as public utilities são as atividades exploradas pelo setor privado que, devido a sua importância, são permanentemente reguladas pelas Agências Reguladoras Independentes, a fim de que se garanta a concorrência e se eliminem os vícios existentes no mercado, limitando-se, com isso, a liberdade gerencial e o planejamento dos agentes econômicos. Assim, as empresas privadas devem adequar suas atividades de forma a otimizar a prestação dessas atividades, principalmente no quesito qualidade, proporcionando ao usuário ou consumidor a excelência do serviço. Perceba-se que não se fala em serviços públicos, cuja titularidade é estatal, mas sim em atividades privadas de interesse público. Essas distintas noções decorrem da diversidade de experiências históricas, econômicas, jurídicas, sociais e políticas vivenciadas por cada Estado.” (nota de rodapé nº 4 de NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**, http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf, consultado em 4 de julho de 2016).

³⁶⁹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, pp. 106-107 e 128-129. Sobre essa relação de garantia, Pedro Gonçalves tece as seguintes considerações: “A privatização material estendeu-se pois, para zonas claramente abrangidas por um ‘dever de garantia’: com esta fórmula pretende-se representar o dever da incumbência constitucionalmente imposta ao Estado de ‘garantir’ ou de ‘assegurar’ a realização de certos fins (v.g., defesa dos direitos dos cidadãos, promoção do bem-estar, segurança, fornecimento de serviços essenciais).” (GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 159)

³⁷⁰ “Portanto, o elemento subjetivo dos serviços públicos configura-se pela presença do Estado na relação jurídica, seja como devedor da obrigação, seja como garantidor do devedor da obrigação, nas hipóteses em que tenha havido uma delegação.” (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 230 e 231)

titularidade do Estado. Deste modo, a iniciativa privada não dispõe de liberdade para prestar os serviços públicos. Só poderá fazê-lo se tiver previamente estabelecido um vínculo especial, de natureza contratual, com a Administração Pública. Estará caracterizada, assim, a sujeição especial de que se cuidou no início desse capítulo, a qual cria uma outra fonte de obrigações a serem impostas aos particulares, os quais, além da lei, estarão também submetidos a uma relação contratual estabelecida com o Poder Concedente. É essa relação de sujeição especial que permitirá o exercício de um poder de conformação mais amplo do Estado em relação ao exercício de tais atividades, interferindo de maneira mais intensa em seu desempenho. Como se verá a seguir, a regulação dessas atividades — qualificadas como serviço público — deixa de ser uma regulação de proteção para se tornar uma regulação de performance.

Da titularidade estatal sobre os serviços públicos redundam, então, normalmente, duas consequências principais: (i) o surgimento de uma relação de garantia, que impõe ao Estado o dever de assegurar que o serviço seja disponibilizado em condições adequadas e as prerrogativas para o desempenho dessa missão e (ii) a *publicatio* da atividade, que afasta o princípio da liberdade de iniciativa e reserva o seu exercício ao poder público ou àqueles que com ele firme contrato de concessão ou permissão de serviço público, conferindo, assim, ao ente estatal os poderes inerentes à regulação contratual que poderá, ainda, estar associado a uma regulação por agência, a depender de previsão legal. Disso se cuidará mais à frente.

Da relação de garantia o Estado jamais se demite, exatamente por se tratar de uma relação estatutária, determinada pela Constituição em favor dos cidadãos³⁷¹. É por essa razão que, ao delegar o serviço, a Administração Pública não transfere a sua titularidade e, portanto, continua incumbida das responsabilidades que lhe são inerentes, tanto no que diz respeito à reparação de eventuais danos causados pela execução dessas atividades, como, principalmente, pelos atos de conformação necessários para *garantir* a adequada prestação do serviço.

Já a segunda dimensão própria dos serviços públicos, **a *publicatio*, pode se manifestar de maneiras distintas ou mesmo sequer existir**. Há pelo menos dois casos em que o Estado assume a obrigação de prestar o serviço, por força de expressa determinação constitucional — decorrente da relação de garantia inerente à sua titularidade sobre a atividade —, sem excepcionar o acesso do setor privado, que poderá prestar tais serviços, em

³⁷¹ “*Nas concessões de serviço público, a obrigação estatal é delegada sem abdicação da competência para a prestação dos serviços, de maneira que o Estado permanece responsável pela garantia da efetiva prestação dos serviços de forma satisfatória*”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 298)

um regime de livre iniciativa. É o que ocorre, por exemplo, com os serviços de saúde, considerados um direito de todos e dever do Estado, por força do art. 196 da Constituição, mas cuja prestação é livre para a iniciativa privada, em razão do disposto no art. 199. O mesmo ocorre com os serviços relacionados à área de educação, cuja prestação gratuita é um dever do Estado (arts. 205, 206, IV, 208, I, II e §1º da Constituição), embora também sejam livres à iniciativa privada³⁷², na forma do art. 209, respeitados os requisitos impostos por lei.

Por essa razão, parte da doutrina não considera que os serviços de saúde e educação sejam, de fato, serviços públicos, uma vez que seria inerente ao seu regime jurídico que o particular atue “*não exercendo um direito próprio, mas por delegação da Administração, no marco do contrato administrativo de concessão de serviço público*”³⁷³, o que não ocorre em relação àqueles serviços. Outros os tratam em conjunto com os serviços assistenciais ou serviços sociais, como Carlos Ari Sundfeld, para quem são serviços públicos apenas “*as operações que, cabendo ao Estado, não possam ser realizadas pelos particulares sem ato estatal de delegação*”³⁷⁴. Para o autor, à semelhança dos serviços públicos, “*a prestação de tais serviços [saúde e educação] é dever inafastável do Estado*”, distinguindo-se destes “*por não serem de titularidade estatal*”. Como se vê, Carlos Ari Sundfeld associa a titularidade estatal à *publicatio* que, de fato, pode não ocorrer em relação aos serviços de educação e saúde. Não é essa, no entanto, a premissa adotada nesta tese. Como já referimos, a titularidade estatal envolve, a nosso ver, duas dimensões: a relação jurídica de garantia estabelecida entre o Estado e o cidadão, em que o ente público assume o papel de garantidor e, de outro lado, a *publicatio*, que, no caso de delegação, impõe a criação de uma relação de sujeição especial, de natureza contratual, ente a Administração Pública e o concessionário ou permissionário de

³⁷² Ao examinar a constitucionalidade de Lei nº 8.039/90, que dispunha sobre critérios para reajuste de mensalidades escolares, o Relator, Min. Moreira Alves, ao interpretar o art. 209 da Constituição, afirmou que o ensino “*embora dever do Estado, não é monopólio deste, mas constitui atividade aberta à iniciativa privada, sem se levar em conta qualquer conotação econômica*”. Deste modo, reconheceu no caso concreto a constitucionalidade da lei, mas sem deixar de reconhecer aplicáveis ao caso os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Apenas ponderou que os valores professados pela Constituição, aplicáveis como regra às atividades econômicas no Brasil, não são aqueles “*da livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (...) e do da redução das desigualdades sociais.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADIN 319 QO**, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993, p. 7563)

³⁷³ MALJAR, Daniel Edgardo. **Intervención del Estado em la prestación de servicios públicos**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1998, pp. 226-227 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177.

³⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 78. No mesmo sentido, tratando do direito estrangeiro: URRUTIGOITY, Javier. Retribución en los servicios públicos. In: **Los servicios públicos: régimen jurídico actual** (coord. Marta González Aguirre. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 66 apud Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177.

serviço público, viabilizando a regulação contratual da atividade. A presença de qualquer uma dessas dimensões é suficiente, por si só, para estabelecer um regime distinto daquele aplicável às atividades econômicas privadas (ou em sentido estrito), caracterizando assim a titularidade estatal.

No que se refere aos serviços de educação e saúde, pode haver apenas a constituição da relação de garantia, não se aplicando a *publicatio*, em razão de normas constitucionais expressas que permitem ao setor privado prestá-los em regime de livre iniciativa. Apenas uma das suas dimensões poderá estar presente; ainda assim, pode-se afirmar que há titularidade estatal, tanto que, ao atuar, o Estado não se submete à regra do art. 173, §1º, II e §2º da Constituição, que impõe a isonomia de condições concorrenciais com a iniciativa privada³⁷⁵. Essa parece ser igualmente a conclusão de Eros Grau, que alterou sua posição doutrinária originalmente adotada a respeito, propondo agora uma classificação dos serviços públicos como privativos e não privativos³⁷⁶:

Cumpra distinguir, desde logo, os *serviços públicos privativos* dos *serviços públicos não privativos*. Entre os primeiros, aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes — *serviços públicos não privativos* — aqueles que em edições anteriores deste livro equivocadamente afirmei terem por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto *serviço público*, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. Exemplos típicos de serviços públicos não privativos manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde.

O raciocínio assim desenrolado era evidentemente errôneo, visto ter partido de premissa equivocada, qual seja, a de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado. Isso, como se vê, é inteiramente insustentável.

³⁷⁵ Esse aspecto é também ressaltado por Alexandre Aragão, embora sem extrair daí a consequência de isso demonstraria a titularidade estatal da atividade, embora adote a posição, hoje abandonada por Eros Grau, como se verá a seguir, de que tais atividades são serviço público apenas quando exercidas pelo Estado: “A grande caracterização dessas atividades como serviços públicos quando prestadas pelo Estado é excluí-las da vedação de concorrência desleal do Estado com a iniciativa privada prescrita no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, aplicável apenas às atividades econômicas exploradas pelo Estado que não sejam qualificáveis como serviços públicos.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 179 e 180). No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) certas atividades, como já foi exposto, a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado. Estes últimos, de conseguinte, não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preenchem os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 655)

³⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 118.

Assim, o que torna os chamados *serviços públicos não privativos* distintos dos *privativos* é a circunstância de que os primeiros podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 299 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino — não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.

(...)

Seja como for, temos que serviços de educação e saúde, em qualquer hipótese, quer estejam sendo prestados pelo Estado, quer por particulares, configuram *serviço público* — *serviço público não privativo*, como vimos.

Já Alexandre Aragão os denomina “serviços compartilhados”³⁷⁷ e afirma que “quando exploradas pelos particulares são atividades econômicas privadas (...) e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais”. Considera-os, no entanto, “espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário dos demais serviços públicos, pela inexistência de reserva de titularidade estatal”. Discordamos do autor apenas pelo fato de compreendermos que inexistente, nesses casos, é apenas a *publicatio* e não a titularidade estatal. O particular, de fato, não atuará, necessariamente, sob um regime de direito público, mas o dever de garantidor do Estado remanesce, o que é parte da titularidade que exerce nesse domínio. Ao receber a incumbência constitucional de prestar o serviço, goza também da prerrogativa de fazê-lo sem observar as regras de isonomia concorrencial com a iniciativa privada, o que seria impossível fora dos domínios de sua titularidade³⁷⁸. Trataremos mais detidamente da *publicatio* e do regime de direito público imposto aos particulares delegatários nos capítulos seguintes.

Pode-se afirmar, por ora, que, no que se refere ao desempenho de atividades econômicas privadas, a regra é a livre iniciativa e a liberdade de empresa. Os indivíduos estão livres para exercê-las do modo que melhor lhe aprouver, respeitada a regulação incidente sobre tais atividades privadas, na forma do art. 174 do texto constitucional. No que se refere aos serviços públicos, no entanto, a lógica é inversa. Ao atribuir ao Estado o papel de garantidor, cabendo-lhe assegurar que os serviços públicos estejam disponíveis para os

³⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177.

³⁷⁸ Opinião contrária é manifestada por Marçal Justen Filho, para quem os serviços de educação e saúde são essencialmente serviços públicos, ainda quando prestados por particulares: “As atividades de educação e saúde, embora desempenhadas por particulares, estão sujeitas a regime jurídico próximo ao de serviço público, mediante intensa fiscalização e regulamentação. Por isso, há a tendência a reconhecer que, em alguns setores, o serviço público pode ser exercitado por particulares.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 562)

usuários, atendendo a requisitos mínimos de acesso e qualidade, a Constituição impõe, na maior parte dos casos — com as exceções expressamente previstas no texto constitucional — a *publicatio* da atividade.

Em relação a essas atividades qualificadas como serviços públicos, portanto, não se aplica o princípio da livre iniciativa, de modo que os particulares não podem prestá-las livremente. Dependem da iniciativa do poder público que, discricionariamente, poderá (ou não) optar por delegá-la. Apenas nas hipóteses em que a autoridade estatal tenha decidido transmitir a terceiros, é que os particulares poderão se candidatar a receber a necessária qualificação para a sua prestação, que dependerá de prévia licitação para a seleção da proposta mais vantajosa e consequente celebração dos contratos de concessão ou permissão de serviço público.

4.2. Distinção entre serviços públicos e monopólios constitucionais

Nessa altura, torna-se imperioso fazer a distinção entre serviço público e monopólio constitucional. Em ambos os casos, resta excepcionada a regra geral da livre iniciativa, em que se funda a ordem econômica segundo a dicção do art. 170 da Constituição³⁷⁹. Em

³⁷⁹ Essa circunstância, de que o regime de livre iniciativa e liberdade de empresa é a regra imposta pelo ordenamento constitucional econômico brasileiro tem sido reiterada em diversos julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, podendo-se referir aos seguintes trechos extraídos dos votos dos respectivos Ministros relatores, adiante transcritos: “*Em consequência, a Constituição assegura, como regra, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização. (...) Como uma decorrência direta da liberdade de iniciativa, cabe ao Estado preservar o mercado em condições de livre competição. Afinal, a garantia individual de iniciar e gerir uma atividade econômica impõe um correlato dever do Estado de se abster de instituir restrições desproporcionais que impeçam os agentes de atuar e competir.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 1.054.110**, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 09/05/2019, DJe-194 divulgado em 05/09/2019 e publicado em 06/09/2019); “*A definição das lindes governamentais em relação à ordem econômica tem particular importância considerada uma especial característica da Constituição brasileira. (...) Nem mesmo a Constituição norte-americana de 1789, precursora do modelo de constitucionalismo liberal, consagra um mandamento equivalente à liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira. Por esse motivo, não se pode reduzir essa cláusula fundamental, insculpida na Carta de 1988 com o destaque de fundamento da República e sem paralelo na ampla maioria dos textos constitucionais de outras nações, a mero capricho retórico do constituinte, para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas. Demais disso, a necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado é precisamente o que conduziu ao surgimento do constitucionalismo moderno. (...) À luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, compete ao Poder Judiciário invalidar atos normativos que estabeleçam restrições à livre iniciativa e à liberdade profissional.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 449**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, DJe-190 divulgado em 30/08/2019 e publicado em 02/09/2019) e “*Dispõe o Título VII da Constituição da República sobre a “Ordem Econômica e Financeira” assentando suas bases axiológicas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, bem como nos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, dentre outros. Sobressaem desse plexo normativo vetores de sentido aparentemente contraditórios. De um lado, a garantia da livre iniciativa desponha como desdobramento da liberdade individual projetada nos domínios da economia, a erigir verdadeira proteção do indivíduo contra interferências externas que tolham sua*

princípio, como se viu, as atividades econômicas devem ser reservadas à iniciativa privada. Ao Estado somente excepcionalmente deve ser permitida a sua exploração direta, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, como preceitua o art. 173. Entretanto, o texto desse mesmo artigo faz expressa menção aos casos ressaltados pela Constituição, que são exatamente os serviços públicos e os monopólios constitucionais.

Assim, no que se refere às atividades econômicas em geral, a regra é a livre iniciativa, a liberdade de empresa, a livre concorrência e o seu livre exercício por parte dos indivíduos e empresas privadas, que só encontram limitação por meio da regulação estatal, exercida sob a forma de poder de polícia. No que se refere aos serviços públicos e monopólios, ao contrário, tais atividades são destinadas preferencialmente ao Estado e a iniciativa privada não tem acesso a exercê-las, a não ser que estabeleça com a Administração Pública um vínculo prévio de natureza contratual. Essa semelhança essencial entre essas espécies de atividades leva por vezes a que se sugira uma equivalência entre os seus regimes jurídicos, chegando alguns autores a afirmar que em ambos os casos as atividades seriam realizadas sob a titularidade estatal³⁸⁰.

Antes de mais nada, contudo, é preciso reconhecer que são inteiramente distintas as dicções dos arts. 175 e 177 da Constituição. O art. 175 estabelece que **incumbe** ao poder público a prestação dos serviços públicos, deixando clara assim a relação de garantia que se estabelece entre o Poder Concedente e os usuários, que é exatamente o que justifica, como se viu acima, que seja excepcionada a regra de isonomia competitiva do art. 173, §1º, II e §2º da Constituição. Estabelece, ainda, que a delegação deverá se dar por meio dos contratos de concessão e permissão, o que dá respaldo para o fenômeno da *publicatio* já que, ao excepcionar o princípio da livre iniciativa, não apenas obriga o particular a firmar um contrato com o Poder Concedente para prestar o serviço, mas atribui, em seu parágrafo único, um

*autonomia empreendedora. Cuida-se, aqui, de um típico direito negativo ou de defesa, oponível precipuamente ao Poder Público e às suas prerrogativas de autoridade. De outro lado, porém, a proteção da concorrência e a defesa do consumidor exigem uma postura intervencionista do Estado sobre os mercados, de modo a evitar que o poder econômico de um indivíduo possa asfixiar a liberdade dos outros, bem como a impedir que a iniquidade reine nas relações intersubjetivas.” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4.923**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018)*

³⁸⁰ “*E é esta a nossa tese, não propriamente inédita: atualmente, há enorme proximidade, na prática, entre o regime do monopólio público do petróleo e o regime de serviço público. Em ambas, o instrumento da delegação da execução das atividades é a concessão (no caso de áreas estratégicas e do pré-sal, a partilha de produção); em ambas a titularidade continua com o Estado.” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 294)*

caráter especial a esse contrato, que poderá criar um regime próprio para as empresas concessionárias e permissionárias, dispondo sobre direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de manter o serviço adequado. Já o art. 177 apenas enumera as atividades que qualifica como monopólio da União e, em seu §1º, a autoriza a “*contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades*”.

No art. 177, como se vê, não se atribui nenhuma característica especial a esse contrato a ser firmado com empresas estatais ou privadas. Nem sequer a constituição os designa como contratos de concessão. Talvez por essa razão, deve-se mencionar que a doutrina tem reconhecido que as atividades que constituem monopólios constitucionais, quando contratadas pela União com terceiros, devem ser exercidas segundo o regime das atividades econômicas em sentido estrito³⁸¹. A Constituição apenas confere uma exclusividade à União, em razão da natureza estratégica dessas atividades. Entretanto, não lhe atribui nenhum papel como garantidora desses serviços. Essa natureza privada das atividades monopolizadas já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da *ADIN nº 3.273*³⁸² e reafirmada quando julgada a *ADPF nº 46*³⁸³. Não se trata de afirmação trivial e, certamente, dessa natureza devem-se extrair consequências que determinem a distinção dos regimes aplicáveis, de um lado, aos serviços públicos e, de outro, aos monopólios constitucionais. Antes de mais nada, é relevante que se faça uma análise dos referidos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da *ADIN nº 3.273*, a principal questão discutida era a constitucionalidade do art. 26 da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97) que atribuía ao concessionário a propriedade do petróleo e gás natural após a sua extração das jazidas localizadas no subsolo. Essa lei foi aprovada em sequência à promulgação da Emenda Constitucional nº 09/95 que, como frequentemente se refere a doutrina, “flexibilizou” o monopólio das atividades relacionadas à exploração do petróleo e gás natural. O texto original do art. 177, §1º vedava completamente qualquer tipo de cessão de área para exploração por particular, assim como a concessão de qualquer tipo de participação sobre o seu resultado.

³⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 169; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 133 e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 293.

³⁸² BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADIN 3273**, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau; Relator original: Min. Carlos Britto. Brasília, 16 de março de 2005. DJ de 02/03/2007, à p. 25.

³⁸³ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 46**, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, Relator original Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 05/08/2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010.

Com a alteração de texto resultante da emenda, passou-se a permitir expressamente contratos com empresas estatais ou privadas para a realização das atividades monopolizadas.

De modo a aumentar a confusão entre monopólios e serviços públicos, a Lei nº 9.478/97 denominou tais contratos como de concessão³⁸⁴, atribuindo a propriedade do petróleo ou gás extraído ao concessionário. O relator para acórdão, Min. Eros Grau, fez então a distinção entre a propriedade das jazidas — que também cabe à União, por força do art. 20 da Constituição — e o monopólio da atividade e concluiu que, com a reforma, o detentor do monopólio não estava mais obrigado a explorá-la diretamente, podendo contratar a atividade com terceiros, sendo possível a transferência da propriedade do produto da exploração, embora de maneira menos ampla do que ocorre com os minérios em geral, estabelecendo, em seu voto, algumas distinções com o regime do art. 176 da Constituição, cujo detalhamento não cabe agora. Especialmente relevante, para os fins da análise a que ora se empreende, quanto às distinções entre os regimes jurídicos dos monopólios e dos serviços públicos, é o seguinte trecho, que se extrai do voto do Min. Eros Grau:

De mais a mais, a suposição de que essa contratação deva ser operada sem que a propriedade do produto da exploração seja atribuída direta ou indiretamente aos contratados da União porta em si a proposta de que a Petrobras seja reduzida à condição de mera prestadora de serviços. Pois é certo, como enfatizarei mais adiante, que ela atua, no regime instalado pelo §1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, redação da EC 9/95, na qualidade de empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito e não serviço público; em regime de competição com empresa privada, portanto.

Como se vê, a afirmação categórica de que não se trata de serviço público está associada a outra afirmação, de que a Petrobras e demais empresas contratadas pela União para o desempenho dessas atividades relacionadas à exploração do petróleo e gás natural desempenham atividade econômica em sentido estrito, ou seja, atividades sujeitas a um regime jurídico de direito privado. Conclui-se, portanto, que, ao contrário das empresas prestadoras de serviço público que, ao celebrarem o contrato de concessão ou permissão passam a se sujeitar a um regime jurídico de direito público, fenômeno que se conhece como *publicatio*; as empresas contratadas para a realização de atividades sob monopólio da União se mantêm sob um regime privado, já que exercem atividade econômica em sentido estrito,

³⁸⁴ Não se trata, à toda evidência de contratos de concessão de serviço público, como já reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal, como se verifica do seguinte trecho do voto do Min. Eros Grau: “*O mesmo se dá quanto ao produto do exercício das atividades contratadas com empresas estatais ou privadas nos termos do §1º do artigo 177 da Constituição do Brasil. Essas contratações — contratações, note-se bem; não concessões — seriam materialmente impossíveis sem que os contratados da União se apropriassem, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos*”. (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADIN 3273**, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau; Relator original: Min. Carlos Britto. Brasília, 16 de março de 2005. DJ de 02/03/2007, à p. 25)

em competição com as demais empresas. No plano infraconstitucional, o art. 61, §1º da Lei nº 9.478/97 está em linha com a interpretação da Constituição formulada pelo Supremo Tribunal Federal, já que estabelece que as atividades econômicas da Petrobras se darão em regime de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado.

Mais recentemente, após a descoberta das reservas de hidrocarbonetos no Pré-Sal brasileiro, foram editadas a Lei nº 12.351/2010, que instituiu para essa área — e outras que venham a ser consideradas estratégicas — o regime de partilha de produção e a Lei nº 12.304/2010, que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A, conhecida como PPSA. A principal diferença em relação ao regime de concessão é que, no regime de partilha o petróleo ou gás produzido não se transfere automaticamente para a propriedade da empresa exploradora, como ocorre no regime de concessão, no qual o concessionário adquire a propriedade dos hidrocarbonetos produzidos, podendo comercializá-lo livremente, tendo apenas a obrigação de recolher os tributos incidentes e realizar o pagamento das participações governamentais. No sistema de partilha devem ser apurados o custo em óleo (*cost oil*), correspondente ao valor necessário para que a empresa contratada seja ressarcida dos custos em que efetivamente incorreu para produzir o petróleo ou o gás, conforme o caso, e o excedente em óleo (lucro em óleo ou *profit oil*), cujo percentual é definido quando da licitação, sendo o menor excedente em óleo proposto um dos fatores de julgamento para a definição da proposta mais vantajosa. O volume de produção que não for destinado à empresa contratada como custo em óleo ou excedente em óleo será de propriedade da União, tendo sido criada a PPSA exatamente para assumir a gestão e comercialização, quando for o caso, dessa parcela da produção destinada à União.

A introdução desse novo regime de partilha, que passou a conviver com o antigo regime de concessão, a depender do momento em que o contrato foi assinado e da área à qual se refere, não alterou em nada o fato de que a Petrobras — empresa integrante da Administração Pública — continua exercendo suas atividades em regime de livre iniciativa e em regime de isonomia de competição com as demais empresas privadas. Nesses casos, os contratos de concessão ou de partilha são contratos administrativos convencionais, em que a União contrata com uma empresa o exercício de uma atividade privada, estabelecendo as condições comerciais aplicáveis. Já quando se trata de serviço público, a atividade a ser desempenhada é de titularidade estatal, podendo haver uma delegação ao particular, mantendo a Administração Pública, ainda assim, um extenso poder de controle sobre diversos aspectos, por força de uma regulação de performance a ser exercida sobre o concessionário, como se verá adiante.

Deve-se referir, a esse respeito, à redação antiga do art. 4º da Lei nº 12.351/2010, que criava uma espécie de mercado cativo para a Petrobras, exigindo que, independentemente de quem fosse o vencedor da licitação, a empresa estatal seria obrigatoriamente a operadora, atribuindo-se-lhe participação mínima de 20% no consórcio a ser formado com os vencedores da licitação. Essa disposição foi suprimida do texto legal pela Lei nº 13.365/2016, que manteve apenas a possibilidade de que o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), considerando o interesse nacional, ofereça à Petrobras a preferência para ser operadora, devendo a empresa se manifestar em até 30 dias depois de consultada.

Considerando-se que a exclusividade instituída pela Constituição em favor da União não se confunde com titularidade estatal e que, quando os monopólios constitucionais são contratados com empresas estatais ou privadas, deve-se assegurar a isonomia competitiva entre elas, na forma do arts. 173, §1º, II e §2º, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, deve-se considerar que era inconstitucional a norma já revogada que tornava a Petrobras operadora obrigatória e lhe atribuía uma participação mínima em todos os contratos.

A questão não é tão evidente em relação à nova redação, que confere apenas um direito de preferência. No entanto, ao indicar, que, caso a Petrobras exerça o seu direito de preferência, caberá ao CNPE propor à Presidência da República qual será, em cada caso, o percentual de participação, a nova redação do art. 4º, §2º da Lei nº 12.351/2010 parece também incidir em inconstitucionalidade, uma vez que obriga o licitante a formar sociedade com a Petrobras, o que viola a liberdade de associação, em seu aspecto empresarial. Em um ambiente de livre iniciativa, as associações devem ocorrer por *affectio societatis* e não em função de uma norma regulatória. Ainda mais se os percentuais de participação só serão definidos após a divulgação do resultado da licitação, sem que o licitante tenha acesso a esse dado antes de formular a sua proposta. A imposição da obrigação de se associar pode ocorrer apenas quando a regulação contratual se funde em um regime especial de direito público, com regulação de performance, aos qual passam a se submeter os contratados, como ocorre com os concessionários de serviço público. Entendendo-se que as empresas contratadas para executar um monopólio constitucional da União, atuam em regime de livre iniciativa, na forma do art. 173, não se pode admitir esse grau de influência em aspectos essenciais da atividade empresarial, devendo-se resguardar, nesse caso, a autonomia de sua vontade³⁸⁵, por força do que determina o art. 5º, XX da Constituição.

³⁸⁵ “Deste modo, a liberdade de associação é irrestrita no momento da constituição da sociedade empresária ou no do ingresso na constituída, não podendo ninguém ser obrigado a se tornar sócio de sociedade contratual

Não há que se cogitar, portanto, de *publicatio* quando se refere aos monopólios constitucionais, já que esse conceito não se confunde com a mera exclusividade para a operação de determinadas atividades pelo Estado, assegurada pela Constituição. Não há, portanto, titularidade estatal da atividade, já que não se atribui tampouco à União o papel de garantidor desses serviços, que sequer se destinam diretamente à fruição pela população. Fosse o caso de atividade transferida para a titularidade estatal, as entidades da Administração Pública, dentre as quais se incluem as sociedades de economia mista, como a Petrobras, poderiam realizar suas atividades sob um regime jurídico público excepcionador da livre iniciativa. Não é, no entanto, o que ocorre em relação aos monopólios constitucionais.

Já na *ADPF n° 46* tratava-se de examinar a compatibilidade com a Constituição do art. 9° da Lei n° 6.538/78, que refere ao “monopólio” da União sobre as atividades postais. Também foi relator para acórdão o Min. Eros Grau que, em seu voto deixou claro que não se tratava propriamente de monopólio, mas sim de serviço público; exatamente porque os serviços postais não são atividades econômicas em sentido estrito, mas sim atividades sujeitas a um regime de privilégio. É exatamente desse regime de privilégio para o Estado que decorre o regime jurídico de direito público imposto aos particulares, quando o serviço é delegado. É a esse fenômeno que se denomina *publicatio* e que está diretamente relacionado à titularidade estatal da atividade. Nesse ponto, o Min. Relator procedeu à clara identificação entre a titularidade estatal e os serviços públicos:

A titularidade do serviço público é, portanto, do Estado, que pode delegar sua execução a terceiros, preservando sempre seu poder de regulação. No caso do serviço postal, parece-me evidente que a titularidade do serviço é da União, a teor do art. 21, X da Constituição.

Desse modo, entendo que existem diferenças importantes entre o serviço público e a atividade econômica, a começar pela já mencionada titularidade. (...)

Conclui-se, assim, que os monopólios não são atividades titularizadas pela União, razão pela qual não são atingidos pela *publicatio*. Como reconhece Alexandre Aragão, em relação às atividades realizadas em regime de monopólio há, naturalmente, interesse público, mas não estão elas “*relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas*”³⁸⁶. Em seu voto na *ADPF n° 46*³⁸⁷, o Min. Relator afirma:

contra a sua vontade. Uma vez, contudo, ingressando na sociedade empresária, o sócio não poderá dela se desligar senão nas hipóteses previstas em lei.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 1: direito de empresa, 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60)

³⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 169.

Ademais, o serviço público é informado, entre outros, pelos princípios da supremacia do interesse público, da igualdade, da universalidade, da idade, da continuidade, da adaptabilidade, da transparência, da motivação, da modicidade das tarifas e do controle, devendo ser prestado pelo Estado para atender às necessidades e interesses de toda a coletividade, em todo o território nacional.

Há outros exemplos de uso da expressão “monopólio” com acepção distinta da que extrai do texto da Constituição de 1988, especialmente na legislação que lhe é anterior. A Lei nº 5.895/73, que autoriza a transformação da Casa da Moeda do Brasil de autarquia em empresa pública, contém referência, em seu art. 11, às suas atividades monopolizadas. Neste caso, certamente não se está diante de um monopólio constitucional, nem tampouco de um serviço público, já que a empresa sequer se dedica a prestar qualquer tipo de serviço diretamente ao cidadão-usuário, mas sim à própria Administração Pública. Carlos Ari Sundfeld, ao tratar das atividades-fim do Estado, as subdivide em três grupos: (i) atividade de relacionamento internacional, com os demais Estados; (ii) atividade de controle social, relacionada ao exercício do poder de coerção e (iii) atividade de gestão administrativa, esta última subdividida em serviços públicos, serviços sociais e emissão de moeda e administração cambial³⁸⁸. A emissão de moeda é uma atividade estatal regaliana típica, de competência da União, por força do art. 21, VII. A impressão das cédulas monetárias, selos fiscais, documentos oficiais e cunhagem de moeda é um serviço prestado à União, com ou sem exclusividade³⁸⁹, pela Casa da Moeda. Não se trata, portanto, nem de monopólio, nem de serviço público.

Pode-se mencionar, ainda, o caso das loterias, algumas vezes referida como exemplo de atividade monopolizada pelo Estado. Trata-se, no entanto, de serviço público, instituído

³⁸⁷ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 46**, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, Relator original Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 05/08/2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010.

³⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 80 a 85.

³⁸⁹ A esse respeito, deve-se referir à recente Medida Provisória nº 902/2019, que altera a Lei nº 5.895/73 e extingue a exclusividade de que dispunha a Casa da Moeda do Brasil para a fabricação de papel moeda, de moeda metálica e de cadernetas de passaporte, de impressão de selos postais e fiscais federais e de controle fiscal. Anteriormente, pode-se recordar que a Lei nº 13.416/2017, não sem gerar polêmica, havia autorizado o Banco Central a adquirir papel-moeda e moeda metálica fabricados fora do país por fornecedor estrangeiro. O fato gerou curioso episódio em que a Casa da Moeda do Brasil (CMB) apresentou representação ao Tribunal de Contas da União (TCU) contra o Banco Central (BC), tendo por objeto o edital de licitação para a referida aquisição. O TCU entendeu que a natureza da atividade desempenhada pela CMB é de “*serviço público sob monopólio estatal*”. No entanto, conclui que isso apenas “*impede a exploração da atividade em âmbito interno, mas não no plano internacional*”. De todo modo, por sugestão do Min. Bruno Dantas, acolhida pelo Relator, Min. Raimundo Carreiro e aprovada pelo colegiado, o TCU decidiu converter o processo em diligência para ouvir previamente o Ministério da Economia, supervisor dos dois entes da Administração Pública federal indireta em litígio, uma vez que o caso, antes de ser apreciado pelo TCU, demandaria uma “*manifestação uníssona do Centro de Governo*”. (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1076/2019**, Plenário, Relator Raimundo Carreiro, processo nº 000.525/2019-7)

pelo Decreto nº 21.143/32 — que impunha a realização de concorrência pública para a sua delegação e proibia a prorrogação dos contratos —, tendo o Decreto-Lei nº 204/67 vedado as concessões à iniciativa privada.

Ao tratar das consequências da qualificação de uma atividade como serviço público ou monopólio, Eros Grau menciona o princípio da continuidade dos serviços públicos para explicitar a diferença entre as consequências caso o particular se recuse a prestar a atividade para a qual foi contratado, a depender de se tratar de um ou outro caso³⁹⁰. Há, claramente, em relação aos serviços públicos, um poder de conformação exercido pelo Estado sobre o próprio desempenho da atividade, podendo interferir na forma como o serviço é prestado, estipular parâmetros a serem seguidos, impor metas de qualidade, níveis de acessibilidade e universalização e, inclusive, definir a política tarifária e fixar a tarifa a ser cobrada do usuário. Tais prerrogativas se extraem diretamente do parágrafo único do art. 175 da Constituição, quando estabelece que cabe à lei dispor, entre outros aspectos, sobre o regime das empresas concessionárias ou permissionárias, o caráter especial do seu contrato, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Conclui-se, portanto, que, no que se refere aos serviços públicos há atribuição de titularidade pública à atividade, em geral com a ocorrência da *publicatio*, formando-se, no caso de delegação à iniciativa privada, uma relação de sujeição especial com os concessionários ou permissionários, que cria o embasamento jurídico necessário para uma modalidade contratual de regulação, sob um regime jurídico de direito público, da qual se tratará mais detalhadamente nos capítulos seguintes. Nada disso ocorre nos monopólios. Apesar de também haver a necessidade de se firmar um contrato entre a Administração Pública e o particular que irá desempenhar a atividade, o Estado não assume a sua titularidade, já que a atividade continua a ser desempenhada sob um regime jurídico de direito privado. A restrição de acesso aos particulares não se refere a um interesse público mais abrangente de conformação da atividade a um padrão estabelecido por esferas estatais, mas sim a um interesse fiscal ou estratégico.

Outra distinção relevante é que os monopólios, como exceção à regra geral da livre iniciativa, prevista no art. 170 da Constituição, devem estar expressamente previstos no texto

³⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 135 e 136.

constitucional, pois somente uma norma constitucional pode excepcionar outra³⁹¹. É o que se extrai do seguinte trecho do voto do Min. Relator da *ADPF n° 46*³⁹²:

Assim, se a Constituição enumera, no art. 177, as atividades que constituem monopólio da União, e entre elas não se encontra o serviço postal, por conseguinte essa atividade não está sujeita a monopólio da União.

Mais recentemente, no julgamento do *RE n° 1.054.110*³⁹³, que cuidou da regulação do transporte privado por motoristas cadastrados em aplicativos de internet, o voto do Min. Luís Roberto Barroso, relator do caso, traz longas considerações sobre o princípio da livre iniciativa e, a respeito dos monopólios constitucionais, afirma:

Em consequência, a Constituição assegura, como regra, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização. De forma diversa daquela prevista na Constituição de 1967/69, a Constituição de 1988 não concedeu ao legislador ordinário competência para a instituição de monopólios estatais. Muito ao contrário, enfatizou a liberdade de agentes privados de iniciarem e organizarem atividades produtivas. A legislação infraconstitucional não pode, assim, excluir a livre iniciativa, salvo se outra norma constitucional específica fundamentar a imposição de restrição.

No que diz respeito aos serviços públicos, apesar de igualmente se apresentarem como exceção ao regime geral de livre iniciativa, o art. 175 estabelece que sua prestação incumbe ao poder público, na forma da lei, o que leva ao entendimento de que cabe à lei ordinária qualificar outras atividades, que já não o tenham sido pela própria Constituição, como serviços públicos. Para Eros Grau, com suporte na doutrina de Ruy Cirne Lima, o campo deixado à lei ordinária não é, no entanto, ilimitado. Para que uma atividade possa ser legitimamente qualificada como serviço público é necessário que a lei busque suporte no texto constitucional: “*a lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição*”³⁹⁴.

³⁹¹ Visão distinta é professada por José Vicente Santos de Mendonça, para quem “*melhor que se admita a possibilidade de criação de monopólios públicos por lei ordinária (...) porque não limita as opções de per se, mas permite que as diversas visões de mundo confrontem-se no campo feito para isso — a política ordinária —, sem inviabilizar, ou, no mínimo, dificultar a ascendência de visões político-econômicas distintas das atualmente majoritárias.*” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 299).

³⁹² BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 46**, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, Relator original Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 05/08/2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010.

³⁹³ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 1.054.110**, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 09/05/2019, DJe-194 divulgado em 05/09/2019 e publicado em 06/09/2019.

³⁹⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Pareceres** (Direito Público). Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963, p. 122, *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 139. No mesmo sentido: “*Cabe à lei ordinária determinar a publicização de certa atividade e as hipóteses em que configurará serviço público. Isso não equivale a reconhecer uma autonomia ilimitada para o legislador ordinário. Não é indiferente para a Constituição que as atividades referidas nos incis. XI e XII do art. 21 sejam tratadas como serviço público ou como atividade econômica em sentido restrito.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 560)

Conclui-se, portanto, que a titularidade estatal existente em relação aos serviços públicos não se reproduz no caso dos monopólios, que são espécies de atividade econômica em sentido estrito. Não há, portanto, no que se refere aos monopólios nem a *publicatio* — típica dos serviços públicos, que permite o exercício da modalidade contratual de regulação em regime jurídico especial de direito público, com a conseqüente conformação das atividades em relação à sua qualidade, regras de acesso e preço —; nem a transferência ao Estado do papel de garantidor, já que não há um serviço a ser prestado diretamente à população. Da mesma maneira, ao contrário do que pode ocorrer com os serviços públicos, não existe a possibilidade de que atividades sejam qualificadas por lei como monopólios. Os casos de monopólio devem estar expressamente previstos no texto constitucional.

4.3. *Publicatio* e regulação contratual

O fenômeno da *publicatio*, como se viu, deriva diretamente da atribuição de titularidade estatal a uma determinada atividade. Nesses casos, a Constituição atribui ao Estado o papel de garantidor, impondo-lhe o dever de assegurar a disponibilidade de determinado serviço ao cidadão e, ao mesmo tempo, procede — na maioria das vezes, embora haja a exceção dos serviços públicos não privativos — à sua *publicatio*, que se reveste de duas características principais: (i) suprime a referida atividade do âmbito de incidência do princípio da livre iniciativa, condicionando seu exercício por particulares a uma prévia iniciativa estatal de delegação e (ii) submete a sua prestação a um regime jurídico de direito público, que consiste essencialmente na constituição de uma relação contratual de natureza especial (“*caráter especial de seu contrato*”³⁹⁵) entre concessionário e Poder Concedente, que é condição para que possa prestar o serviço e que submete o concessionário a técnicas de regulação contratual — além do poder de polícia, ao qual todos os indivíduos estão naturalmente submetidos —, criando para a Administração Pública a possibilidade de ampla conformação de aspectos relacionados ao acesso, à qualidade e ao preço.

A atribuição de exclusividade ao Estado para o exercício de certas atividades, excepcionando-se a livre iniciativa, é importante para a caracterização da *publicatio*. Só

³⁹⁵ O parágrafo único do art. 175 da Constituição, estabelece, em seu inciso I, que lei deverá dispor sobre: “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

haverá o estabelecimento de uma relação de sujeição especial, se o particular tiver interesse em firmar os contratos de concessão e permissão, que instituem o regime jurídico de direito público, característico da regulação contratual. Se o acesso ao mercado for livre à iniciativa privada não haverá o interesse para o particular em buscar a contratação para poder acessá-lo. Essa exclusividade, no entanto, não basta para caracterizar a *publicatio*, como se viu em relação aos monopólios.

É possível, inclusive, naqueles casos em que Estado detenha a titularidade da atividade, mas se trate de um serviço não privativo, que se encontrem outras formas para atrair o particular para aderir a um regime contratual de direito público. É o que ocorre, por exemplo nas chamadas concessões administrativas, disciplinadas pela Lei de Parceria Público Privada (Lei nº 11.079/2004). Mesmo sendo livre para implantar um hospital privado, é possível, por exemplo, que um particular opte por se tornar o concessionário de um hospital público em razão das condições e vantagens que venham a ser oferecidas pela Administração. De todo modo, havendo a submissão a essa modalidade contratual de regulação do serviço a ser prestado, haverá *publicatio*, na medida em que o particular passará a desempenhar o serviço submetido a um regime jurídico de direito público que permite ao Estado conformar o desempenho de sua atividade por meio de uma regulação mais invasiva.

Nesses casos, tendo em vista a titularidade estatal de que se reveste essa atividade, o Estado está investido na condição de garantidor, de modo que a prestação do serviço poderá se dar em condições anti-isonômicas em relação àqueles que prestem os serviços em caráter privado. No que se refere especificamente aos serviços de saúde, quando prestados como serviços públicos são oferecidos gratuitamente à população. Apesar de a prestação de serviços particulares de saúde estar submetida à livre iniciativa, o particular evidentemente não poderá pretender concorrer em igualdade de condições com o serviço público. O mesmo se pode dizer caso haja concessão a um particular. Neste caso, por outro lado, a regulação contratual que passará a se estabelecer entre o Estado, que transfere uma atividade típica sua, e o concessionário, que receberá a prerrogativa de prestar o serviço, se fundará em um contrato administrativo, de caráter especial, que se estabelece entre eles por força do que determina o artigo 175 da Constituição³⁹⁶. Nesses casos, portanto, as obrigações regulatórias não são mais

³⁹⁶ O artigo 175 do texto constitucional estabelece que a alternativa à prestação direta do serviço público pelo Estado é a sua delegação por meio da concessão ou permissão, as quais dependerão sempre de prévia licitação, que é o procedimento de seleção dos contratantes com a Administração Pública. Além disso, ao tratar do regime jurídico das empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público, o texto do artigo 175, parágrafo único, I da Constituição, trata do caráter especial de seu contrato. Não parece haver, portanto, espaço para dúvida

advindas única e exclusivamente da lei, mas também da própria redação das normas contratuais que, no Brasil, como se sabe, podem ser alteradas unilateralmente pelo Estado.

Neste último caso, mesmo quando decide trespassar para o particular a prerrogativa de exercer a atividade, o Estado não se demite da sua titularidade que, no Brasil, lhe é atribuída por força de mandamento constitucional inserto em seu artigo 175. Na França, apesar de não haver disposição constitucional expressa, o Conselho Constitucional também já reconheceu o serviço público como um valor constitucionalmente protegido. Foi ainda mais longe, ao afirmar que, embora caiba ao legislador ou à autoridade reguladora definir quais são, em cada momento, as atividades que devem ser erigidas em serviço público, há certos casos em que são os próprios princípios e regras da Constituição que impõe a sua prestação na qualidade de serviço público, não havendo aí espaço para a decisão do legislador³⁹⁷:

53. Considerando que, se a necessidade de determinados serviços públicos nacionais decorre de princípios ou regras de valor constitucional, a determinação de outras atividades a serem estabelecidas como serviço público nacional fica a critério do legislador ou da autoridade reguladora conforme o caso; segue-se daí que o fato de uma atividade ter sido erigida como serviço público pelo legislativo sem que houvesse uma exigência constitucional não impede que tal atividade venha a ser transferida para o setor privado, assim como a empresa por ela responsável;

No Brasil também há atividades constitucionalmente qualificadas como serviços públicos, mas se admite a qualificação de outras atividades por lei ordinária³⁹⁸, atraindo-se, então, o regime jurídico estabelecido no art. 175 da Constituição. Já se referiu à doutrina de Ruy Cirne Lima, mencionada por Eros Grau, quanto à necessidade de que, nesses casos, haja uma compatibilidade da lei com os valores constitucionais, não sendo possível pretender que qualquer tipo de atividade venha a ser qualificada como serviço público, devendo tal iniciativa legal estar conectada a algum preceito constitucionalmente protegido. A disposição do legislador para ampliar ou restringir o rol de atividades qualificadas como serviços

quanto à natureza contratual das relações a serem estabelecidas entre o poder público e os concessionários ou permissionários de serviços públicos.

³⁹⁷ “53. *Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé.*” (FRANÇA. Jurisprudência. Conselho Constitucional. **Decisão nº 86-207 DC**, julgada em 26 de junho de 1986. *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idText=CONSTEXT00001766739>

8. Consultado em 14 de abril de 2019)

³⁹⁸ “*Outra característica do regime constitucional dos serviços públicos é a possibilidade de sua criação por via legislativa. Ou seja, a possibilidade de submeter novas atividades econômicas ao regime jurídico de direito público. Essa característica decorre, no nosso sentir, da própria Constituição.*” (BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53)

públicos muitas vezes é associada a opções ideológicas que prevalecem politicamente, em cada momento. A ampliação desse rol pode revelar, segundo alguns autores, uma tendência de maior planificação da economia, ao estilo de uma ideologia próxima do socialismo, ao passo que a sua restrição demonstraria uma orientação mais liberal, em um verdadeiro embate de interesses associados ao capital e ao trabalho³⁹⁹.

Como, segundo a Constituição, cabe ao Estado a titularidade dessas atividades, entende-se que quando uma atividade é qualificada pela lei como serviço público, ela deixa de se submeter à livre iniciativa e os particulares não têm a liberdade de prestá-las. Para isso dependerão de uma delegação estatal. Assim, quando o Estado decide prestar diretamente o serviço, normalmente resguarda a exclusividade de sua atuação, recusando à iniciativa privada a possibilidade de explorá-las. Nesses casos, o Estado passa a dominar inteiramente a sua execução em razão do controle direto que exerce sobre os entes que dela se desincumbem. Foi o que ocorreu no Brasil, especialmente entre as décadas de 50 e 80, quando muitas empresas estatais foram criadas e dominaram os principais segmentos dos serviços públicos, em especial aqueles prestados por meio de infraestruturas pesadas. A regulação perde, então, muito de sua importância, pois há pouca relevância em regular aquilo que se controla por completo. O que se pretende examinar aqui, no entanto, é a regulação dessas atividades quando transferidas para a execução pela iniciativa privada. O contrato de concessão será examinado, portanto, como um instrumento de regulação dos serviços públicos que, apesar de serem atividades que incumbem ao Estado, são realizadas por particulares.

A qualificação para a prestação do serviço público dependerá sempre, por força do disposto no art. 175 da Constituição, da celebração de um contrato, firmado por um prazo certo. Neste ponto se encontram os dois grandes temas que estávamos a tratar até o momento: a regulação e os serviços públicos. Por força da *publicatio* — que retira da iniciativa privada

³⁹⁹ George Priest afirmou claramente que a regulação por agência, ao interferir no mercado suprimindo o seu caráter competitivo, é o exemplo mais próximo de planejamento estatal da economia, característica típica de regimes socialistas, associando o debate por mais ou menos regulação a um debate entre capitalismo e socialismo. (PRIEST, George L. *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 295). Eros Grau também aborda essa questão e afirma que “*Pretende o capital reservar para a sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não no modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto — do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico — que se ampliarão ou reduzirão, respectivamente, os âmbitos de atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um ou outro, capital e trabalho*”. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 105)

determinadas atividades econômicas, atribuindo ao Estado a titularidade para a sua prestação — os serviços públicos só podem ser prestados pelo particular quando (i) haja a iniciativa estatal de delegá-lo e (ii) venha a ser firmado, após seleção por meio de processo licitatório, daquele que oferecer a melhor proposta, um contrato de concessão ou permissão com o poder público.

Antes de mais nada, como se viu, a *publicatio* impõe ao ente estatal o dever de assegurar a prestação dos serviços titularizados, que se associa a um plexo de poderes e prerrogativas correspondentes⁴⁰⁰. Por outro lado, cria para os particulares que pretendem exercer tais atividades, o ônus de obter do Poder Concedente o trespasse das suas prerrogativas, o que se dá por meio de uma relação contratual com ele estabelecida. Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro, o contrato de concessão de serviço público consiste “*na passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo*”, reservando-se ao concedente alguns direitos e poderes, como de fiscalização, punição, alteração e rescisão unilateral do contrato⁴⁰¹, já que “*a titularidade do serviço permanece com o poder concedente, que transfere para a concessionária ou permissionária apenas o seu exercício*”⁴⁰². Floriano de Azevedo Marques o conceitua como o “*instituto jurídico por meio do qual uma parte (concedente) outorga a outra (concessionário) um plexo de direitos e obrigações atinentes à exploração de uma utilidade pelo outorgado, mas para o atendimento de uma necessidade, uma obrigação ou um interesse cuja tutela seja de responsabilidade do outorgante*”⁴⁰³. Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, fiel à sua teoria do ato-condição, indica que a concessão “*corresponde a ato administrativo translativo de direito (...) pelo qual o concedente atribui ao concessionário, inalterados, os poderes e deveres que lhe cabem, para exercê-los e cumpri-los em seu lugar*”⁴⁰⁴.

No Brasil, como já se referiu no início deste capítulo, após a Constituição de 1988, houve uma clara decisão por se estabelecer **dois modelos de regulação distintos** para as atividades econômicas, compreendidas em sentido lato. Como regra geral, devem ser asseguradas a liberdade de iniciativa, liberdade de empresa e livre concorrência. Incide nesses casos, uma intervenção estatal regulatória, fundada no art. 174 da Constituição, cujas

⁴⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 126.

⁴⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9ª ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 67.

⁴⁰² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos**: novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 101

⁴⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 115.

⁴⁰⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 557 e 558.

limitações às liberdades individuais fundam-se no exercício do poder de polícia. São as chamadas atividades econômicas em sentido estrito. A atuação dos indivíduos e empresas privadas, nesses casos, encontram-se sob um regime de sujeição geral ao poder estatal, incidente sobre todos aqueles que se encontram no território nacional e inerente à própria soberania.

Outro modelo de regulação distinto se aplica àquelas atividades postas sob a titularidade do poder público, cuja execução cabe ao próprio Estado diretamente ou, caso assim o decida, a seus delegados escolhidos dentre os particulares interessados que oferecerem a proposta mais vantajosa e formarem com a Administração Pública um vínculo contratual. Essa modalidade possibilita como fonte de obrigações para o particular, além da lei, também o instrumento contratual. Em voto proferido no julgamento da ADI 4.923⁴⁰⁵, a Min. Rosa Weber caracterizou a regulação contratual do seguinte modo:

Nesses casos, a atividade regulatória incide sobre o que os administrativistas chamam de **relação de sujeição especial**, na qual, mediante a celebração de um contrato de concessão, o administrado assente formalmente com um grau mais intenso de ingerência do Estado, que é o titular da atividade que ele pretende explorar. Nessa modalidade de vínculo administrativo, o contrato de concessão emerge como **justo título** a autorizar menor rigidez na incidência do princípio da legalidade estrita, legitimando, conseqüentemente, a maior discricionariedade da Administração na elaboração das regras de regência da relação jurídica.

Como já se referiu anteriormente, após as décadas de 80 e 90, expandiu-se pelo mundo a incorporação de agências reguladoras pra exercer essa função de regulação das atividades econômicas, das quais o Estado se afastava naquele momento histórico. No Brasil não foi diferente. No entanto, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, quando o fenômeno de implantação dessas agências independentes se consolidou, entre 1907 e 1922, substituindo a modalidade de regulação anteriormente utilizada, por meio dos contratos de *franchise*, no Brasil foi preservado o modelo dos contratos de concessão e permissão de serviço público. Assim, notadamente a partir da segunda metade da década de 90 se consolidou por aqui um modelo de regulação por agências para as atividades econômicas em sentido estrito — exclusivamente baseado em poder de polícia, como ocorre nos Estados Unidos — e um modelo misto de regulação por contrato e por agência para os serviços públicos. Neste último caso, o modelo contratual será impositivo, por força do que dispõe o art. 175 da Constituição, podendo ou não ser incorporada também a atuação de agência reguladora.

⁴⁰⁵ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4923**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018 (grifos no original)

Característica importante desse modelo, aplicável aos serviços públicos, é que haverá, à disposição da Administração Pública, mais instrumentos administrativos de conformação das atividades, típicos de um regime jurídico contratual de direito público. Essa dualidade, com modelos regulatórios distintos a depender da natureza da atividade regulada, não ocorre em todos os lugares. Nos Estados Unidos, por exemplo, não se discute que as *public utilities* estão submetidas a um nível de regulação mais intenso. No entanto, não se chegou a afirmá-las como uma categoria à parte, sujeita a uma modalidade de regulação própria. No direito norte-americano, o grau de intervenção estatal a ser exercido sobre cada atividade específica é determinado caso a caso e sujeito a inúmeras nuances. No entanto, vale recordar o caso *Tyson & Brothers v. Banton*⁴⁰⁶, julgado em 1927, no qual a Suprema Corte deixou clara a diferença entre, de um lado, o exercício do poder de polícia, incidente sobre as atividades em geral e, de outro, a possibilidade de o Estado determinar a fixação de tarifas, o que se submete a condições bastante mais restritas e se refere apenas àquelas atividades afetadas por um interesse público que justifique uma regulação mais invasiva:

5. A autoridade para regular a conduta de um negócio ou exigir uma licença, vem de um ramo do poder policial, que pode ser bastante distinto do poder de fixação de preços.

6. O poder de fixação de preços não existe em relação à propriedade ou empresa meramente privada, mas só existe quando o negócio ou o imóvel envolvido se tornou "*afetado com interesse público*".

Como relata José Vicente Santos de Mendonça, a acepção norte-americana ampla de poder de polícia está normalmente associada a leis que restringem direitos individuais⁴⁰⁷. Segundo Odete Medauar, a expressão poder de polícia, usada no direito administrativo brasileiro, é tradução de *police power*, introduzida aqui pela influência do direito norte-americano. Não lhe escapou a observação de que, surgido nos anos 20 do século XIX para designar o poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, ampliou-se, especialmente a partir da década de 30 do século XX, como instrumento de disciplina das

⁴⁰⁶ “5. The authority to regulate the conduct of a business or to require a license, comes from a branch of the police power, which may be quite distinct from the power to fix prices. 6. The power to fix prices does not exist in respect of merely private property or business, but exists only where the business or the property involved has become "affected with a public interest.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Tyson & Bro. v. Banton**, 273 U.S. 418, 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/418/>. Acesso em 19 jan. 2019)

⁴⁰⁷ “(...) até hoje, police power, nos Estados Unidos, é uma atuação ampla do Estado, especialmente em sede legislativa. (...) O sentido amplo é o sentido de seu uso nos EUA, do qual, se adotamos a expressão — “poder de polícia”, corrente no Brasil, é tradução do inglês, e foi incorporada à nossa doutrina graças a Ruy Barbosa e Aurelino Leal —, não adotamos o sentido: ‘no Brasil, poder de polícia é, sobretudo, atividade administrativa’”. (MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 308)

atividades econômicas⁴⁰⁸, levando ao que Gustavo Binenbojm chamou de “*economização do poder de polícia*”⁴⁰⁹, que é o principal fundamento para a consolidação do fenômeno da regulação estatal da economia.

Mas, se é verdade que a regulação das atividades econômicas — aí incluídas as *public utilities* — se apoiou, nos Estados Unidos, essencialmente no conceito de *police power*; é possível também concluir que a afirmação da Suprema Corte, ao diferenciar o exercício genérico do poder de polícia, de um poder mais amplo, que envolveria a fixação de tarifas relativamente apenas a algumas atividades específicas — que fossem revestidas de um especial interesse público —, demonstra a busca de um fundamento jurídico próprio para esses casos especiais.

Nesse sentido, deve-se reconhecer que a Suprema Corte norte-americana chegou a flertar com a ideia de *publicatio*. Não há dúvida de que o conceito de titularidade estatal sobre determinadas atividades econômicas — e consequente *publicatio* — jamais foi adotado nos Estados Unidos, nem mesmo quando se implantou por lá o sistema de regulação contratual, com a utilização dos contratos de *franchise*. Pode-se dizer, no entanto, que a Suprema Corte norte-americana tangenciou esse conceito. No próprio caso *Tyson & Brothers v. Banton*⁴¹⁰ chegou a afirmar que que essas atividades afetadas por um especial interesse público podem ser consideradas como atividades “quase públicas”, o que tem praticamente o mesmo sentido do reconhecimento de uma titularidade estatal:

8. A caracterizações de um negócio como "quase público", não estritamente privado, ou afins, embora bem suficiente como base para a manutenção das regulamentações de polícia em relação à conduta de determinadas empresas, não pode ser aceita como equivalente ao seu reconhecimento como "afetada com interesse público", do modo como

⁴⁰⁸ “Quanto à expressão *poder de polícia*, vigente no ordenamento brasileiro, é tradução de *police power*. Segundo Caio Tácito, a expressão ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Corte Suprema norte-americana, no caso *Brown vs. Maryland*, de 1827. Vinculava-se aí ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, em benefício do interesse público. Como contraponto ao *police power* emergiu a cláusula do substantive due process of law, com o fim de refrear o poder estatal que pudesse incidir sobre direitos fundamentais. E refreou. Mas, a partir de 1929, o *police power* se ampliou nos Estados Unidos, sobre tudo para disciplinar atividades econômicas, com fundamento no bem-estar comum.” (MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do centro de estudos de direito administrativo, ambiental e urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 16)

⁴⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 32.

⁴¹⁰ “8. *Characterizations of businesses as "quasi-public", not strictly private, and the like, while well enough as a basis for upholding police regulations in respect of the conduct of particular businesses, cannot be accepted as equivalents for the description "affected with a public interest" as that phrase is used in the decisions of this Court as the basis for legislative regulation of prices.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Tyson & Bro. v. Banton**, 273 U.S. 418, 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/418/>. Acesso em 19 jan. 2019)

tal expressão tem sido usada na jurisprudência deste Tribunal, como base para admitir a regulação legislativa dos preços.

Essa afirmação foi, na verdade, o produto de uma longa construção jurisprudencial, iniciada ainda no século XIX. Pode-se referir, por exemplo, ao caso *Budd v. New York*⁴¹¹, julgado em 1892, quando ainda prevalecia o regime jurídico dos contratos de *franchise* para a regulação das *public utilities*. Nesse julgamento, apesar de não ter sido acompanhado pela maioria, o Juiz Brewer reconheceu em seu voto divergente, no que foi seguido por outros dois juízes, que certas propriedades são devotadas a um uso público e, nesses casos, **o Estado tem o direito de criar e manter os serviços a ela associados** (“*the state, has a right to create and maintain*”) e quando um indivíduo deles se encarregue, estará desempenhando uma função tipicamente estatal (“*he is pro tanto doing the work of the state*”).

Alguns poucos anos mais tarde, já foi possível formar consenso para afirmar, no julgamento do caso *Smyth v. Ames*⁴¹², que as *public utilities* devem a sua criação e os seus

⁴¹¹ “*Property is devoted to a public use when, and only when, the use is one which the public, in its organized capacity, to-wit, the state, has a right to create and maintain, and therefore one which all the public have a right to demand and share in. The use is public because the public may create it and the individual creating it is doing thereby and pro tanto the work of the state. The creation of all highways is a public duty. Railroads are highways. The state may build them. If an individual does that work, he is pro tanto doing the work of the state. He devotes his property to a public use. The state doing the work fixes the price for the use. It does not lose the right to fix the price because an individual voluntarily undertakes to do the work. But this public use is very different from a public interest in the use. There is scarcely any property in whose use the public has no interest. No man liveth unto himself alone, and no man's property is beyond the touch of another's welfare. Everything, the manner and extent of whose use affects the wellbeing of others, is property in whose use the public has an interest. Take, for instance, the only store in a little village. All the public of that village are interested in it -- interested in the quantity and quality of the goods on its shelves and their prices, in the time at which it opens and closes, and generally in the way in which it is managed -- in short, interested in the use. Does it follow that that village public has a right to control these matters? That which is true of the single small store in the village is also true of the largest mercantile establishment in the great city. The magnitude of the business does not change the principle. There may be more individuals interested — a larger public — but still the public. The country merchant who has a small warehouse in which the neighboring farmers are wont to store their potatoes and grain preparatory to shipment occupies the same position as the proprietor of the largest elevator in New York. The public has in each case an interest in the use, and the same interest -- no more and no less. I cannot bring myself to believe that when the owner of property has by his industry, skill, and money made a certain piece of his property of large value to many, he has thereby deprived himself of the full dominion over it which he had when it was of comparatively little value, nor can I believe that the control of the public over one's property or business is at all dependent upon the extent to which the public is benefited by it.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Budd v. New York**, 143 U.S. 517, 1892. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/517/>. Acesso em 18 jan. 2019, pp. 143 U.S. 549 e 550)

⁴¹² “*A railroad is a public highway, and nonetheless so because constructed and maintained through the agency of a corporation deriving its existence and powers from the state. Such a corporation was created for public purposes. It performs a function of the state. Its authority to exercise the right of eminent domain and to charge tolls was given primarily for the benefit of the public. It is therefore under governmental control -- subject, of course, to the constitutional guarantees for the protection of its property. It may not fix its rates with a view solely to its own interests, and ignore the rights of the public; but the rights of the public would be ignored if rates for the transportation of persons or property on a railroad were exacted without reference to the fair value of the property used for the public or of the services rendered, and in order simply that the corporation may meet operating expenses, pay the interest on its obligations, and declare a dividend to stockholders.*”

poderes ao Estado e são **instituídas para atender a propósitos públicos**, já que **desempenham uma função estatal**. Tratava-se de discussão quanto ao exercício do poder do Estado de interferir na definição da tarifa a ser cobrada e, embora a Suprema Corte tenha se preocupado em resguardar os interesses do investidor de obter o retorno de seu investimento pelo cobrança de tarifas adequadas, reconheceu o poder do Estado de Nebraska de controlar a razoabilidade dos valores, já que não deveria ser permitido que a *public utility* atendesse apenas aos seus interesses particulares sem considerar os direitos dos usuários.

Mais tarde, ao julgar o caso *Southwestern Bell*, já na década de 20, após a consolidação do processo de implantação das agências reguladoras independentes em diversos estados, a Suprema Corte, em um julgamento repleto de menções ao termo “serviço público”, o que não é usual na jurisprudência norte-americana, **referiu às *public utilities* como “servidoras públicas”**, justificando a sua submissão ao dever de cobrar tarifas razoáveis, ao fato de que são **substitutas do Estado no exercício de um serviço público**⁴¹³. Em seguida, já na década de 30, sob os influxos do *New Deal*, a Suprema Corte julgou o caso *Nebbia*⁴¹⁴ e afirmou que o que interessa para que uma regulação seja legítima é a identificação de um **dever do Estado de garantir a prestação do serviço regulado**, assegurando acesso a todos e a observância dos níveis de qualidade estabelecidos⁴¹⁵.

Assim, ainda que o conceito da titularidade estatal e da *publicatio* jamais tenham sido efetivamente incorporados à tradição do direito norte-americano no que diz respeito à regulação das *public utilities*, deve-se reconhecer que o tema não esteve inteiramente ausente no seu debate jurisprudencial, podendo-se encontrar afirmações que flertaram com a sua adoção. Sob uma perspectiva europeia de observação do direito norte-americano, Gaspar

(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Smyth v. Ames**, 169 U.S. 466, 1898. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/169/466/>. Acesso em 4 out. 2019, pp. 168 e 168, U.S. 468)

⁴¹³ “*The investor agrees, by embarking capital in a utility, that its charges to the public shall be reasonable. His company is the substitute for the state in the performance of the public service, thus becoming a public servant.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Southwestern Bell Tel. Co. v. Public Svc. Comm'n**, 262 U.S. 276, 1923. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/276/>. Acesso em 4 out. 2019, p. 261 e 262, U.S. 291).

⁴¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Nebbia v. New York**, 291 U.S. 502, 1934: Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/502/>. Acesso em 19 jan. 2019, p. 291 U.S. 531.

⁴¹⁵ Analisando esse caso da jurisprudência norte-americana, em época próxima à data em que foi proferido, já que publicou sua obra em 1941, Bilac Pinto afirmou: “*Aquele (investidor) que aplicou o capital na empresa, com o fazer, conveio que os encargos para o público seriam razoáveis. Sua empresa substitui ao Estado na prestação de um serviço público; constitui-se assim um criador, um servidor público.*” (PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45)

Ariño Ortiz oferece considerações interessantes sobre a titularidade dos serviços e seus reflexos no direito anglo-saxão⁴¹⁶:

É curioso notar que tal característica foi proclamada até nas melhores formulações da doutrina anglo-saxã dos serviços públicos. Dois testemunhos clássicos podem ser citados aqui: em *Smyth V. Ames* — uma decisão histórica — a Suprema Corte americana, pela boca do juiz Harlan, afirmará: "uma ferrovia é uma via pública e não é menos porque é administrada por uma empresa privada: foi criada para fins públicos e está cumprindo uma função do Estado"; e na *Southwestern-Bell Telephone Co. Versus Missouri Public Service Commission*, os juízes Brandeis e Holmes afirmarão: "O investidor ao colocar o seu capital em uma utilidade concorda que as taxas para o público devem ser razoáveis. Sua empresa está substituindo o Estado na execução de um serviço público e, assim, torna-se um servidor público". Assim, mesmo em um modelo teórico (a doutrina das *public utilities*) que se diz mais respeitoso com a tese privatizatória e liberal sobre as atividades econômicas, a tese sobre a propriedade estatal dessas atividades essenciais também foi formulada.

No Brasil, no entanto, não há dúvida quanto à titularidade estatal sobre os serviços públicos. Sua principal consequência é que, mesmo quando delega a sua execução para terceiros, o Estado jamais se exonera de suas responsabilidades e continua obrigado a exercer certas funções que são indelegáveis, ainda que o agente direto seja uma empresa privada. Ao Estado, nesses casos, será sempre reservado o **papel de garantidor**. Cumpre-lhe, portanto, acompanhar o desempenho dos concessionários, fiscalizando a qualidade dos serviços prestados, autorizando os aumentos de tarifa quando for o caso, monitorando o mercado e o desenvolvimento das tecnologias a ele referentes, de modo a assegurar a atualidade da prestação do serviço, tomando decisões que podem significar, até mesmo, em alguns casos, a necessidade de alteração dos contratos de concessão, o que pode ser feito de modo unilateral.

Como se demonstrou acima, a maior parte dessas características pode ser encontrada tanto na regulação norte-americana das *public utilities* como na regulação contratual das concessões de serviços públicos, de raiz francesa. Uma das maiores diferenças entre os modelos parece residir, portanto, de um lado, na adoção de um regime contratual público para

⁴¹⁶ “Es curioso observar que tal característica ha sido incluso proclamada en las mejores formulaciones de la doctrina anglosajona de las *public utilities*. Dos testimonios clásicos pueden ser citados aquí: en *Smyth V. Ames* — una histórica decisión — el Tribunal Supremo norteamericano, por boca del juez Harlan afirmará: ‘un ferrocarril es una vía pública y no es menos por el hecho de que sea gestionado por una empresa privada: ésta fue creada para fines públicos y está llevando a cabo una función del Estado’; y en *Southwestern-Bell Telephone Co. Versus Missouri Public Service Commission*, los jueces Brandeis y Holmes afirmarán: ‘el inversor al embarcar su capital en una empresa de servicio público acepta que las tarifas al público deben ser razonables. Su compañía está sustituyendo al Estado en la ejecución de una función pública y se convierte así en un *public servant*’. Así pues, incluso en un modelo teórico (la doctrina de las *public utilities*) que se dice más respetuoso con las tesis privatizadoras y liberales de las actividades económica, la tesis de la titularidad estatal de esas actividades esenciales ha sido igualmente formulada.” (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. 3ª ed. Granada: Comares editorial, 2004)

os contratos de concessão, que permitem o exercício de poderes extravagantes e decisões unilaterais por parte do ente estatal, o que jamais se admitiu nos Estados Unidos⁴¹⁷. Por outro lado, como não se adotou por lá a titularidade estatal dos serviços públicos, não se estabeleceu uma dicotomia entre atividades controladas em um regime predominantemente público e outras atividades tipicamente privadas, exercidas em um regime de livre iniciativa. Nos Estados Unidos tem prevalecido, portanto, em razão de sua vocação liberal, o regime de liberdade empresarial, admitindo-se o exercício da regulação estatal, como exceção, com intensidades variadas, a depender, em cada caso, do grau de interesse público envolvido em certa atividade.

Diferentemente dessa abordagem mais fragmentada da regulação econômica, com variadas nuances, permitindo múltiplos arranjos regulatórios, a Constituição brasileira optou por um sistema dicotômico, pelo qual as atividades econômicas em sentido amplo podem ser reguladas como atividades econômicas em sentido estrito, exploradas sob o regime privado da livre iniciativa, na forma do art. 173 da Constituição; ou como serviços públicos, exercidos em um regime de direito público, estabelecido no art. 175, sistema que foi bem descrito, de forma pioneira, por Eros Grau⁴¹⁸. Isso certamente não impede que, em cada um desses modelos, haja variações diversas, sutilezas e microssistemas setoriais. No entanto, há características específicas e limites próprios dos quais não se pode fugir caso se tenha optado por um ou outro.

4.4. Principais distinções de conteúdo e abrangência dos tipos de regulação

Desconsiderando-se as atividades submetidas ao monopólio da União, em razão de normas constitucionais específicas, a regulação estatal sobre as atividades econômicas, como se viu, pode se dar por meio de dois sistemas principais: a regulação de atividades econômicas privadas, protegidas pelo princípio da livre iniciativa e da liberdade de empresa, que são

⁴¹⁷ A esse respeito, no entanto, deve-se considerar que, mesmo sem conhecer um regime público para contratos, em situações excepcionais, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana chega a admitir a intervenção estatal em contratos privados, em linha jurisprudencial conhecida como doutrina *Sierra-Mobile*, que será referida na segunda parte desta tese, no subcapítulo 5.1.2, quando será abordada certa transição ocorrida mais recentemente nos Estados Unidos que passou a privilegiar um maior uso de contratos para o desempenho de atividades tipicamente estatais.

⁴¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 96 a 112.

desenvolvidas livremente pelos particulares, por direito próprio⁴¹⁹ e a regulação dos serviços públicos, cuja prestação depende da prévia iniciativa estatal no sentido de decidir delegá-los a terceiros, os quais, para terem acesso a esse mercado deverão se submeter a um processo licitatório e, caso saiam vencedores, terão que formalizar um vínculo contratual com a Administração Pública, já que a delegação se dará necessariamente com a assinatura de um contrato de concessão ou permissão de serviço público.

No que se refere às atividades privadas, sujeitas ao regime de plena liberdade empresarial e livre iniciativa, a regulação se baseará essencialmente nos poderes de polícia do Estado. A intervenção estatal será destinada, portanto, a limitar os direitos individuais na exata medida necessária para a proteção do interesse geral, coletivo ou difuso, com o objetivo, como já era identificado por Themístocles Brandão Cavalcanti, de “*assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem*”⁴²⁰, razão pela qual denominaremos essa de uma **regulação de proteção**. Já em relação aos serviços públicos, a **regulação é de performance**⁴²¹. Não se trata apenas de pretender assegurar o interesse coletivo de que as liberdades individuais sejam preservadas, o que se obtém, por vezes, limitando as liberdades de um indivíduo, de modo a evitar que sua ação desmedida acabe comprometendo as liberdades de terceiros. Quando o Estado regula serviços públicos, extrapola o âmbito do poder de polícia. Trata-se aqui de atividades suprimidas da livre iniciativa e entregues à titularidade estatal. Portanto, cabe ao Estado, não apenas proteger os indivíduos de eventuais efeitos nocivos dessas atividades; mas sim garantir que a atividade seja efetivamente

⁴¹⁹ “(...) em se tratando de atividade privada, há um direito subjetivo à entrada e permanência no mercado, que, naturalmente, pode ser limitado por normas de Direito Público, ainda mais quando a atividade for fortemente regulamentada em razão do seu liame com os interesses da coletividade, mas, mesmo nesses casos, há um mínimo daquele direito subjetivo de iniciativa privada que deverá ser sempre resguardado contra qualquer interesse coletivo por mais relevante que seja.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 193 e 194)

⁴²⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. III.

⁴²¹ Dentre os autores que destacam a distinção entre a regulação contratual, a prazo fixo, no caso dos serviços públicos e a regulação baseada no poder de polícia relativa às atividades privadas, não há uniformidade de terminologia quanto à sua designação. Alexandre Aragão, por exemplo, designa por regulação endógena aquela que tem por objeto “*atividades de titularidade do próprio Estado*” — aqui denominada regulação de performance — e regulação exógena — a que aqui se designa regulação de proteção —, voltada às “*atividades econômicas que não são de sua titularidade, que se encontram fora da esfera público-estatal*”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217, nota de rodapé 82) Preferimos não utilizar essa denominação, pois o termo regulação endógena pode acabar dando a impressão que se trata de uma regulação voltada aos órgãos e entes da própria Administração Pública, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, razão pela qual preferimos a terminologia mencionada.

disponibilizada aos usuários, de forma contínua, com níveis de qualidade a serem estabelecidos pelo Estado e seguindo o seu planejamento⁴²².

Como bem ressalta Odete Medauar, a regulação do Estado quanto aos serviços públicos “*é mais ampla do que a aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia*”⁴²³. A principal distinção que se revela nestes dois casos, diz respeito exatamente ao instrumento contratual, que sempre estará disponível quando se cuida de um serviço público, com a consequente fixação de um prazo para a relação jurídica existente entre regulador e regulado⁴²⁴. Neste caso, o poder público, além de lançar mão do exercício de seu poder de polícia, também se vale da relação contratual para exercer sua função regulatória⁴²⁵. Para usar um termo em voga, quando se trata de regular um serviço público, o Estado pode lançar mão de um utensílio a mais em sua caixa de ferramentas: um contrato firmado com o regulado.

⁴²² Nas palavras de Christian Stoffaës: “*En contrepartie de droits exclusifs et de régimes de monopoles, les entreprises ou organismes publics opérateurs de ces services voient alors leurs principales décisions économiques soumises à contrôles et à limitations. Parmi les sujétions courantes des régimes de services publics mentionnons, par exemple: la continuité du service et l’obligation de desserte; l’égalité de traitement; la fixation des tarifs; le contrôle public des investissements et des diversifications sectorielles et géographiques etc. Dès lors qu’il y a intervention publique, il y a donc exception à la concurrence: en bref, élément de monopole, antinomique des libertés économiques.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 33)

⁴²³ Segundo Odete Medauar, no que se refere aos serviços públicos, há uma “*relação de dependência entre a atividade e a Administração; quer dizer, a Administração está vinculada a essa atividade, exercendo controle permanente sobre o executor do serviço público; sua atuação, portanto, é mais ampla do que a aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia, porque a Administração é responsável pela atividade. A Administração tem, assim, parte preponderante na organização da atividade.*” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 379)

⁴²⁴ Como ressaltado por Ana Paula de Barcellos, “*de acordo com a direito brasileiro contemporâneo, a regulação poderá incidir sobre atividades econômicas propriamente ditas, em princípio livres à iniciativa privada, ou sobre atividades qualificadas pela ordem jurídica (em geral pela Constituição) como serviços públicos, categoria na qual se enquadra, ou da qual ao menos se aproxima, boa parte do setor de infraestrutura: portos, aeroportos, rodovias, ferrovias, telecomunicações, água, saneamento e energia. Embora os regimes aplicáveis a essas duas categorias tenham se aproximado muito nos últimos anos, um dos ativos específicos de que se vale o Poder Público na regulação dos serviços públicos delegados à exploração por particulares é justamente o prazo dessa delegação. Outros prazos e tempos, porém, podem igualmente ser manejados pelo Estado em sua atividade reguladora.*” (BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pererira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174)

⁴²⁵ “*A doutrina do Direito Público Econômico faz uso do termo “regulação” para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços e monopólios públicos e as atividades econômicas privadas. Sendo assim, o Estado desempenha a regulação tanto quando disciplina externamente atividade que é de titularidade privada (ex.: a regulação sobre os bancos, os planos de saúde, a fabricação de medicamentos etc.), como quando disciplina, através predominantemente de contratos, o exercício por particulares de atividades econômicas lato sensu que são de titularidade estatal (ex.: serviços e monopólios públicos concedidos).*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago. **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 232 e 233)

Como se vê, a regulação administrativa contratual é uma das estratégias regulatórias⁴²⁶ de que se pode lançar mão para regular uma determinada atividade econômica. No caso dos serviços públicos, a titularidade exercida pelo poder público torna restrito o acesso do particular. Sem uma qualificação especial recebida da Administração não existe para ele a possibilidade de prestar o serviço público. A obtenção de tal qualificação depende da adesão a um contrato, a ser firmado entre o regulado e o Poder Concedente para estabelecer as bases da relação jurídica que se formará entre ambos.

Não se está afirmando aqui que a regulação administrativa contratual é exclusivamente possível no domínio dos serviços públicos. Em tempos nos quais tem sido preconizado o consensualismo na Administração Pública, com a busca de soluções negociadas entre o poder público e o cidadão, em substituição à imposição arbitrária da vontade das autoridades públicas por meio de instrumentos unilaterais de manifestação do poder de império⁴²⁷, parece natural admitir-se a possibilidade de que — mesmo diante de uma relação jurídica prévia de submissão de um indivíduo ao poder regulatório estatal — seja buscado um consenso entre regulador e regulado, de modo que possam ser estabelecidas as bases para a formulação e implementação de normas reguladoras. A materialização desse consenso sempre poderá ocorrer pela celebração de um contrato⁴²⁸. No entanto, como as atividades qualificadas como serviço público, no Brasil, são suprimidas do regime de livre iniciativa, nesse caso, o particular só terá acesso a prestá-las se firmar um contrato com o Estado, no qual poderão ser inseridas obrigações específicas, inclusive em relação a limites tarifários, parâmetros de performance e regras de universalização de acesso.

Alguns exemplos podem ser úteis para ilustrar a diferença de abrangência entre a regulação estatal de uma atividade privada, exercida sob a proteção do princípio da livre iniciativa e uma atividade qualificada como serviço público. Assim, quando analisa o registro

⁴²⁶ A utilização dos contratos de concessão como uma estratégia regulatória é destacada por Flávio Amaral em GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, pp. 135 e seguintes.

⁴²⁷ O consensualismo na Administração Pública (ou a Administração Pública consensual) tem sido largamente preconizado pela doutrina nacional. A ideia é de que a imperatividade típica do direito administrativo clássico, impositivo, sancionador e, em grande medida arbitrário, não é mais compatível com a sociedade moderna, que exige maior grau de participação popular nas decisões do Estado. Deste modo, cabe à Administração Pública encontrar instrumentos de convencimento e indução, mais do que pretender impor obrigações unilateralmente. Valorizam-se assim instrumentos consensuais como os contratos, assim como formas de absorver as opiniões dos diversos segmentos da sociedade, como ocorre com as consultas e audiências públicas. Um dos precursores e maiores difusores desta nova concepção do direito administrativo, no Brasil, é Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que já tratava profundamente do tema em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁴²⁸ O tema é tratado em tópico especificamente dedicado à regulação administrativa por contrato em GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011, às pp. 129 a 134.

de um medicamento, a ANVISA deve se preocupar com a sua segurança: se foi adequadamente testado, se não representa risco para a população; ou com a sua eficiência: se o princípio ativo, de fato, tem as características indicadas, se é capaz de produzir os resultados prometidos, se a fórmula constatada corresponde à descrita e se os consumidores podem consumi-lo com segurança e estão recebendo informações corretas e completas quanto ao seu uso. Não cabe à ANVISA, no entanto, decidir se a pesquisa deve avançar em uma outra direção, quais as doenças cuja descoberta da cura é prioritária, se os medicamentos submetidos a registro são ou não adequados às principais necessidades da população. Para esse fim, o Estado deve investir em pesquisas realizadas por instituições públicas ou usar mecanismos de fomento para induzir as privadas, mas não pode impor tais determinações pela via regulatória.

Do mesmo modo, não se concebe como legítima, por hipótese, a determinação estatal dirigida a instituições financeiras no sentido de obrigar a manutenção de agências bancárias em determinados municípios a serem apontados pelo Estado. Por maior que seja a amplitude da regulação estatal sobre essa atividade econômica, que lida com a poupança popular, essa não seria uma intervenção legítima, por representar verdadeira ingerência na condução do negócio. Do mesmo modo, quando um órgão ambiental examina a expedição de uma licença de operação, está habilitado a examinar o potencial poluidor da atividade, qual o grau de impacto ao meio ambiente a ser produzido, se devem ou não ser tomados cuidados especiais ou adotadas medidas mitigadoras ou compensatórias. Não cabe ao órgão ambiental, no entanto, avaliar a pertinência ou importância dos bens a serem produzidos. Não pode negar a licença por entender pela irrelevância do produto, que não justificaria o consumo dos recursos naturais a serem empregados no processo industrial. Ainda no que diz respeito à produção do pão, por exemplo, o Estado pode controlar as substâncias empregadas no preparo, restringindo, por exemplo, o uso do bromato; pode fiscalizar as condições sanitárias da padaria, verificar se estão sendo observadas as regras de asseio pelos funcionários e a qualidade das informações apresentadas ao público. Não é possível, no entanto, exigir que o “pãozinho” esteja saboroso, com a casca crocante e o miolo macio, nem que seja entregue sempre morno ao cliente.

Todos os exemplos acima são de atividades privadas submetidas ao poder de polícia⁴²⁹, sobre as quais incide o que chamamos de regulação de proteção. Se o Estado

⁴²⁹ Ao tratar dessas situações, Alexandre Aragão apresenta alguns outros exemplos e afirma que “*uma empresa privada de plano de saúde, pode ser obrigada a comunicar os casos de epidemia que verifique, mas não pode*

houvesse qualificado tais atividades como serviços públicos, passariam a se submeter a uma regulação de outra natureza, com base em um vínculo contratual, que chamamos aqui de regulação de performance⁴³⁰. Nesse caso, seria possível ao Estado, por exemplo, indicar quais as pesquisas prioritárias para o desenvolvimento de novos medicamentos, impondo obrigações contratuais nesse sentido. Os particulares, por sua vez, para poderem explorar a atividade de produção e comercialização de medicamentos, estariam obrigados a firmar um contrato de concessão ou permissão com o poder público, sem o quê não poderiam atuar nesse ramo de negócios. O mesmo pode se conjecturar em relação ao pão. Caso a panificação fosse qualificada como um serviço público, a produção e comercialização de pães não seria uma atividade caracterizada pela liberdade de iniciativa e somente seria possível manter padarias funcionando com a prévia assinatura de um contrato de concessão ou permissão de serviço público com o Estado, no qual poderiam ser inseridas cláusulas estabelecendo quais os tipos de pães que deveriam ser necessariamente oferecidos aos clientes, qual o espaço de tempo máximo a ser observado entre as fornadas, quais as características de que cada um desses tipos de pães deveriam se revestir, quais tipos de farinha poderiam ser empregadas no preparo, quais os índices de qualidade a serem observados e a quais preços poderiam ser comercializados.

Em nossa sociedade atual, no entanto, não se justifica que tais atividades sejam postas sob a responsabilidade estatal, razão pela qual nem a lei nem a Constituição brasileiras as qualificaram como serviços públicos. Sendo assim, todas elas são exercidas livremente, na forma do artigo 173 da Constituição. Não há, nesses casos, regulação quanto à performance do negócio ou à habilidade do prestador em agradar seus clientes. Como se trata de atividade

*ser obrigada a tratar as doenças de pessoas que não sejam seus clientes; uma universidade privada pode ser obrigada a divulgar a sua produção científica, mas não a ter graciosamente uma percentagem mínima de bolsistas; as empresas de cigarros podem ser obrigadas a apor advertência quanto aos riscos à saúde em suas embalagens, mas não podem ser forçadas a fazer uma autocontrapropaganda; uma empresa de serviços privados de telecomunicações pode ser obrigada a adotar os equipamentos mais adequados à parcela mais pobre da população, mas não a fornecer-lhes gratuitamente parte do serviço; os bancos podem ser obrigados a divulgar as taxas de juros por eles cobradas, mas não a estabelecer linhas de micro-crédito". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005)*

⁴³⁰ Nesses casos, como ressalta Carlos Ari Sundfeld, ao qualificar a atividade como serviço público, o Estado reserva tal atividade para si. Não necessariamente para desempenhá-la diretamente, o que poderá ou não fazer, mas especialmente para ampliar o espectro de poderes que poderá exercer sobre o seu exercício: "A reserva de certo campo de atividades para o Estado representa, atualmente, importante instrumento na regulação administrativa da economia. É que tal reserva, muito frequentemente, não visa de fato proibir a atuação privada, mas tão-só controlá-la de modo mais intenso, através da técnica concessional. Em outros termos: a reserva pretende apenas aumentar os poderes da Administração para além daqueles coerentes com a titularidade de direitos prévios pelos particulares." (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 39)

privada, a disputa pelo mercado é que deverá ser suficiente para regular a capacidade a ser desenvolvida pelas empresas para conquistar os consumidores dos serviços prestados ou produtos vendidos. No caso dos serviços públicos, ao contrário, ao Estado é atribuída a responsabilidade por garantir que o serviço seja prestado e, além disso, que atenda a parâmetros a serem especificados quanto ao **acesso, qualidade e preço**. Ao fazer a distinção entre o exercício do poder de polícia e a prestação dos serviços públicos, Odete Medauar faz a seguinte afirmação⁴³¹:

f) na atual configuração da Administração Pública, dividida entre uma face de autoridade e uma face de prestadora de serviços, o poder de polícia se situa precipuamente na face autoridade. Atua assim, por meio de prescrições, diferente da atuação de serviço público, que opera por meio de prestações.

Quando regula atividades privadas, portanto, o Estado dispõe apenas dos mecanismos do poder de polícia, ainda quando haja a atuação de agências reguladoras dotadas de poder normativo. Já a regulação dos serviços públicos envolve outro poderoso instrumento: o contrato de concessão ou permissão, que proporciona uma intervenção significativamente mais intensa sobre a atividade⁴³², a qual passa a incidir sobre a própria performance e o desempenho do agente⁴³³. Permite também uma maior liberdade à Administração Pública, que não está adstrita ao cumprimento das normas legais ou ao exercício de competências normativas que legalmente lhe tenham sido expressamente atribuídas.

⁴³¹ MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do centro de estudos de direito administrativo, ambiental e urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 23.

⁴³² “(...) *das diversas formas que pode assumir a regulação, muitas delas envolvem a contratação, o que significa geralmente uma mescla de instrumentos de direito público e de direito privado que procuram agilizar a função reguladora do Estado, envolvendo por isso infinitas variações, mesmo que nos cinjamos ao domínio propriamente contratual.*” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 445)

⁴³³ São esclarecedoras, a esse respeito, as lições de Carlos Ari Sunfeld, quando distingue a atuação do Estado com base em vínculos genéricos estabelecidos com o regulado, por força de lei, de outras hipóteses, em que conta com vínculos específicos, como aqueles decorrentes de uma relação contratual: “*A administração ordenadora não se confunde com a disciplina da atuação dos particulares no campo estatal. O concessionário de serviço público, o servidor, o contratado pela Administração, o indivíduo que desfruta do direito ao uso especial de bem público sujeitam-se às regras atinentes a esse campo, isto é, são regidos por normas próprias de direito público. (...) A diferença está em que, quando, por qualquer forma, os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a Administração uma relação jurídica específica, em que esta exerce poderes especiais. Quando, ao contrário, atuam no campo privado, submetem-se apenas a vínculo genérico com o Estado, caracterizado pelo poder deste, através de lei, regulamentar as atividades privadas. Mas, como vimos, essa disciplina pode prever ou não a interferência das autoridades administrativas no cumprimento da lei. Assim, a vinculação genérica do Estado com os indivíduos pode ou não se materializar em vinculação genérica entre estes e a Administração, na dependência — e, sobretudo, nos limites — da opção legislativa. Percebe-se a distinção: enquanto os poderes da Administração, nos vínculos específicos com os particulares, lhe são conaturais e, portanto, tão extensos quanto necessário, os poderes genéricos da Administração frente aos particulares existirão se, quando, como e na medida em que expressamente previstos em lei.*” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 23 e 24)

No que se refere aos serviços públicos, a administração dispõe de uma relação contratual com o regulado. Nos contratos de concessão de distribuição de gás canalizado, energia elétrica e de saneamento, por exemplo, é usual a inserção de cláusulas contratuais que criam para o concessionário privado a obrigação de promover a expansão do serviço para regiões que venham a ser determinadas pela autoridade reguladora. Normalmente são estipulados marcos temporais em que ocorrem as chamadas revisões tarifárias ordinárias (ou periódicas), por ocasião das quais as autoridades estatais determinam quais as novas regiões que deverão ser contempladas com a expansão do serviço no período seguinte.

Já no que se refere às atividades econômicas privadas, o Estado pode impor limitações ao seu exercício, buscando garantir a segurança e a proteção do consumidor, da poupança pública, da salubridade, da higiene, da ordem, dos costumes etc. Pode, até mesmo, em alguns casos, impor obrigações positivas. Mas não pode desnaturar a atividade, torná-la algo diferente do que pretende o seu titular, que é, neste caso, a iniciativa privada. Não cabe ao Estado, neste domínio, buscar conformar a atividade às conveniências estatais ou ao seu planejamento, o que encontraria vedação constitucional expressa nos termos do art. 174 da Constituição, que permite que seja determinante apenas para o setor público e meramente indicativo para o setor privado.

A regulação de que trata esta tese, no entanto, é a regulação dos serviços públicos, cuja titularidade incumbe ao poder público. Sendo assim, os serviços públicos são realizados sob o domínio estatal, ou seja, no âmbito do setor público, o que autoriza o Poder Concedente a impor o seu planejamento para o desempenho dessas atividades⁴³⁴. Excepciona-se, nesses casos, a liberdade de iniciativa, pois ao serem atingidas pelo fenômeno da *publicatio*, as atividades qualificadas como serviços públicos não podem mais ser exercidas livremente. Passam a ser dominadas pelo Estado, ao qual se atribui o dever de garantir que tais serviços sejam disponibilizados à população e que seja assegurado o respeito a determinados parâmetros estabelecidos. Ocorre que, ainda que sejam subtraídas da livre iniciativa, tais atividades ainda podem ser exercidas por particulares, caso o Estado decida delegá-las. No entanto, nesses casos, os particulares se submeterão a um regime de direito público e a uma regulação que não envolve mais apenas o exercício do poder de polícia, mas também uma relação contratual a ser compulsoriamente estabelecida entre o Poder Concedente e o

⁴³⁴ “(...) a colocação do instrumento contratual numa posição intermediária entre, por um lado, o recurso ao mercado e ao seu mecanismo de puros incentivos, e por outro o recurso a soluções integradas, com os seus mecanismos de comando e de dissipação do risco — associando a opção contratual e, dentro dela, a opção sobre o acabamento do clausulado contratual, a uma espécie de opção implícita entre ‘incentivo’ e ‘seguro’.” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147)

concessionário. Não há opção para o particular que tenha interesse em desempenhar esse tipo de atividade que não a celebração do contrato de concessão ou de permissão de serviço público. Como ressalta Alexandre Aragão, nesses casos “*não há um direito preexistente que limite a regulação estatal, sendo todos os direitos decorrentes do contrato de concessão*”⁴³⁵.

A esse respeito, é comum encontrar na doutrina a referência de que os contratos de concessão de serviço público produzem efeitos trilaterais ou plurilaterais, uma vez que “*embora celebrado apenas entre poder concedente e concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste e que são os usuários do serviço concedido*”⁴³⁶. Para Diogo de Figueiredo, essa característica dos contratos de concessão, o fazem semelhante ao instituto privado da estipulação em favor de terceiros, uma vez que, em ambas, “*existem três partes distintas na relação, sendo que, na concessão, denominam-se: o Poder Concedente, que delega o serviço; o concessionário, que irá executá-lo; e o usuário, que será beneficiário da prestação*”⁴³⁷. Para Marçal, trata-se de um contrato plurilateral, pois “*é pactuado entre três partes, que são (a) o poder concedente (o ente federativo titular da competência para prestar o serviço), (b) a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade, e (c) o particular (concessionário)*”⁴³⁸.

Na verdade, não parece correta essa afirmação. Não há, propriamente, contrato pactuado entre três partes, mas sim relações jurídicas, de distintas naturezas, as quais se estabelecem entre partes diversas situadas em três posições bem demarcadas: o Poder Concedente, o delegatário do serviço (concessionário ou permissionário) e os usuários. Todos esses agentes interagirão ao longo da duração da concessão. O contrato de concessão, no entanto, é bilateral. O vínculo contratual de direito público se forma entre o Poder Concedente e o concessionário. Contudo, esse vínculo estabelece uma relação jurídica que será a base para o surgimento relações jurídicas de outras naturezas, possivelmente envolvendo relações contratuais privadas, como ocorre com os usuários dos serviços ou com os fornecedores, financiadores e prestadores de serviços para o concessionário. Todas essas relações jurídicas poderão obviamente ser impactadas pelo vínculo contratual público estabelecido pelo contrato

⁴³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005.

⁴³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: Concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 96.

⁴³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 438 (grifo do autor).

⁴³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 583 e 584.

de concessão, o qual poderá conter prescrições que criem obrigações para o concessionário perante terceiros.

Letícia Queiroz, em obra dedicada ao estudo dessas relações jurídicas, apresenta valiosas considerações a esse respeito e aponta a existência desses três principais tipos de relações jurídicas: a *relação de concessão de serviço*, que é a relação jurídica básica, estabelecida entre o Poder Concedente e o concessionário, a partir da qual podem se estabelecer as outras espécies de relações jurídicas; a *relação de prestação do serviço*, que se estabelece entre o concessionário e cada um dos usuários de seus serviços e a *relação de garantia*, subjacente a todas as outras e constituída — no Brasil, por força da própria Constituição — entre os usuários dos serviços públicos e o Poder Concedente. Dessa relação de garantia o Estado jamais se demite, exatamente por se tratar de uma relação estatutária, determinada pela Constituição em favor dos cidadãos. É por essa razão que, ao delegar o serviço, a Administração Pública não transfere a sua titularidade e, portanto, continua incumbida das responsabilidades que lhe são inerentes, tanto no que diz respeito à reparação de eventuais danos causados pela execução dessas atividades, como, principalmente, pelos atos de conformação necessários para *garantir* a adequada prestação do serviço⁴³⁹.

A obrigação estatal de garantia, que deriva do mandamento constitucional do art. 175, associado à norma que qualifica determinada atividade como serviço público, poderá ser cumprida assumindo diretamente a execução das atividades a serem oferecidas ao público, o que se fará por meio de entes ou órgãos da própria Administração Pública — normalmente empresas estatais, agindo sob o controle direto do Estado — ou podem ser transferidas a particulares. Nesse último caso, o Estado transfere a empresas privadas a responsabilidade por executar a atividade e oferecer o serviço ao público. É exatamente nesses casos, em que a atividade é delegada a um particular, que passa a prestar o serviço por sua conta e risco, que incide a regulação estatal de performance. Ao realizarem atividades econômicas privadas, os indivíduos ou empresas privadas estão protegidos pelo princípio da livre iniciativa e atuam sob o regime privado do art. 173 da Constituição. É apenas nos casos em que a atividade é

⁴³⁹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, pp. 106-107 e 128-129. Sobre essa relação de garantia, Pedro Gonçalves tece as seguintes considerações: “A *privatização material estendeu-se pois, para zonas claramente abrangidas por um ‘dever de garantia’*: com esta fórmula pretende-se representar o dever da incumbência constitucionalmente imposta ao Estado de ‘garantir’ ou de ‘assegurar’ a realização de certos fins (v.g., defesa dos direitos dos cidadãos, promoção do bem-estar, segurança, fornecimento de serviços essenciais).” (GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 159)

qualificada como serviço público que a prestação de determinado serviço passa a se submeter a um regime de direito público, na forma do art. 175 da Constituição.

Essa dualidade, caracterizada por dois modelos regulatórios que convivem e se aplicam, conforme o caso, a determinadas atividades específicas (atividades econômicas privadas e serviços públicos) é uma opção do constituinte brasileiro e não existe necessariamente em todos os ordenamentos jurídicos. Nos Estados Unidos, por exemplo, não há dois modelos distintos de regulação. A transição do modelo contratual para o modelo de regulação por agências, se deu pela substituição do primeiro pelo segundo. Atualmente, todas as atividades econômicas são desempenhadas em um ambiente de livre iniciativa e a regulação estatal se reveste de maior ou menor intensidade em vista das decisões legislativas e, muitas vezes, das decisões discricionárias das próprias agências reguladoras, a depender do grau de interesse público que seja identificado em cada caso.

Trata-se de um sistema que confere maior grau de discricionariedade às agências, mas que se apoia em uma cultura jurídica que valoriza muito as liberdades individuais e recebe sempre com muita desconfiança as iniciativas de intervenção estatal sobre atividades econômicas. Todavia, é preciso recordar que já houve movimentos, mesmo nos Estados Unidos, que pretenderam estabelecer também lá uma diferenciação mais marcada de modelos de intervenção. No próprio caso *Munn v. Illinois*⁴⁴⁰, o voto divergente, como já se destacou anteriormente, pretendia distinguir a regulação incidente em situações nas quais o Estado confere algum tipo de privilégio ao regulado, de outras situações nas quais incida apenas o tradicional poder de polícia estatal. No caso *Budd v. New York*⁴⁴¹, também ficou consignado no voto vencido que uma regulação mais intensa seria cabível apenas naquelas situações em que o Estado é encarregado de assegurar a disponibilização do serviço ao indivíduo, ou seja, quando assuma a função de garantidor, o que, a rigor, atrairia a sua titularidade. Tais

⁴⁴⁰ Vide as considerações a respeito que foram feitas no subcapítulo 2.2, acima, a respeito desse caso clássico da jurisprudência norte-americana: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Munn v. Illinois, 94 U.S. 113**. *Under the powers inherent in every sovereignty, a government may regulate the conduct of its citizens toward each other, and, when necessary for the public good, the manner in which each shall use his own property*, 1876. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 17 jan. 2019.

⁴⁴¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Budd v. New York, 143 U.S. 517**, *An Act of the Legislature of New York, Laws of 1888, c. 581, provided that the maximum charge for elevating, receiving, weighing and discharging grain should not exceed five-eighths of one cent a bushel and that, (...) Held that the act was a legitimate exercise of the police power of the state over a business affected with a public interest, and did not violate the Constitution of the United States, and was valid*, 1892. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/517/>. Acesso em 18 jan. 2019.

movimentos na Suprema Corte americana, no entanto, jamais lograram maioria e, a partir do caso *Nebbia v. New York*⁴⁴² consolidou-se definitivamente o modelo regulatório uno.

Na França, por outro lado, após o julgamento do caso *Ordre des avocats au barreau de Paris*⁴⁴³, o Conselho de Estado estabeleceu uma clara distinção entre dois modelos possíveis de intervenção estatal na economia. De um lado, os serviços públicos que, embora delegáveis aos particulares, se exercem em um regime de privilégios e prerrogativas especiais e de outro, as atividades econômicas privadas, cuja intervenção depende de uma competência específica e deve observar os seus limites, assim como respeitar a liberdade de comércio e indústria e o princípio da livre concorrência⁴⁴⁴.

No Brasil, tendo em vista a existência de uma arraigada cultura estatizante, em que frequentemente se verifica forte demanda popular pela intervenção do Estado nas relações entre empresas ou em suas relações com seus clientes e consumidores; parece adequada a existência de dois modelos muito bem marcados. Deste modo, é importante que se reconheça que, um desses modelos pelo quais deve optar o legislador, é caracterizado pela livre iniciativa e dotado apenas do poder de polícia, devendo-se afastar qualquer intenção estatal de conformar as atividades ao seu planejamento, o que é vedado por força do art. 174 da Constituição. A liberdade de empresa somente poderá ser afastada, portanto, quanto aplicável

⁴⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Nebbia v. New York**, 291 U.S. 502. *A regulation fixing the price at which storekeepers may buy milk from milk dealers at a higher figure than that allowed dealers in buying from producers, and allowing dealers a higher price than it allows storekeepers in sales to consumers, held consistent with the equal protection clause of the Fourteenth Amendment because of the distinctions between the two classes of merchants*, 1934: Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/502/>. Acesso em 19 jan. 2019. Vide as considerações realizadas no subcapítulo 2.4, acima, a respeito desse julgado.

⁴⁴³ O caso foi examinado, acima, no subcapítulo 3.4. (FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Ordre des avocats au barreau de Paris**, nº 275531, julgado em 31 de maio de 2006 e publicado no recueil Lebon. *Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence*.

Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000008244457>. Consultado em 12 de abril de 2019).

⁴⁴⁴ A distinção é muito próxima da que também está presente na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, afirmada inicialmente em *Tyson & Bro. v. Banton*, quando se declarou que “*characterizations of businesses as ‘quasi-public’, not strictly private, and the like, while well enough as a basis for upholding police regulations in respect of the conduct of particular businesses, cannot be accepted as equivalents for the description “affected with a public interest” as that phrase is used in the decisions of this Court as the basis for legislative regulation of prices.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Tyson & Bro. v. Banton**, 273 U.S. 418, 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/418/>. Acesso em 19 jan. 2019)

o regime dos serviços públicos, o que permite transmitir maior segurança jurídica aos investidores⁴⁴⁵.

Seria de todo recomendável, nesse sentido, que houvesse maior certeza jurídica quanto à amplitude dos poderes regulatórios a serem exercidos pelo Estado, a depender de qual tenha sido o modelo de regulação pelo qual optou o legislador⁴⁴⁶. Quando a atividade é qualificada como serviço público, o empresário, ao assumir a responsabilidade contratual para prestar o serviço delegado, já sabe que estará sujeito a uma regulação de performance e que o Estado poderá interferir em aspectos intrínsecos à gestão da atividade por ele exercida, impondo regras referentes a acesso, qualidade e preço; exigindo o cumprimento de metas, o atingimento de índices de qualidade, interferindo sobre aspectos comerciais, como a fixação das tarifas que poderão ser cobradas ou até a conformação das relações privadas a serem travadas com seus usuários, fornecedores, prestadores de serviços ou parceiros.

Por outro lado, quando a atividade não for qualificada como serviço público, o particular deverá ter a segurança de que estará protegido pelo princípio da livre iniciativa, cujo núcleo essencial não poderá ser sacrificado⁴⁴⁷. Deste modo, embora sua atuação deva se sujeitar ao poder de polícia estatal e a uma regulação de proteção, que visa resguardar os

⁴⁴⁵ Ao contrário do quanto ora se afirma, Egon Bockmann, ao examinar o alcance do art. 21 da Constituição, manifesta o entendimento de que “*não existe na Constituição o sistema bipolar fechado público-privado para a instituição dos estatutos jurídicos de exploração de tais bens e serviços*”. A continuação de seu raciocínio, no entanto, indica que está se referindo à flexibilidade, reconhecida por essa tese, que a Constituição oferece ao legislador ordinário para trafegar entre os modelos de regulação. Deste modo, conclui o autor que caberá “*ao legislador ordinário a relevante tarefa de, caso a caso (ou em termos gerais), momento a momento, definir quem, onde, quando e como se dará a respectiva gestão.*” (MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do art. 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, out./dez. 2019, p. 17). Parece-nos, no entanto, que, no Brasil, o legislador deverá forçosamente optar entre um dos dois modelos constitucionalmente disponíveis — ainda que essa opção possa ser revista em outro momento —, os quais contam com características, amplitude de poderes regulatórios e limitações bem distintas.

⁴⁴⁶ Tratando do princípio da proteção da confiança legítima e de sua utilidade no direito administrativo brasileiro, Patrícia Baptista chama a atenção para o seu valor ético: “*Outra vantagem merece ser destacada na transposição para o direito administrativo brasileiro da aplicação do princípio da proteção da confiança legítima. Trata-se de uma utilidade menos jurídica e mais filosófica e sociológica: aumentar a firmeza e a lealdade na atuação da Administração Pública no país. Com efeito, a confiança, antes de ser transmutada em um valor jurídico, é um valor ético. A incorporação de um princípio que manifesta uma preocupação com a tutela da confiança pode permitir o aprimoramento da ética da Administração Pública brasileira, estimulando uma atuação mais honesta e mais correta dos agentes públicos.*” (BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Publicação informal baseada em tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 225)

⁴⁴⁷ “*O núcleo essencial do direito de livre-iniciativa nas atividades privadas de interesse público não pode, portanto, ser sacrificado por limitações administrativas prévias ou concomitantes à atividade, independentemente do interesse público invocado, por mais relevante que seja. Não que o Direito deixe à própria sorte esses interesses públicos, mas a via regulatória não é a adequada para realizá-los, havendo no ordenamento jurídico instrumentos, talvez mais rígidos e onerosos para a Administração do que a regulação, para efetivá-los, como a desapropriação e a requisição de serviços etc.*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 196 e 197)

direitos fundamentais de terceiros, não caberá ao regulador se imiscuir no âmago da atividade, nem nas decisões tipicamente comerciais e empresariais, que deverão, nesses casos, ser tomadas livremente pelo próprio empreendedor privado, de acordo com seus interesses e com os incentivos oriundos da concorrência existente no mercado. Quando regula os serviços públicos, o Estado pode pretender funcionalizar a atuação das empresas concessionárias, para alcançar os objetivos de suas políticas públicas, já que se trata de atividade de titularidade estatal. O mesmo não deve ocorrer em relação às atividades privadas, cuja regulação não deve ter essa abrangência e não pode obrigar as empresas a desempenharem atividades que cabem, em verdade, ao Estado. Gaspar Ariño Ortiz trata bem dessa questão, ao traçar os limites da regulação estatal sobre atividades privadas⁴⁴⁸:

As empresas privadas e o Governo têm diferentes funções e propósitos; e eles não devem se misturar uns com os outros. Também não é a missão das empresas resolver problemas sociais (embora muitas vezes o façam), nem implementar os programas econômicos do governo. A chamada "responsabilidade social" ou "função social" das empresas é um mito: trata-se simplesmente de cumprir a lei, respeitar contratos com terceiros, pagar impostos, respeitar regras de mercado — especialmente as da concorrência — sem engano ou fraude, dando conta oportuna de sua gestão aos seus proprietários e cumprindo normas administrativas e trabalhistas que garantem a defesa dos interesses públicos (segurança, saúde, meio ambiente, etc.). Essa é toda a sua responsabilidade social: criar riqueza e ganhar o máximo de dinheiro possível para seus acionistas, funcionários e trabalhadores. Além disso, todo o mecenato que estes (ou a empresa) quiserem fazer será pouco; mas não se deve confundir os planos.

Há alguns casos, no entanto, em que o exercício do poder de polícia pode ser tão extenso que acaba, de certa forma, se confundindo com uma regulação de performance. Isso normalmente ocorre naqueles casos em que é exercido sob a modalidade da chamada polícia de consentimento, que exige dos indivíduos uma autorização prévia para exercer certa atividade. A identificação com os serviços públicos se acentua significativamente no que se refere às atividades elencadas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, já que o

⁴⁴⁸ “Las empresas privadas y el Gobierno tienen funciones y finalidades diferentes; y no deben mezclarse unas con otras. Ni es misión de las empresas resolver problemas sociales (aunque con frecuencia así lo hace), ni ejecutar los programas económicos del Gobierno. La llamada ‘responsabilidad social’ o ‘función social’ de las empresas es un mito: se trata sencillamente de cumplir la ley, respetar los contratos con terceros, pagar los impuestos, respetar las reglas del mercado — en especial, las de la competencia — sin engaños ni fraudes, dar cuenta puntual de su gestión ante sus dueños y cumplir las regulaciones administrativas y laborales que garantizan la defensa de los intereses públicos (seguridad, salubridad, medioambiente, etc.). Esa es toda su responsabilidad social: crear riqueza y ganar limpiamente tanto dinero como sea posible para sus accionistas, empleados y trabajadores. Después todo el mecenazgo que éstos (o la empresa) quieran hacer será poco; pero no conviene confundir los planos.” (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. 3ª ed. Granada: Comares editorial, 2004, p. 221). Como advierte Alexandre Aragão, “o Estado, com base no mesmo art. 174, pode regular, mas sem que a regulação chegue a constituir uma planificação ou uma direção. O que o Estado não pode é, de uma maneira ou outra, acabar se substituindo ao controlador do empreendimento privado na tomada das decisões empresariais.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 201)

constituinte estabeleceu, nesses casos, que as atividades podem ser prestadas diretamente pela Administração Pública ou exploradas por particulares, segundo os regimes da autorização, concessão ou permissão. Os regimes dos contratos de concessão e permissão são, como já se viu, aqueles indicados pelo art. 175 da Constituição para a prestação dos serviços. Resta saber, portanto, quais as características de que se reveste o regime de autorizações, que será o objeto do próximo capítulo.

4.5. Atividades autorizadas

No ordenamento constitucional econômico brasileiro, a regra, como se viu, é a da livre iniciativa e liberdade empresarial. Deste modo, se uma determinada atividade não se constitui como monopólio da União, por força de norma constitucional expressa, nem foi qualificada, pela Constituição ou pela lei, como serviço público, trata-se de atividade econômica privada (ou atividade econômica *stricto sensu*), livremente acessível a qualquer interessado em prestá-la e cujo regime jurídico será essencialmente privado, sendo submetida apenas ao exercício do poder de polícia do Estado e, conseqüentemente, ao que denominamos nesta tese como regulação de proteção. Em princípio, portanto, o desempenho dessas atividades não se submete a nenhum tipo de condicionante. São executadas pela iniciativa privada por direito próprio e qualquer limitação dependerá sempre de previsão legal. Essa é a norma estabelecida no parágrafo único do art. 170, que assegura “*a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

Pode-se concluir, contudo, a *contrario sensu*, que quando assim determinado em lei, pode se fazer necessária a obtenção de uma autorização prévia para o exercício de certas atividades, o que se compatibiliza com o texto constitucional, desde que a exigência seja razoável e proporcional. Quando isso ocorre, a doutrina denomina esse tipo de manifestação do poder de polícia como **consentimento de polícia**⁴⁴⁹. Para que um empreiteiro possa iniciar

⁴⁴⁹ “O consentimento de polícia, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício de atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresente sob a segunda modalidade: com a previsão de reserva de consentimento, a provisão pela qual o legislador exige um controle administrativo prévio da efetiva compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 441); “Nas hipóteses em que a ordem de polícia condiciona o exercício de determinada atividade ao prévio consentimento da Administração Pública, estaremos diante de um controle preventivo da atividade particular. (...) Nesses casos o exercício da atividade é em princípio proibido, mas a proibição pode ser levantada pelo prévio consentimento de polícia (...)”

a construção de uma nova edificação, por exemplo, pode ser necessária a prévia obtenção de uma licença, que veicula esse necessário consentimento prévio por parte da Administração Pública em relação à atividade que se pretende realizar. A construção de edificações nem por isso deixa de ser uma atividade livre. A depender do seu potencial poluidor, a realização de diversos tipos de atividade pode estar sujeita ao chamado licenciamento ambiental. Nesses casos, a lei impõe que antes de iniciar a implantação de uma indústria, por exemplo, ou mesmo a sua operação, deve-se obter, junto ao órgão competente, uma licença ambiental específica. O exercício de determinadas profissões também está sujeito ao consentimento estatal. Nesses casos, cabe, em geral, aos conselhos profissionais, a inscrição em seus quadros daqueles que se encontram aptos a exercê-las. Quando a lei assim o exige, portanto, é condição para o desempenho de certas profissões, que o indivíduo esteja devidamente habilitado pelo conselho, para o que deverá cumprir os critérios estabelecidos na forma da lei⁴⁵⁰. Do mesmo modo, é condição para que se possa conduzir um veículo automotor, embarcação ou aeronave, a prévia habilitação junto ao órgão competente em cada caso, que emitirá a licença específica.

O exercício de atividades econômicas, por conseguinte, mesmo quando realizadas em regime de direito privado, como atividades econômicas em sentido estrito, submetidas apenas à regulação de proteção, pode estar condicionado a um consentimento prévio, o que

(ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013, p. 200);

⁴⁵⁰ Essa prerrogativa estatal, evidentemente não é ilimitada e também deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, por exemplo, que a atividade de músico não pode ser condicionada à prévia habilitação, já que “*nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 414.426**, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 01/08/2011, DJe-194 divulgado em 07/10/2011 e publicado em 10/10/2011). A Suprema Corte já afastou, também, qualquer possibilidade de exercício do poder de polícia em relação à profissão de jornalista, sob os seguintes argumentos: “*As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes. (...) A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. (...) No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. (...) A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 511.961**, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/06/2009, DJe-213 divulgado em 12/11/2009 e publicado em 13/11/2009).

dependerá sempre de estipulação legal específica, nos termos do parágrafo único do art. 170 da Constituição. Deste modo, as instituições financeiras, por exemplo — como os bancos, corretoras e distribuidoras de valores e qualquer pessoa física ou jurídica que tenha como atividade a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros —, estão obrigadas a obter prévia autorização do Banco Central para que possam funcionar, segundo determinação do art. 18 da Lei nº 4.595/64. No caso das seguradoras, essa competência para conferir uma prévia autorização para o seu funcionamento cabe à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, por força do que dispõe o art. 36, a, do Decreto-Lei nº 73/66. Pode-se referir, ainda, exemplificativamente, à competência legal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, prevista no art. 7º, VII, combinado com o art. 8º, da Lei nº 9.782/99, para conferir prévia autorização para as empresas que comercializem medicamentos ou para aquelas que se dediquem à produção de medicamentos, alimentos, bebidas, agrotóxicos, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes, hemoderivados, reagentes e insumos para realização de diagnósticos, radioisótopos, cigarros e charutos, além de outros produtos que envolvam risco à saúde.

Existe uma certa polêmica doutrinária quanto a se tratar esse ato autorizativo prévio como um **ato vinculado ou discricionário**. Tradicionalmente se diferenciam as **licenças**, que seriam essencialmente atos vinculados — típicos daquelas situações em que a lei estabelece objetivamente todas as condições a serem cumpridas pelo particular, sendo impositiva a sua concessão quando tiverem sido devidamente cumpridos todos os requisitos legais e sendo vedada, quando não cumpridos —, das **autorizações**, apresentadas como instrumentos a serem utilizados nos casos em que a lei confere à Administração Pública certa liberdade decisória, podendo, nesses casos, exercer escolhas que dependerão de avaliação quanto ao interesse público, as quais caberão à autoridade administrativa competente para outorgá-las⁴⁵¹.

Essa separação dos atos de consentimento entre licenças e autorizações está diretamente associada, no entanto, a uma visão compartimentada entre atos vinculados e discricionários⁴⁵², que não é mais compatível com a visão moderna desses institutos. Após o que Gustavo Binenbojm denominou de giro democrático-constitucional do poder de polícia,

⁴⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 46 e SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 312.

⁴⁵² Tendo como perspectiva o direito europeu e espanhol, Juan Alfonso Santamaría Pastor, tece as seguintes considerações: “*en toda autorización existen elementos reglados y elementos discrecionales, distribuidos en proporciones distintas según los casos; no hay, pues, autorizaciones absolutamente regladas ni absolutamente discrecionales*”. (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo general**, vol. II. 3ª ed. Madri: Iustel, 2015, p. 285)

deve-se admitir que “*inexiste (...) autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*”⁴⁵³. Para Floriano Azevedo Marques qualquer ato administrativo poderá se revestir de algum grau de discricionariedade, sempre que estiverem presentes: (i) algum tipo de deslegifcação, quando o legislador se abstém de cuidar de determinados aspectos, deixando certa margem de apreciação para a Administração Pública; (ii) a utilização, pelo legislador, de conceitos jurídicos indeterminados, cuja concretização depende de uma avaliação subjetiva do agente administrativo competente; (iii) a prescrição de poderes implícitos, quando a lei prescreve uma competência e uma finalidade, mas não especifica exatamente as condutas a serem adotadas ou (iv) uma prescrição autorizativa expressa, nos casos em que a lei dispõe expressamente que determinadas decisões cabem à autoridade administrativa, nos limites de sua competência⁴⁵⁴. Nesse sentido, como ressalta Vitor Rhein Schirato, “*não há que se falar em uma característica intrínseca ou denotadora de algum instituto do direito administrativo em específico*”, uma vez que “*a discricionariedade administrativa nada mais é do que uma técnica de ação administrativa*”⁴⁵⁵. Na verdade, como bem observa Andreas Krell, “*a decisão administrativa oscila entre os polos da plena vinculação e da plena discricionariedade*” e “*a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei*”⁴⁵⁶. Não se trata, portanto, de dividir os atos administrativos em vinculados ou discricionários, mas sim de buscar a densidade normativa incidente em cada caso, como bem ressalta Gustavo Binenbojm⁴⁵⁷:

Conforme a densidade normativa incidente ao caso, os atos de polícia serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade.

⁴⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93.

⁴⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle de atos de concentração por regulação setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.) **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 430.

⁴⁵⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do centro de estudos de direito administrativo, ambiental e urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 30.

⁴⁵⁶ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife: TRF 5ª Região, nº 08, Dez. 2004, pp. 184 e 185.

⁴⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93.

Não há que se traçar, portanto, campos próprios e específicos em que os atos de consentimento devam ser enquadrados necessariamente como licenças ou autorizações, conforme haja espaço para o exercício da discricionariedade administrativa ou se trate de ato inteiramente vinculado. A denominação utilizada pela lei — licença, autorização, alvará, permissão, certificado ou qualquer outra que se queira dar⁴⁵⁸ — terá pouca importância. O essencial é que se verifique, no texto legal, qual o espaço de integração da norma deixado pelo legislador ao conferir competência para a atuação da Administração Pública⁴⁵⁹. No que se refere ao exercício das atividades econômicas privadas, deve-se atentar para o fato de que o texto do art. 170, parágrafo único da Constituição confere ampla liberdade para o seu exercício pelos indivíduos e empresas. A submissão ao regime de consentimento, com a exigência de prévia autorização, deve ser, destarte, uma alternativa excepcional, de que se vale o legislador pela ponderação de outros princípios e interesses constitucionais a serem atendidos em situações específicas identificadas. O grau de discricionariedade deixado à Administração Pública deve sempre ser acompanhado de parâmetros objetivos a serem aferidos, de modo que possam ser tomadas decisões impessoais e dotadas da necessária isonomia, impondo-se o mínimo de restrição das liberdades, na medida da necessidade para alcançar as finalidades públicas⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Essa variação terminológica não é própria do direito brasileiro. Tendo em conta o direito espanhol, García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández também destacam essa característica: “*Un simple repaso de las normas positivas en materia de limitaciones administrativas de derechos pone de manifiesto de inmediato la existencia de una serie de figuras que, con unos u otros matices y bajo una terminología muy variada, expresan ideas muy próximas entre sí. En todos estos casos (autorizaciones, permisos, licencias, visados, habilitaciones, colegiaciones, dispensas, inscripciones incluso etc.) una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar.*” (ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. II. 10ª ed. Madri: Thomson Civitas, 2006, p. 133)

⁴⁵⁹ “*O regime jurídico (assim entendido como as características jurídicas) de cada autorização mencionada pelo texto constitucional decorrerá da disciplina jurídica impingida a cada autorização outorgada em cada um dos setores mencionados nos incisos XI e XII da Constituição Federal, de maneira que a procura por um regime jurídico único não é tarefa possível, corroborando a inaplicabilidade dos conceitos e concepções doutrinárias. Nesse passo, as autorizações poderão ser discricionárias ou vinculadas, poderão ser unilaterais ou bilaterais. Dependerá, apenas, do que dispuser o direito positivo sobre o tema, seja na lei em sentido estrito, como é o caso do §1º do artigo 131 da Lei nº 9.472/97, seja na ordenação setorial, em razão da deslegalização.*” (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 315). A perspectiva no direito europeu não é diferente: “*El régimen jurídico de los múltiples tipos de autorizaciones previstas en nuestro ordenamiento se encuentra establecido en las normas sectoriales reguladoras de cada tipo de ellas; estas normas ofrecen disparidades tales que resultaría muy difícil trazar las líneas generales de un régimen común.*” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo general**, vol. II. 3ª ed. Madri: Iustel, 2015, pp. 287 e 288)

⁴⁶⁰ Segundo Marçal Justen Filho, “(...) o vocábulo autorização passou a ser utilizado em situações incompatíveis com as ideias acima expostas. Assim, por exemplo, o art. 170, parágrafo único, da CF/1988 alude à autorização para o exercício de atividade econômica, o que não se compatibiliza com a concepção de uma competência discricionária. Por igual, o art. 21, XI e XII, da CF/1988 refere-se à autorização para a exploração por particulares de atividades que, em princípio, são configuradas como serviço público. Nesses casos, autorização

Quanto à ordem constitucional econômica, deve-se referir ao art. 21 da Constituição, que compõe o que Egon Bockmann denomina “*Constituição econômica espraiada*”,⁴⁶¹, composta por diversas normas espalhadas por todo o texto constitucional, em contraposição ao que denomina “*Constituição econômica concentrada*”, que se refere às normas dos arts. 170 ao 192, que compõe o Título VII da Constituição, denominado “Da ordem econômica e financeira”.

Especial atenção deve ser conferida aos incisos X a XII do art. 21, por meio dos quais a Constituição estabelece que cabe à União: (i) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional e explorar os serviços de (ii) telecomunicações; (iii) radiodifusão, sonora ou de sons e imagens; (iv) energia elétrica; (v) navegação aérea e aeroespacial; (vi) infraestrutura aeroportuária; (vii) transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário e (viii) portos. Nos demais incisos do art. 21, há ainda referências aos serviços e instalações nucleares, no inciso XXIII e à competência da União para instituir diretrizes nas áreas de desenvolvimento urbano, saneamento básico e transportes urbanos (inciso XX), para o sistema nacional de viação (inciso XXI) e definir critérios de outorga e direitos de uso, além de instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (inciso XIX).

Diversas outras referências há ainda em relação a atividades tipicamente regalianas, como manter relações com Estados estrangeiros, declarar guerra, assegurar a defesa nacional e permitir trânsito de tropas estrangeiras no território nacional; decretar estado de sítio, de defesa ou intervenção federal; autorizar produção de material bélico e fiscalizá-la; emitir moeda, administrar reservas cambiais e elaborar e executar planos de desenvolvimento nacional e regional; organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público, as polícias civil e militar do Distrito federal e territórios; assim como o serviço de estatística, geografia, geologia e cartografia; exercer classificação indicativa de diversões públicas; conceder anistia; planejar e executar ações de defesa civil; executar serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira; executar a inspeção do trabalho e estabelecer áreas e condições para a garimpagem.

é utilizada em sentido próximo ao de licença.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 257)

⁴⁶¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do art. 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, pp. 9 a 43, out./dez. 2019, pp. 13 e seguintes.

Como se vê, dentre o extenso e diversificado rol de competências materiais da União, elencadas no art. 21⁴⁶², há referência a algumas atividades que se constituem como serviços a serem prestados à população, dotados de evidente natureza econômica, abrangendo, inclusive, alguns dos principais serviços relacionados com o uso de infraestruturas pesadas e de rede. Nestes casos, referidos especialmente nos incisos XI e XII, o constituinte admite que tais serviços sejam prestados diretamente pela própria União ou por particulares, mediante autorização, permissão ou concessão. A dicção é bastante distinta daquela contida no inciso X, que apenas se refere à competência da União para “*manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*”, sem a inclusão, neste caso, da referência aos instrumentos da autorização, concessão e permissão. Ao julgar a *ADPF n.º 46*, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que essas atividades — serviço postal e correio aéreo — são qualificadas diretamente pela Constituição como serviço público⁴⁶³, não havendo, portanto, liberdade para que o legislador ordinário eleja outro tipo de regulação, que não a regulação de performance, por meio de um regime jurídico de direito público.

Releva examinar, assim, qual a distinção desse caso, de que cuida o inciso X, para os demais, tratados nos incisos XI e XII, em que há expressa referência, não só aos contratos de concessão e permissão, que igualmente constam no art. 175, mas também ao instituto da autorização. Importante ressaltar que a **Constituição** — com poucas exceções, como ocorre com os serviços postais⁴⁶⁴ — **não impõe a adoção de um modelo específico de regulação**. Pode-se afirmar que a regra será o modelo de livre iniciativa, com uma regulação estatal de proteção, uma vez que a qualificação de uma atividade econômica como serviço público depende de prévia qualificação por lei. **O modelo constitucional brasileiro demonstra-se, portanto, bastante flexível**, uma vez que normalmente caberá à lei ordinária — desconsiderados os monopólios constitucionais — optar por submeter alguma atividade específica ao regime de serviços públicos.

⁴⁶² SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 500 a 503 e MENDES, Gilmar Ferreira et. Al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 772.

⁴⁶³ Nesse acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, restou consignado que, por força do disposto no art. 20, X da Constituição, “*O serviço postal — conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado — não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 46**, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, Relator original Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 05/08/2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010)

⁴⁶⁴ Pode-se referir também, exemplificativamente, à atividade de distribuição de gás canalizado, de que cuida o art. 25, §2º da Constituição, qualificado como um serviço público de competência dos estados, cuja delegação só poderá ser realizada mediante concessão.

No caso das atividades referidas no art. 21, incisos XI e XII da Constituição⁴⁶⁵, o constituinte estabeleceu serem determinados serviços de competência da União, que pode optar entre explorá-los diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Caso decida explorá-los diretamente ou delegá-los por meio dos contratos de concessão ou permissão de serviço público, não parece haver dúvida de que será aplicável a essas atividades o regime do art. 175 da Constituição, com a titularidade estatal, importando na *publicatio* e na condição, assumida pela União, de garantidora de sua adequada prestação perante os usuários atuais e potenciais, seja como executora direta ou por meio da regulação de performance que deverá exercer.

Ocorre, no entanto, que a Constituição também autoriza que tais atividades sejam prestadas mediante autorização. Tendo em vista que a tradição do direito administrativo brasileiro associa as autorizações a atos administrativos unilaterais e discricionários, destinados a consentir ao particular o exercício de determinada atividade ou uso de um bem público⁴⁶⁶, causou certa perplexidade inicial que tenha sido elencada ao lado de instrumentos típicos de delegação de serviços públicos, tendo surgido, então, uma teoria defendida por alguns autores de que também seria possível a prestação de serviços públicos em regime privado, denominando-os, então, como **serviços públicos autorizados**. Sara Jane Farias, em monografia dedicada precisamente ao tema da “regulação jurídica dos serviços autorizados”, publicada em 2005, enfrenta a questão e admite expressamente a autorização de serviço público:

Existe grande polêmica na doutrina acerca da possibilidade da prestação de serviço público mediante autorização. Tal conflito tornou-se evidente com a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (nº 9.472/97), a qual inovou na matéria em dois sentidos distintos: primeiro, criou a possibilidade de prestação de serviço de titularidade pública num regime de direito privado e, segundo, atribui a esse regime uma nova modalidade de execução — a autorização vinculada.

Tradicionalmente, discutia-se a possibilidade ou não de prestação de serviço público por meio de autorização (clássica, proveniente da atividade de polícia do Estado). Conforme restará aqui demonstrado, entendia-se que como estas eram conferidas no interesse exclusivo da particular requerente, excluam-se do conceito de serviço público, uma vez que estes deveriam atender as necessidades e trazer comodidades a uma coletividade.

⁴⁶⁵ “A Constituição Federal deu, então, certa margem de discricionariedade ao Legislador em relação às atividades enumeradas nos incisos X a XII do art. 21 para que, diante das evoluções tecnológicas propiciadoras da concorrência e do Princípio da Proporcionalidade na sua expressão de subsidiariedade, enquadre-as como serviços públicos ou como atividades privadas de interesse público sujeitas e uma regulação de natureza autorizativo-operacional.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 216)

⁴⁶⁶ Nesse sentido, vide: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 236.

Havia também os que defendiam que estas poderiam ser outorgadas desde que não conflitassem com as concessões e permissões de serviços públicos.

Por isto, mister observar que, hoje, quando é feita alusão à prestação de serviço público mediante autorização, deve-se buscar a opção legislativa para aquele caso concreto, uma vez que pode existir autorização de serviço público discricionária ou vinculada, como forma de prestação do serviço em regime de direito público e em regime de direito privado.

Como se vê, a autora propõe a distinção entre autorizações clássicas, provenientes do poder de polícia, e autorizações de serviço público. Maria Sylvia Di Pietro, que tinha um posicionamento diverso anteriormente, alterou seu entendimento a partir da 18ª edição de seu “Direito Administrativo”, para também admitir as autorizações de serviços públicos como uma das modalidades de delegação à disposição do Poder Concedente, ao lado das concessões e permissões. A autora diferencia os serviços referidos no art. 21, XI e XII da Constituição (como os de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros) dos serviços de educação e saúde, os quais seriam serviços públicos próprios quando prestados pelo Estado e serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares, uma vez que a própria Constituição os torna abertos à iniciativa privada. Já os serviços elencados no art. 21 só poderiam ser prestados por particulares se houver prévia delegação estatal, a qual poderá se dar também por autorização de serviço público⁴⁶⁷. É o que igualmente pode ser extraído das considerações de Diogo Figueiredo Moreira Neto⁴⁶⁸, que identifica serviços públicos norteados pela *publicatio*, ao lado de serviços públicos desenvolvidos em regime privado:

Assim, nos casos dos serviços públicos norteados pela *publicatio*, é o próprio Estado que promove a delegação e a fiscalização de tais atividades; nos serviços públicos que, ao revés, se desenvolvem em regime privado (art. 131 da Lei nº 9.472/1997) requer-se uma autorização para a sua exploração e, por fim, quanto a certas atividades econômicas, há as que se submetem cautelarmente a um consentimento de polícia outorgado por meio de licenças, anuências, registros e quaisquer outras espécies inominadas de atos receptícios.”

Deve-se atentar, no entanto, como ressalta Egon Bockmann, que o art. 21 da Constituição, em nenhum momento qualifica as atividades ali referidas como serviços públicos. Segundo o autor, contudo, ao lhes conferir à competência material da União, a Constituição teria transferido tais atividades à “*titularidade e iniciativa público-estatal*”, de domínio da União, de modo que também não se trataria de atividades exercidas sob o regime da livre iniciativa⁴⁶⁹. Por essa razão, entende que, quando o legislador não opte pelo regime

⁴⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238.

⁴⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 310.

⁴⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do art. 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, out./dez. 2019, pp. 29 a 33.

dos serviços públicos, as autorizações das quais dependerá o exercício de tais atividades pelos particulares são “*autorizações público-privadas*”. Nas palavras do autor⁴⁷⁰:

A bem da verdade, tais atos administrativos negociais são autorizações público-privadas: oriundas do setor público de domínio da economia, permitem o exercício de atividades privadas. Configuram barreiras de entrada bem menos exigentes do que aquelas do art. 175.

Embora não admita a existência de serviços públicos prestados sob regime privado, Egon Bockmann também não equipara as atividades do art. 21, XI e XII a simples atividades econômicas privadas. Defende, na verdade, que, além do regime privado de livre iniciativa, típico das atividades econômicas privadas e do regime especial dos serviços públicos — dependente de um vínculo contratual com a Administração —, haveria um outro regime (público-privado) aplicável especificamente a essas atividades. Tratar-se-ia, então, de um regime autônomo, que não se confundiria com o regime de liberdade de iniciativa, nem com o regime puro de serviços públicos. Um terceiro modelo de regulação, portanto.

Não nos parece, no entanto, que seja assim. Não faria sentido instituir uma autorização de serviço público⁴⁷¹, mantendo um regime jurídico de direito privado, equivalente ao das atividades econômicas em sentido estrito. Sem a *publicatio*, a possibilidade de uma regulação de performance e a atribuição ao Estado da posição de garantidor que afasta a exigência de isonomia concorrencial, não haveria nenhum elemento especial a indicar a existência de um modelo diferenciado de regulação. Assim, diante da evidente equiparação com o regime privado, não faria sentido cogitar quanto a um terceiro regime intermediário, “*público-privado*”. Na verdade, como já se exemplificou acima, esse sistema de regulação, baseado no poder de polícia, mas condicionado a um consentimento prévio, existe em relação a variadas atividades, por mera determinação legal, independentemente de qualquer previsão constitucional, como ocorre com os bancos, seguradoras, farmácias, indústria tabageira, produtores de medicamentos, alimentos, saneantes etc..

⁴⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do art. 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, out./dez. 2019, p. 33.

⁴⁷¹ “*Não se outorga autorização de serviço público, ressalvadas hipóteses anômalas e transitórias. (...) O exemplo típico é a greve ou a calamidade, em que seja necessário recorrer a particular para o atendimento de necessidades coletivas. (...) Existe, então, outra modalidade de autorização, que se destina a remover um impedimento ao desempenho de atividades privadas, em casos em que assim for exigido por lei. (...) Adota-se a orientação de que o art. 21, XI e XII, da CF/1988 utiliza a expressão autorização no segundo sentido. Nessas passagens, a Constituição reconhece que determinadas atividades podem constituir objeto de serviço público (prestadas diretamente pelo Estado ou delegadas a particulares mediante concessão ou permissão) como também podem ser qualificadas como atividades econômicas privadas (exploradas por particulares mediante autorização).*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 557 e 558)

Deve-se reconhecer, a esse respeito, que há autores que pretendem diferenciar essas espécies genéricas de **ato administrativo de consentimento**, das **autorizações setoriais**, em que o ingresso do agente em um determinado setor fica condicionado a uma prévia aprovação estatal⁴⁷². Tais distinções parecem inspiradas no direito europeu, que diferencia, de um lado, as autorizações simples, que têm por objeto uma conduta isolada e concreta e cujo controle, por parte da Administração, é meramente negativo e se limita a comprovar a legalidade ou compatibilidade da atividade que se pretende realizar, com o interesse público⁴⁷³ e, de outro lado, as autorizações operativas, que se referem a uma atividade privada, a ser desenvolvida de modo contínuo e permanente, sendo que, nesses casos, a Administração Pública não exerce apenas um controle imediato, mas sim um controle sucessivo durante todo o período de exercício da atividade e de maior intensidade.⁴⁷⁴

Para García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, o fundamento dessa diferenciação reside em uma mudança de perspectiva que ocorre quando as autorizações passam a incidir sobre atividades econômicas, já que, nesses casos, além de um mero controle negativo do exercício de direitos, passa a haver uma intenção de regulação do mercado⁴⁷⁵. Por essa razão, os instrumentos tradicionais das autorizações simples não seriam mais suficientes para esse novo propósito. Ao contrário dessas, que se propõem unicamente a controlar a atividade

⁴⁷² Pode-se referir, por exemplo, às considerações de Vitor Rhein Schirato, que diferencia os “*títulos habilitantes da administração ordenadora*”, os quais se baseiam no poder de polícia estatal — ou, como prefere, usando a terminologia de Carlos Ari Sundfeld, são manifestação da administração ordenadora —, de outra categoria, que denomina como “*autorizações reguladas*”, as quais considera “*a forma mais incisiva e mais restritiva do direito de livre iniciativa*”, já que “*trata-se de hipótese fora do regime de serviço público na qual o ingresso do agente no mercado depende de uma prévia aprovação estatal, sem a qual o exercício da atividade não é lícito*”. As principais distinções referidas pelo autor dizem respeito ao fato de os títulos habilitantes são decorrência de normas mais amplas e genéricas, possuem conteúdo predominantemente declaratório, decorrem de competências administrativas também genéricas e ordenatórias e não de “*entidades específicas competentes para assegurar o bom funcionamento de um dado setor da economia (...)*”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 309 a 321)

⁴⁷³ “(i) *tienen como objeto una conducta aislada y concreta, que se realiza por el sujeto autorizado (...) el control que la Administración ejerce sobre la actividad autorizada es meramente inicial y negativo, limitándose a la comprobación de la legalidad o compatibilidad con el interés público de dicha actividad (...)*” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo general**, vol. II. 3ª ed. Madri: Iustel, 2015, p. 286)

⁴⁷⁴ “(i) *se refieren a una actividad privada que se desarrolla de modo continuado y tendencialmente permanente en el tiempo (...) la Administración, a través de la autorización, ejerce un control no sólo inicial, sino también sucesivo, sobre el ejercicio de la actividad.*” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo general**, vol. II. 3ª ed. Madri: Iustel, 2015, p. 287)

⁴⁷⁵ “(...) *la autorización se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos objetivos previamente programados o al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables.*” (ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. II. 10ª ed. Madri: Thomson Civitas, 2006, p. 137)

autorizada e, no máximo, restringir seu exercício a certos limites pré-estabelecidos⁴⁷⁶, as autorizações operativas propiciariam uma orientação positiva da atuação do particular que a desempenho, na direção do planejamento estatal⁴⁷⁷.

Esse sistema não parece, contudo, compatível com o ordenamento constitucional brasileiro. Tanto na Europa, quanto no Brasil, o sistema de autorizações se distingue do regime de serviços públicos e, conseqüentemente, das concessões⁴⁷⁸. No entanto, no Brasil, a Constituição deixa clara a dicotomia existente entre o modelo de regulação de proteção, incidente sobre as atividades econômicas privadas, baseado no poder de polícia do Estado e o modelo de regulação de performance, incidente sobre as atividades qualificadas como serviços públicos, cujo desempenho por particulares depende da delegação estatal, que se dá por meio da formação de um vínculo contratual. Deste modo, como já ressaltamos acima, sempre que o legislador não tiver optado pelo regime contratual dos serviços públicos, na forma do art. 175 da Constituição, deverá incidir a restrição prevista no seu art. 174, que impede o planejamento estatal determinante para o setor privado. Não será possível, portanto, pretender instituir uma regulação de performance para atividades privadas autorizadas, mesmo que se trate daquelas elencadas nos incisos do art. 21 da Constituição, cuja redação não autoriza medida deste tipo. A regulação de performance dependerá sempre da *publicatio*,

⁴⁷⁶ “*Las primeras (autorizaciones simples) se proponen únicamente controlar la actividad autorizada y, como mucho, acórtala negativamente dentro de unos límites determinados.*” (ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. II. 10ª ed. Madri: Thomson Civitas, 2006, p. 138)

⁴⁷⁷ “*Las autorizaciones operativas, en cambio, sin renunciar a la función primaria de controle, que también canalizan, pretenden ir más allá de ella, encauzando y orientando positivamente la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales, o bien, aunque de forma esquemática o, incluso, implícitamente, por la propia norma en cada caso aplicable.*” (ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. II. 10ª ed. Madri: Thomson Civitas, 2006, p. 139). Na França admite-se as autorizações como títulos habilitantes à prestação de serviços públicos, cuja delegação pode-se dar por esses atos unilaterais da Administração Pública e também por atos legislativos ou regulamentares, como relata Guglielmi em: GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 639 a 648.

⁴⁷⁸ Na União Europeia, a Diretiva 2014/23, relativa aos contratos de concessão, faz expressa distinção, em seu considerando 14, entre o regime contratual e o regime dos atos de consentimento: “(14) *Tão-pouco deverão ser considerados concessões certos atos dos Estados-Membros de natureza estatal, como as autorizações ou licenças pelas quais um Estado-Membro ou uma autoridade pública estabelecem as condições para o exercício de uma atividade econômica, incluindo uma condição para efetuar uma determinada operação, concedidas normalmente a pedido do operador econômico e não por iniciativa da autoridade ou entidade adjudicante e em que o operador econômico é livre de se retirar da execução da obra ou da prestação de serviços. No caso de tais atos de natureza estatal, podem aplicar-se as disposições específicas da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Distintamente de tais atos dos Estados-Membros de natureza estatal, os contratos de concessão preveem obrigações mutuamente vinculativas em que a execução das obras ou dos serviços está sujeita a requisitos específicos definidos pela autoridade ou entidade adjudicante e que têm força legal.*”

com o estabelecimento de um vínculo contratual com o Poder Concedente, por força do que dispõe o art. 175 da Constituição.

Embora não tenha enfrentado diretamente essa questão, o tema foi recentemente abordado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da *ADIN n° 4.923*, quando apreciou o regime regulatório aplicável às atividades elencadas nos incisos XI e XII do art. 21, de modo a examinar a constitucionalidade da Lei n° 12.485/2011, que instituiu um novo marco regulatório integrado para o serviço de TV por assinatura (Serviço de Acesso Condicionado – SeAC), o qual passou a reunir atividades que antes eram reguladas de modo fragmentado como TV a cabo, DTH (*direct to home*), MMDS (*multipoint multichannel distribution system*) e TVA (ou serviço especial de televisão por assinatura). Cuidou-se, portanto, de uma das espécies de serviços de telecomunicações, tendo o Min. Luiz Fux, relator do acórdão, deixado explícito no seu voto as seguintes considerações:

Impende ainda analisar que a Lei n° 12.485/11 deixa claro ser a concessão do credenciamento a regra geral (...).

Está-se aqui diante de exercício típico do poder de polícia preventivo do Estado, ou, como preferem doutrinadores mais modernos, do direito administrativo ordenador (cf. SUNDFELDT, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003), o qual tem no consentimento prévio da Administração Pública etapa necessária para o exercício regular de certas liberdades, como as aqui discutidas (i.e., exploração da atividade de programação e de empacotamento de conteúdo audiovisual). Tal etapa de consentimento só existe porque — antes — existe uma obrigação material a ser cumprida. Válida esta última, válida será, em consequência, aquela primeira.

Nesse sentido, ainda que se possa considerar que a exigência de um consentimento prévio posiciona a regulação dessas atividades em um meio-termo entre as atividades econômicas privadas não sujeitas a autorização e os serviços públicos⁴⁷⁹, isso não parece suficiente para sustentar a existência de um terceiro modelo de regulação. Pode-se admitir que, nesses casos, haverá um exercício mais intenso do poder de polícia, mas ainda se tratará apenas de poder de polícia, ou seja, do que denominamos nesta tese como regulação de proteção, em oposição a um outro modelo regulatório, de performance. Apenas este último pode se destinar a dirigir uma atividade conforme o planejamento estatal.

⁴⁷⁹ São nesse sentido, por exemplo, as considerações de Alexandre Aragão: “*Estas atividades se encontram no meio-termo entre os serviços públicos, que são atividades desempenhadas diretamente ou indiretamente (por delegação à iniciativa privada) pelo próprio Estado em razão da impossibilidade de a iniciativa privada atender os interesses públicos pertinentes, e as atividades econômicas privadas não sujeitas a controle ou sujeitas apenas a um controle de polícia administrativa geral, que apenas verifica se a atividade não fere a ordem pública, a saúde pública, a segurança pública etc., não a funcionalizando específica e comissivamente ao interesse público.*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187)

Há, portanto, o modelo baseado no art. 173 da Constituição, fundado na livre iniciativa e o regime dos serviços públicos, disciplinado pelo art. 175. No sistema de livre iniciativa, poderá ou não ser instituída a exigência de um prévio consentimento de polícia, o que deve ocorrer apenas em situações extraordinárias, por força do quanto determinado no art. 170, parágrafo único da Constituição, com exceção das atividades elencadas no seu art. 21, XI e XII. Em relação a essas, o próprio texto constitucional ressalva aquela regra e determina ao legislador ordinário que, caso não opte pelo regime de serviços públicos, deverá obrigatoriamente impor o sistema de autorização prévia. **O art. 21 da Constituição não se destina, como se pode verificar, a instituir um regime jurídico próprio para o desempenho de certas atividades**, mas apenas a indicar o âmbito das competências da União. Assim como o art. 25 trata das competências dos Estados, atribuindo-lhes expressamente, no §2º — além das competências residuais —, a titularidade sobre os serviços locais de gás canalizado e o art. 30, daquelas atribuídas aos Municípios, a quem caberá a titularidade dos serviços públicos de interesse local, conforme disposto em seu inciso V.

Nesse sentido, o inciso X do art. 21 indica o serviço postal e o correio aéreo nacional como serviços públicos titularizados pela União, já que os atribui à sua competência sem referir à possibilidade de que sejam autorizados a particulares. Já os incisos XI e XII elencam uma série de atividades, cuja competência também é federal. A atribuição de competência à União não deve ser confundida, todavia, com uma qualificação constitucional das atividades como serviços públicos. Ao contrário, já que em ambos incisos o constituinte referiu expressamente que poderão ser exploradas diretamente pela União ou mediante autorização, concessão ou permissão. Claramente, deixou ao legislador um grau de liberdade para escolher entre algumas opções disponíveis. Nesses casos, a margem de discricionariedade legislativa foi restringida pelo texto constitucional, mas ainda lhe cabe optar entre instituir um modelo de regulação de performance, qualificando a atividade como serviço público ou mantê-la sob o regime de livre iniciativa do art. 173, impondo-se nesse caso a utilização do sistema de autorizações prévias, que induz um nível mais rigoroso de regulação⁴⁸⁰.

O art. 21 apenas indica ao legislador ordinário, portanto, quais os regimes a serem aplicados a essas atividades. Ou serão atividades econômicas privadas sujeitas a autorização prévia e à regulação federal, na forma dos arts. 173 e 174 da Constituição ou,

⁴⁸⁰ Como ressalta Vitor Rhein Schirato, “*As atividades sujeitas a uma autorização nos termos do artigo 21 da Constituição Federal, assim, são atividades econômicas privadas que demandam um grau maior de regulação estatal*”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 316)

caso se opte pela titularidade estatal, será criada uma relação jurídica de garantia entre a União e o cidadão, em que o ente público assumirá o papel de garantidor e ocorrerá a *publicatio* da atividade, criando, caso venha a ocorrer a delegação, uma relação de sujeição especial, de natureza contratual, entre a Administração Pública federal e o concessionário ou permissionário de serviço público, viabilizando a regulação contratual da atividade na forma do art. 175 da Constituição.

Caberá ao legislador ordinário, então, verificar, caso a caso, se estão presentes condições de mercado que permitam o atingimento dos objetivos de interesse público independentemente da instituição de um regime de direito público, com regulação de performance⁴⁸¹. Nesses casos, bastará a instituição de um regime de regulação de proteção, baseado no poder de polícia, com a exigência de consentimento prévio. Não será possível ao legislador, contudo, optar por transformar tais atividades em econômicas privadas, inteiramente livres, desvinculadas de qualquer consentimento administrativo. Tal conduta do legislador ordinário seria inconstitucional, pois a Constituição lhe deixou apenas duas opções: regime de serviço público ou regime de livre iniciativa com exigência de prévia autorização.

Quando o legislador opta por não qualificar essas atividades como serviço público, instituindo uma regulação de proteção com exigência de consentimento administrativo prévio, a doutrina as tem denominado como **atividades econômicas privadas de utilidade pública**, ou simplesmente atividades de utilidade pública⁴⁸², de interesse público ou de interesse

⁴⁸¹ “(...) *Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incs. do art. 21 da CF/1988 poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias. Caberá verificar se as necessidades pertinentes podem ser adequadamente atendidas mediante mecanismos de mercado. Se houver cabimento de satisfação dos direitos fundamentais por meio da atuação empresarial privada, sob regime de direito privado, poderá haver a despublicização da atividade. Em tal caso, surgirá uma atividade econômica em sentido estrito (o que poderá compreender, inclusive, um serviço de interesse econômico geral).*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 556 e 557) Em outra passagem, o autor confirma esse entendimento: “Não é indiferente para a Constituição que as atividades referidas nos incs. XI e XII do art. 21 sejam tratadas como serviço público ou como atividade econômica em sentido restrito. (...) Deve-se reputar que a Constituição determinou que as atividades referidas no art. 21, XI e XII, serão qualificadas como serviço público quando estiver presente o pressuposto necessário: a satisfação imediata de direitos fundamentais em situações nas quais os mecanismos de direito privado inerentes ao regime de mercado não forem suficientes para assegurar os resultados adequados.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 560)

⁴⁸² Em 1941, quando escreveu o seu “Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública”, Bilac Pinto tinha em vista, na verdade, os serviços públicos, buscando inspiração na regulação norte-americana das *public utilities*. Não é essa, evidentemente a acepção que se usa aqui, que reflete a terminologia mais modernamente prevalecente. Alexandre Aragão, em nota de atualização dessa obra clássica, esclarece bem a questão: “O termo ‘serviços de utilidade pública’ é usado pelo autor indistintamente ao emprego simplesmente da expressão ‘serviço público’. Ao contrário, por exemplo, Caio Tácito denomina como ‘serviços de utilidade pública’ as atividades privadas sujeitas a autorizações administrativas funcionais, distinguindo-os dos ‘serviços públicos’, denominação reservada para as atividades de interesse coletivo titularizadas pelo Poder Público.” (PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23)

coletivo. Nesses casos, inexistindo qualificação legal como serviço público, inexistirá titularidade estatal da atividade⁴⁸³.

Ao decidir que as condições de mercado permitem que determinado serviço seja prestado como atividade econômica privada autorizada, o legislador deixa de atribuir ao Estado o papel de garantidor e abre mão da *publicatio*. Pode-se recorrer, nesse sentido, novamente ao julgamento da *ADIN nº 4.923*, que cuidou da regulação do serviço de TV por assinatura, espécie dos serviços de telecomunicações elencados no art. 21, XI da Constituição. A opção manifestada pelo legislador ordinário foi a de mantê-lo como uma atividade econômica privada, sujeita apenas à prévia autorização da ANATEL, na forma prevista pela Lei nº 12.485/2011. Nesse caso, não se cogita do papel de garantidor a ser exercido pelo Estado, não havendo, por exemplo, exigências de universalização ou continuidade do serviço, como se extrai do seguinte trecho do voto do relator⁴⁸⁴:

Aliás, em matéria de direito das telecomunicações, desde a Lei nº 9.472/97, existe um quadro bem sólido de classificação das espécies do serviço, bem como de seus respectivos regimes jurídicos. A Lei Geral do setor afirma que, “quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito” (art. 62, caput); já “quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados”(art. 63, caput). Esses conceitos se relacionam por, dentre outras previsões, aquela do art. 64, caput, ao afirmar que “comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”. Parece-me, certamente, que não é o caso da TV por assinatura. Não se cogita nestes autos que a União garanta a universalização e a continuidade do serviço.

Nada impede, por evidente, que, em momento futuro, diante de eventuais transformações das condições de mercado, do surgimento de novas circunstâncias de fato ou da alteração da decisão política anterior, o legislador modifique o marco regulatório e qualifique como serviços públicos atividades que vinham sendo exercidas como privadas. O

⁴⁸³ “A Constituição Federal fixa vínculo orgânico ao dispor, no caput do art. 175, que incumbe ao poder público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Por isso, os chamados ‘serviços de utilidade pública’, não podem ser qualificados como serviços públicos, em sentido técnico, por faltar o vínculo orgânico com a Administração, por não incumbirem ao poder público; este apenas reconhece que tais atividades trazem benefício à população, sobretudo se forem assistenciais, culturais, educacionais, por exemplo.” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 379). No mesmo sentido: “Por intensa que seja a intervenção administrativa sobre a atividade, ditada por motivos de interesse público, em tais hipóteses a Administração não assume a atividade, direta ou indiretamente, mantendo uma posição externa ao seu desenvolvimento. (...) Trata-se de atividades privadas submetidas a intensas manifestações do poder de polícia, tendo em conta que são exercidas pelos particulares, no uso de sua ‘competências privada originária’, sujeitas a um regime jurídico de Direito privado, caracterizado pela liberdade de exercício e contratação, cujas normas regulamentares devem observar os limites das garantias constitucionais para o desempenho de uma atividade livre.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 126 e 127)

⁴⁸⁴ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4923**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018.

contrário também poderá acontecer, despublicizando-se atividades que anteriormente estavam qualificadas como serviços públicos. De todo modo, enquanto mantiverem a condição de atividades econômicas privadas serão submetidas a um regime privado de livre iniciativa e o particular poderá agir em domínio que lhe é próprio. A regulação imposta nesses casos será uma regulação que, embora baseada exclusivamente no poder de polícia, será dotada de maior extensão, na medida em que o exercício da atividade estará condicionado à prévia autorização, cuja obtenção pode depender de que se cumpram uma série de requisitos, a serem estabelecidos na forma da lei.

4.6. O poder do legislador de optar entre os dois modelos de regulação

Essa dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas privadas reguladas, muitas vezes sujeitas à prévia autorização, assim como o poder do legislador em selecionar qual dos dois modelos deve ser aplicável a cada atividade, fica evidenciada ao se examinar as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da atividade de transporte individual de passageiros, que além dos táxis, tem sido mais recentemente realizada também por meio de carros particulares cadastrados em aplicativos de internet, como o Uber, Cabify, 99 e outros. Em 2004, antes do surgimento dos aplicativos de transporte urbano, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o julgamento do *RE nº 359.444-3*, surgido em seguimento ao movimento “Diárias Nunca Mais”, que se deu no Rio de Janeiro. A legislação municipal exigia dos taxistas a obtenção de uma qualificação prévia denominada de permissão, para que a atividade pudesse ser realizada. Essa qualificação era personalíssima. Ocorre que, a partir de determinado momento, a legislação passou a autorizar que os permissionários contassem com um motorista auxiliar, que também deveria cumprir requisitos equivalentes aos impostos ao permissionário e estar cadastrado junto à Prefeitura. Na prática, o que passou a ocorrer é que determinadas pessoas obtinham várias permissões e cobravam de seus auxiliares o pagamento de uma diária para que pudessem dirigir os carros, de modo que os auxiliares rodavam nas ruas e os permissionários recebiam as diárias, sem precisar trabalhar. As permissões passaram a ser negociadas no mercado por valores bastante elevados, já que o Município limitava a sua quantidade e permitia que fossem transferidas para terceiros.

Essa distorção criou um ambiente de revolta entre os taxistas auxiliares, que deu origem ao movimento “Diárias Nunca Mais”, que redundou na aprovação de uma lei municipal que transformava em permissionários os motoristas auxiliares que tivessem sido cadastrados na Prefeitura até determinada data. Essa lei teve a sua constitucionalidade

desafiada, sob a alegação de que, por se tratar de um serviço público, a respectiva permissão não poderia ser atribuída diretamente pela lei, sem licitação. O relator para acórdão foi o Min. Marco Aurélio, mas no essencial, quanto ao que nos interessa neste tema, não houve divergência. O relator original, Min. Carlos Velloso, também afirmou em seu voto⁴⁸⁵ que a lei municipal não violava o art. 175 da Constituição, já que o que a lei denominava como permissão era, na verdade, uma autorização⁴⁸⁶, para a qual não se faz necessária licitação:

No que concerne à alegação de ofensa ao art. 175 da CF — princípio da licitação — convenceram-me os votos dos Ministros Jobim e Pertence, quando do julgamento da cautelar (acórdão de fls. 275-328), no sentido de que há, aqui, simples autorização ao invés de permissão, certo que a autorização não exige licitação.

A divergência se deu quanto à natureza discricionária dessa autorização, que não permitiria a sua atribuição diretamente por lei, já que dependeria de uma avaliação administrativa de conveniência e oportunidade, tendo prevalecido a opinião divergente no sentido da constitucionalidade da lei. Para o que nos importa neste momento, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi a de que, no Rio de Janeiro, não havia serviço público de táxis e sim mera atividade econômica privada, sujeita a consentimento prévio. Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 12.587/2012, com base na competência constitucionalmente atribuída à União para tratar de princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (art. 21, XXI da Constituição) e para a política de desenvolvimento urbano (art. 182 da Constituição). Em seu art. 12, a lei federal qualificava como serviço público o transporte individual de passageiros, tendo logo sofrido alteração pela Lei nº 12.865/2013, que modificou a redação do art. 12, passando a tratá-lo como serviço de utilidade pública, terminologia que o Supremo Tribunal Federal adotou seus acórdãos seguintes a respeito do tema, como no julgamento do *Agravo Regimental no RE nº 1.002.310*⁴⁸⁷:

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual. 3. **Serviço de transporte individual de passageiro. Táxis.** Prorrogação das atuais autorizações ou permissões que estiverem com o prazo vencido, ou em vigor por prazo indeterminado, por 15 anos, admitida prorrogação por igual período. 4. **Serviço de utilidade pública prestado por particular.** Não caracterização como serviço público. 5. **Inaplicabilidade do art. 175 ou do art. 37, XXI, da Constituição Federal.** Inexigibilidade de licitação. 6. Necessidade de mera autorização do

⁴⁸⁵ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 359.444**, Relator Min. Carlos Velloso, Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2004, DJ 28/05/2004, p. 56.

⁴⁸⁶ Thiago Marrara lembra que, nesses casos, “o Município deverá respeitar os princípios da Administração Pública, sobretudo o da impessoalidade. Em outras palavras, como atividade regulada, a autorização ou licença independe de realização de licitação, mas exige procedimento racional de escolha dos beneficiários do ato de admissão no mercado.” (MARRARA, Thiago. Serviços de táxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios. **Revista de Direito da Cidade** (UERJ), Rio de Janeiro, vol. 08, nº 3, p. 1058)

⁴⁸⁷ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 1.002.310 AgR**, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017, DJe-170, divulgado em 02/08/2017 e publicado em 03/08/2017.

Poder Público para a prestação do serviço pelo particular. Competência do Município para estabelecer os requisitos autorizadores da exploração da atividade econômica. 7. Precedente do Plenário desta Corte: RE 359.444. Inteligência do art. 12-A da Lei 12.587/2012, com a redação dada pela Lei 12.865/2013. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes afirmou que “não se aplica o art. 175 da Constituição ao serviço de transporte individual de passageiros, tendo em vista não se tratar de serviço que constitua atividade própria da Administração Pública”⁴⁸⁸. Mesma orientação foi também reproduzida nos acórdãos proferidos quando do julgamento dos Agravos Regimentais em RE nº 967.479⁴⁸⁹ e 1.178.950⁴⁹⁰. Deve-se ressaltar, no entanto, que, apesar da competência federal para tratar de princípios e diretrizes, o transporte individual de passageiros é certamente um serviço de interesse local, de modo que cabe aos Municípios decidir se devem ou não ser qualificados como serviços públicos. O fato de o Supremo Tribunal Federal ter identificado, em todos os casos que lhe foram submetidos até aqui, tais serviços como atividades de utilidade pública, não significa, em absoluto, que os Municípios estejam interditados de suprimirem tais atividades da iniciativa privada. A questão já foi tratada pela Min. Carmen Lúcia em seu voto-condutor no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 800.821⁴⁹¹. O acórdão recorrido, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, havia afirmado que “a atividade de prestação de transporte por taxímetro é um serviço público”. Apesar do precedente já existente no Supremo Tribunal Federal, prevaleceu o entendimento expressado em seu voto no sentido de que a verificação quanto à existência ou não de qualificação daquela atividade como um serviço público dependeria da

⁴⁸⁸ Nesses casos de atividades privadas, submetidas a autorização em razão do exercício do poder de polícia na modalidade de consentimento, não há dúvida de que não se aplica o art. 175 da Constituição, nem mesmo o art. 37, XXI, já que não se trata de contrato a ser firmado com a Administração Pública. Marçal Justen Filho, no entanto, chama a atenção de que, em muitos casos, as autorizações serão concedidas por prazo certo e poderá ser necessária licitação: “*Em muitos casos, a outorga da autorização pressupõe a realização de licitação e se faz por prazo certo.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 257). Na verdade, no entanto, o que será sempre necessário é a adoção de critérios de seleção impessoais e objetivos, quando houver necessidade de alguma seleção. Licitação, contudo, somente se faz obrigatória diante da intenção estatal de contratar com particulares. A esse respeito são precisas as considerações de Carlos Ari Sundfeld: “*Deve ser adotado um método de decisão que considere igualmente as pretensões dos múltiplos interessados. Tal método consiste na realização de procedimento administrativo de competição, guiado por princípios semelhantes aos da licitação.*” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 48)

⁴⁸⁹ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 967.479 AgR**, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 29/04/2019, DJe-093, divulgado em 06/05/2019 e publicado em 07/05/2019.

⁴⁹⁰ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 1.178.950 AgR**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/12/2019, DJe-282 divulgado em 17/12/2019 e publicado em 18/12/2019.

⁴⁹¹ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **AI 800.821 AgR**, Relator Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-190 divulgado em 07/10/2010 e publicado em 08/10/2010.

análise da lei ordinária, o que não era processualmente possível, de modo que foi mantido o acórdão recorrido:

Ademias, o Tribunal *a quo* decidiu a controvérsia sobre a necessidade de licitação para a exploração de serviço público com base na interpretação e na aplicação da lei n. 8.987/95. Como afirmado na decisão agravada, para se concluir de forma diversa, seria necessária a análise prévia dessa legislação infraconstitucional, o que viabiliza o processamento do recurso extraordinário.

Mais recentemente, em julgado relatado pelo Min. Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal deixou ainda mais clara essa prerrogativa dos municípios de determinarem qual o tipo de regulação incidente sobre esses serviços. Em seu voto-vogal, proferido no julgamento do *Agravo Regimental no RE nº 1.178.950*⁴⁹², o Min. Edson Fachin afirmou, que, ao disciplinar a atividade, a Lei nº 12.587/2012 “*não assentou a inexigibilidade de licitação, mas deixou ao poder local a possibilidade de definir os requisitos para a outorga do serviço*”. E concluiu:

Noutras palavras, ao reconhecer não ser exigível a licitação, a orientação deste Tribunal conferiu aos Municípios ampla margem de conformação, sem impor-lhes um modelo único de regulação do serviço de táxi.

Importante referir, ainda, a alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais foram consideradas inconstitucionais leis municipais que pretendiam, de alguma forma, regular os serviços de “moto-táxi”, uma vez que teriam violado a competência federal para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI da Constituição). Algumas das legislações examinadas tratavam da regulamentação da profissão de motoboy⁴⁹³ e do licenciamento e emplacamento das motos⁴⁹⁴, o que parece, de fato, ser competência atribuída à União. O julgamento da *ADIN nº 3.679*⁴⁹⁵ é que merece maior atenção, uma vez que se tratava de estabelecer a necessidade de obtenção prévia de autorização para a prestação do serviço, para o que eram estabelecidos alguns requisitos em lei, de modo muito parecido com o que ocorre com os táxis. No entanto, o Supremo entendeu que a lei distrital era inconstitucional, uma vez que pretendia regular modalidade de transporte remunerado (moto-táxi) não prevista na legislação federal:

⁴⁹² BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 1.178.950 AgR**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/12/2019, DJe-282 divulgado em 17/12/2019 e publicado em 18/12/2019.

⁴⁹³ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADIN 3.610**, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 01/08/2011, DJe-182 divulgado em 21/09/2011 e publicado em 22/09/2011.

⁴⁹⁴ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADIN 3.136**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/08/2006, DJ de 10/11/2006, p. 49.

⁴⁹⁵ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADIN 3.679**, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 18/06/2007, DJe-072 divulgado em 02/08/2007 e publicado em 03/08/2007. DJ de 03/08/2007, p. 30.

05. Busca-se, na verdade, oficializar e dar aspecto de legalidade à modalidade de transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas: hipótese não prevista em lei federal.

Percebe-se, portanto, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os Municípios só poderão regular aqueles serviços de transporte expressamente previstos na legislação federal. No caso dos serviços de táxi, como estão expressamente referidos na lei de mobilidade urbana, podem ser regulados. Nesse sentido, o fato de o art. 12 da Lei nº 12.587/2012 tratá-los como serviços de utilidade pública (quando exercidos em regime privado), não deve ser visto como um obstáculo à sua qualificação, pelo legislador municipal, como serviço público. Deve-se considerar, no entanto que, caso algum Município pretenda qualificar como serviço público o transporte individual de passageiros, impondo uma regulação de performance para essa atividade e subtraindo-a da iniciativa privada, deverá adotar o regime dos contratos de concessão ou permissão, com atribuição de prazos certos, a realização de licitação e, possivelmente, o compromisso com uma equação econômico-financeira dos respectivos contratos.

A desnecessidade de licitação para conferir autorizações e, ao contrário, sua obrigatoriedade nos casos de delegação de serviços públicos, também foi tema tratado no julgamento da *ADIN 4.923*⁴⁹⁶ quando se afirmou que o dever de licitar “*somente incide nas hipóteses em que o acesso de particulares a alguma situação jurídica de vantagem relacionada ao Poder Público não possa ser universalizada*”, de modo que seu pressuposto é “*a escassez relativa do bem jurídico pretendido, em geral a celebração de algum contrato com a Administração Pública*”. Após tecer longas considerações quanto à inexistência de elementos que pudessem demonstrar, em relação ao serviço de TV por assinatura, que haveria escassez de meios para a sua prestação, o Min. Luiz Fux conclui:

A outorga do serviço ocorre por autorização administrativa, disciplinada no Capítulo II do Título III da LGT, inexistindo limitação ao número de prestadores e, bem por isso, prévia licitação. Como o SeAC foi legalmente qualificado como serviço prestado no regime privado, nada mais natural do que a sua sujeição ao modelo de autorizações (e não de concessões ou permissões, típicas do modelo público). A lei nº 12.485/11 simplesmente zelou pela harmonia do sistema normativo aplicável aos serviços de telecomunicações, dispensando à TV por assinatura tratamento jurídico compatível com a sua qualificação.

No caso dos táxis, o sistema de autorizações prévias, ainda que legalmente denominadas permissões, não se confunde com o modelo de serviço público. Assim, no que se refere ao transporte individual de passageiros, a não ser que sejam expressamente qualificadas como um serviço público pela lei municipal local, com a incorporação do regime

⁴⁹⁶ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4.923**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018

de regulação contratual a prazo, tais atividades continuam sendo exercidas como atividades privadas.

Após o advento dos aplicativos de transporte urbano, como Uber, Cabify e 99, o cenário ficou ainda mais complexo. A entrada de competidores não sujeitos à mesma regulação gerou perante os taxistas um sentimento de revolta, que se fez sentir nas ruas, por vezes de forma violenta. Foram, então, adotadas iniciativas legislativas em vários municípios com o objetivo de impedir ou limitar a atuação dessa nova modalidade de serviço. Ocorre que, em 2018, a Lei de mobilidade urbana (Lei nº 12.587/2012) foi novamente alterada pela Lei nº 13.640/2018, que introduziu, ao lado do serviço de utilidade pública de transporte individual de passageiros (ou serviços de táxi, como referido no art. 12-A), uma outra modalidade denominada serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, agora disciplinada nos arts. 11-A e 11-B da Lei de mobilidade urbana. Já a Lei nº 12.468/2011, anterior àquela, que regula especificamente a profissão de taxista, denomina, em seu art. 2º, como transporte público individual de passageiros o serviço privativo dos profissionais taxistas. Deste modo, podemos dizer que há atualmente duas modalidades de transporte individual de passageiros: o serviço de utilidade pública de transporte público individual remunerado de passageiros (táxis) e o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros (aplicativos).

Recentemente, em seguida à referida modificação legal, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de enfrentar a matéria ao julgar, na mesma ocasião, a *ADPF nº 449*⁴⁹⁷, sob a relatoria do Min. Luiz Fux e o *RE nº 1.054.110*⁴⁹⁸, sob a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso. Afirmou-se mais uma vez que o transporte individual de passageiros, gênero a englobar as duas modalidades acima referidas “*é uma atividade econômica em sentido estrito, e não um serviço público*”⁴⁹⁹. Os votos proferidos por ambos os Ministros relatores, os quais prevaleceram na condução do julgamento dos respectivos casos, são bastante semelhantes em seu conteúdo. Afastam, por inconstitucionalidade, normas municipais que haviam proibido ou impingido restrições consideradas excessivas para o exercício do serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros (aplicativos).

⁴⁹⁷ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 449**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, DJe-190 divulgado em 30/08/2019 e publicado em 02/09/2019.

⁴⁹⁸ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 1.054.110**, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 09/05/2019, DJe-194 divulgado em 05/09/2019 e publicado em 06/09/2019.

⁴⁹⁹ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 1.054.110**, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 09/05/2019, DJe-194 divulgado em 05/09/2019 e publicado em 06/09/2019.

Ambos os votos ressaltam a importância da livre iniciativa e destacam sua condição de fundamento do Estado brasileiro. Tecem longas considerações sobre as vantagens da concorrência na economia e do estímulo à inovação, apresentando diversos exemplos bem sucedidos logrados por experiências do que se tem chamado de economia de compartilhamento, especialmente estimulada pelo uso da internet e chamam a atenção para os perigos e armadilhas da instituição de monopólios e privilégios, que acabam criando distorções e ineficiências, apontando diversos benefícios de se assegurar a livre iniciativa para o exercício de atividades econômicas.

O Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto, destaca as mudanças pelas quais passou a ordem constitucional econômica brasileira na década de 90, por meio de diversas emendas constitucionais, reforçando a opção por uma economia de mercado e rejeitando os instrumentos de uma economia planificada. Em relação ao serviço de transporte remunerado privado individual (aplicativos), aponta diversas externalidades positivas, que teriam sido obtidas pela assimetria regulatória implantada, a qual seria justificável em face de uma série de elementos distintivos a diferenciar a atividade dos táxis daquela exercida pelos motoristas cadastrados em aplicativos, já que esses últimos não poderiam atender passageiros circulando pelas ruas, mas apenas aqueles que previamente solicitam o serviço por meio de aplicativo ou de alguma outra plataforma; não dispõem de pontos específicos para estacionamento e embarque de passageiros nas ruas ou em aeroportos e rodoviárias; nem possuem isenção tributária para aquisição de seus veículos ou acesso a faixas seletivas de trânsito; o que justificaria um nível menor de regulação para o desempenho de suas atividades.

Segundo suas conclusões, as falhas de mercado que, no passado, justificaram a regulação de controle de preço e introdução de barreiras à entrada — que visavam proteger os passageiros dos riscos derivados da assimetria de informações, notadamente quanto à cobrança abusiva e à própria segurança física do passageiro — desapareceram ou foram muito minorados pelo desenvolvimento da tecnologia, que atualmente permite verificar previamente informações de perfil do motorista; de conforto e segurança do veículo, de estimativas do valor a ser cobrado e, até mesmo, do trajeto a ser percorrido. O Min. Luiz Fux ainda lista outras vantagens como o oferecimento de seguro ao consumidor, a impossibilidade de adulteração de taxímetros e o compartilhamento do trajeto com terceiros.

Dessas considerações, concluem que a Constituição, ao privilegiar a livre iniciativa, impede a criação de reservas de mercado e impõe limites ao legislador, que não poderá adotar *“normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros”*, uma vez que *“não há regra nem princípio constitucional que*

prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros”⁵⁰⁰. Tais considerações devem ser interpretadas, no entanto, como referindo-se à impossibilidade de imposição de restrições de acesso ao mercado nos casos em que tais serviços sejam mantidos como atividades econômicas privadas. Como já se viu, o art. 175 prevê um outro modelo de regulação: o dos serviços públicos e confere, em geral ao legislador, a prerrogativa de indicar quais atividades serão a ele submetidas. Não há, portanto, necessidade de que se possa extrair diretamente do texto constitucional qualquer regra ou princípio “*que prescreva a exclusividade*” para qualquer tipo de serviço. Bastará que o legislador opte por qualificá-lo como um serviço público, atraindo assim o modelo regulatório contratual a prazo, com todas as suas implicações.

Deste modo, a afirmação contida no voto do Min. Luís Roberto Barroso de que “a regulamentação e fiscalização confiadas aos municípios e ao Distrito Federal não podem, portanto, contrariar esse padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal”, deve ser compreendido como a necessidade de que o legislador municipal reconheça haver duas modalidades próprias de transporte remunerado individual de passageiros: a dos táxis e a dos motoristas particulares cadastrados em aplicativos⁵⁰¹. Não se deve, no entanto, entender que estejam impedidos de qualificar qualquer uma delas como serviço público, se assim entenderem, já que claramente se trata de um serviço de interesse local, como prevê o art. 30, V da Constituição⁵⁰². Qualquer restrição ao exercício dessa prerrogativa pelo Poder Legislativo só incidiria caso a sua decisão se mostrasse irrazoável ou violadora de preceitos constitucionais aplicáveis, o que não parece ser o caso. Evidentemente, se uma decisão deste tipo for tomada, a atividade deverá passar a se submeter integralmente ao modelo contratual a

⁵⁰⁰ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 1.054.110**, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 09/05/2019, DJe-194 divulgado em 05/09/2019 e publicado em 06/09/2019.

⁵⁰¹ Uma das vantagens da Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), promulgada pela União em decorrência de sua competência para traçar diretrizes e normas gerais sobre a matéria, foi exatamente “*a padronização dos tipos de serviços de transporte*”, como destaca Thiago Marrara em MARRARA, Thiago. Serviços de táxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios. **Revista de Direito da Cidade** (UERJ), Rio de Janeiro, vol. 08, nº 3, p. 1.053.

⁵⁰² Opinião distinta é expressada por Thiago Marrara, para quem, com a alteração da redação original do art. 12 da Lei de Mobilidade Urbana, que tratava como serviço público o transporte individual de passageiros, tais “*serviços continuam sob a competência municipal, mas não mais como modalidade de serviço público sob titularidade estatal*”, de modo que “*a competência municipal fica limitada ao controle de mercado (por meio de poder de polícia administrativa ou fomento como intervenção sobre a economia) e deverá abarcar a regulação de qualidade e de preços*”. (MARRARA, Thiago. Serviços de táxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios. **Revista de Direito da Cidade** (UERJ), Rio de Janeiro, vol. 08, nº 3, p. 1.057). Como já afirmado anteriormente nesta tese, não se comunga desta opinião. Tendo em vista tratar-se de serviço de interesse local, parece-nos claramente que compete aos municípios qualificá-la ou não como serviço público, de modo que era inconstitucional a redação original do art. 12 ao pretender assim qualificá-la por meio de lei federal. A redação atual, ao tratá-la de atividade de utilidade pública, não deve ser interpretada como tolhedora da competência dos legisladores municipais de qualificá-las como serviço público, se assim entenderem conveniente.

prazo do art. 175 da Constituição, exigindo uma regulação bastante distinta da que tradicionalmente se confere a esse serviço no Brasil. Não se pode, no entanto, cercear a discricionariedade legislativa do entes federativos aos quais competem tais atividades: os municípios.

No julgamento da *ADPF nº 449*⁵⁰³, o voto do Min. Relator Luiz Fux é ainda mais enfático. Em clara demonstração de como a doutrina norte-americana da regulação tem influenciado atualmente o direito brasileiro — que é uma das premissas desta tese —, refere às considerações de Andrei Shleifer, em seu artigo “*Understanding Regulation*”, para afirmar “*inexistir justificativa para a regulação quando esta implicar restrição de entrada para novos agentes por meio de licenciamento estatal*” e cita, ainda, o clássico “*The Social Costs of Monopoly and Regulation*” para referir à conclusão de Richard Posner de que “*não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços*”. Também refere a “*The Abuse of Occupational Licensing*”, a respeito da regulação estatal de profissões e a estudo dos professores Simeon Djankov, Rafael La Porta e Florencio Silanes, “*The Regulation of Entry*”, cuja conclusão aponta para o fato de que “*a limitação de entrada, além de não gerar benefícios aos consumidores, promove a corrupção*”. Conclui, ao final que:

(...) o objetivo perseguido pelo regulador, *in casu*, é inconstitucional, porquanto os princípios constitucionais da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170), da liberdade profissional (art. 5º, XIII), da igualdade (art. 5º, *caput*) e da ampla concorrência (...) impedem ações legislativas e administrativas que preservem os interesses de agentes tradicionais do mercado em detrimento de novos entrantes e dos consumidores.

Destaca, ainda, o Min. Luiz Fux a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes e sobre condições para o exercício de profissões, de modo que seria “*vedado tanto a Municípios dispor sobre esses temas quanto à lei ordinária federal promover a sua delegação legislativa para entes federativos menores*”⁵⁰⁴.

⁵⁰³ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 449**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, DJe-190 divulgado em 30/08/2019 e publicado em 02/09/2019.

⁵⁰⁴ Extraí-se da ementa do julgado, o seguinte trecho: “4. A União possui competência privativa para legislar sobre “diretrizes da política nacional de transportes”, “transito e transporte” e “condições para o exercício de profissões” (art. 22, IX, XI e XVI, da Constituição), sendo vedado tanto a Municípios dispor sobre esses temas quanto à lei ordinária federal promover a sua delegação legislativa para entes federativos menores, considerando que o art. 22, paragrafo único, da Constituição faculta à Lei complementar autorizar apenas os Estados a legislar sobre questões específicas das referidas matérias. Precedentes: ADIN 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 10/11/2006; ADIN 2.606, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 07/02/2003; ADIN 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 08/09/2006; e ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 03/08/2007; ARE 639496 RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 16/06/2011; ADIN 3049, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007.” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 449**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, DJe-190 divulgado em 30/08/2019 e publicado em 02/09/2019)

Apesar de não formar parte do objeto daquele julgamento em especial, o Min. Luiz Fux expôs expressamente suas convicções quanto à inconstitucionalidade das normas introduzidas pela Lei nº 13.640/2018, que resguardam as competências regulatórias municipais, identificando nelas o vício da inconstitucionalidade por delegarem indevidamente competência privativa da União:

Ainda a respeito da Lei nº 13.640/2018, deve-se anotar que a delegação da regulação do serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros aos Municípios e Distrito Federal, consoante a nova redação dos artigos 11-A e 11-B da Lei nº 12.587/2012, igualmente afronta a Constituição, por delegar indevidamente competência privativa da União, nos termos do já mencionado artigo 22, incisos IX, XI e XVI, da Lei Maior.

Mais uma vez, é preciso reiterar que considerações deste tipo não devem ser interpretadas como restringindo o direito dos municípios de, caso entendam conveniente, qualificar por lei tais atividades como serviços públicos, o que é uma prerrogativa constitucional sua derivada do art. 175, combinado com art. 30, V da Constituição. Ademais, é preciso levar em conta que as considerações e estudos referidos no voto do Min. Luiz Fux basearam-se no sistema de regulação norte-americano que, como se demonstrou no subcapítulo 2.3 desta tese, abandonou o modelo regulatório contratual quando fez, no início do século XX a transição para o modelo de regulação por agências. Lá, de fato, adota-se um sistema uno de regulação, que privilegia a livre iniciativa, embora se admitam níveis de intensidade variável de intervenção estatal a depender do interesse público verificado em cada caso. No Brasil, ao contrário, adotou-se um modelo regulatório dual. Existem dois regimes distintos de regulação e cabe, em geral, ao legislador, fazer a opção pela adoção de um ou outro.

A regra é, de fato, a liberdade de iniciativa, incidente sobre todas as atividades econômicas privadas. A Constituição, no entanto, dá ao legislador a prerrogativa de qualificar determinadas atividades como serviço público, excepcionando, assim, o livre acesso ao mercado. Na verdade, a afirmação do Min. Luiz Fux quanto a “*inexistir justificativa para a regulação quando esta implicar restrição de entrada para novos agentes por meio de licenciamento estatal*”, não pode ser tomada em termos absolutos sequer para as atividades econômicas privadas (ou em sentido estrito), já que o art. 170, parágrafo único, da Constituição, expressamente admite que se exija autorização para o exercício de certas atividades, sempre que houver lei determinando tal restrição. No que se refere às atividades referidas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, a exigência de autorização prévia é uma imposição constitucional para o legislador ordinário, caso não tenha optado por qualificar a atividade como serviço público. Não serão, portanto, estudos doutrinários ou

análises econômicas que poderão alterar o sentido do texto constitucional. Igualmente, não se pode ignorar o texto do art. 175 da Constituição, de modo que é de se reconhecer a prerrogativa constitucionalmente assegurada ao legislador de qualificar certas atividades como serviços públicos.

Dentre os argumentos usados em seu voto, o Min. Luiz Fux refere à teoria, também extraída da doutrina norte-americana, da *Public Choice*, para alertar que “o processo político por meio do qual regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores ao que seria possível em um ambiente de livre competição”. Assim, segundo a igualmente norte-americana teoria do *enforcement*, violado o critério da eficiência, caberia ao Poder Judiciário exercer o controle sobre as decisões adotadas quando “o objetivo perseguido pelo regulador (...) é *inconstitucional*”. Ainda que se reconheça que essa extensão de poderes não conflita com o princípio da separação de poderes, como expressamente afirma em seu voto⁵⁰⁵, é preciso reconhecer que esse exame quanto a eventual desvio de poder do legislador deverá ser realizado caso a caso⁵⁰⁶. Jamais seria admissível, portanto, a pretensão de um controle de constitucionalidade que partisse de uma premissa absoluta de “*inexistir justificativa para a regulação (...) por meio de licenciamento estatal*”, pois a legitimidade deste tipo de regulação se extrai diretamente do texto constitucional brasileiro.

Deve-se reconhecer, no entanto, que a tradição, no Brasil, é a da regulação dos serviços de táxi e, agora, de motoristas particulares cadastrados em aplicativos, como atividades privadas, sendo que os táxis, em geral, são considerados atividade de utilidade pública, exigindo-lhes autorização estatal prévia para atuar, não havendo notícia de regulação contratual a prazo deste tipo de serviço. O aparecimento dos aplicativos acabaram gerando um

⁵⁰⁵ “Nem se alegue que a revisão judicial, nessa hipótese, compromete a separação dos Poderes. A visão romantizada de reguladores e juízes vem sendo absolutamente abandonada pelos especialistas na matéria. A afirmação de que a expertise dos órgãos reguladores, em contraposição à formação generalista de magistrados, garantiria àqueles um amplo campo de atuação infenso ao controle jurisdicional já não resiste à análise mais atenta das nuances que envolvem essa especial aplicação dos checks and balances. Nesse sentido se inclina a recentíssima teoria regulatória do *enforcement*, que considera o critério da eficiência como norte para a distribuição de métodos para efetivação de padrões socialmente desejáveis de conduta entre atores privados, o Judiciário e o governo, conforme esclarece o professor de economia da universidade de Harvard Andrei Shleifer.” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 449**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, DJe-190 divulgado em 30/08/2019 e publicado em 02/09/2019)

⁵⁰⁶ Como bem ressalta Alexandre Aragão, “(...) as atividades privadas regulamentadas podem ser condicionadas à prévia autorização administrativa (art. 170, parágrafo único), mas não pode o Legislador ou a Administração Pública disciplinar tal autorização de forma que inviabilize ou restrinja excessivamente a entrada ou a permanência no mercado regulado.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 195). Deste modo, sempre que houver abuso, poderá haver controle, mas será necessário identificar a conduta abusiva.

regime de **assimetria regulatória**, atualmente positivado na Lei de mobilidade urbana, depois das modificações que sofreu com a aprovação da Lei nº 13.640/2018. Trata-se, no entanto, de assimetria regulatória dentro de um mesmo modelo de regulação: ambas são atividades privadas.

De maior complexidade serão aqueles casos em que o legislador não fizer uma opção clara entre um ou outro dos modelos de regulação, instituindo a possibilidade de que a Administração Pública preste diretamente um determinado serviço — ou o delegue por meio de contrato de concessão ou permissão de serviço público —, admitindo-se igualmente a possibilidade de que seja prestado em regime privado, mediante prévia autorização. Haverá nesses casos, não apenas uma assimetria regulatória, como ocorre entre os táxis e motoristas particulares cadastrados em aplicativos, mas sim uma **assimetria de modelos regulatórios**⁵⁰⁷. De certa forma, é o que ocorre com os serviços de educação e saúde, que alguns autores designam como serviços públicos impróprios, Eros Grau⁵⁰⁸ chama de serviços públicos não privativos e Alexandre Aragão⁵⁰⁹, de serviços compartilhados, afirmando que “*quando exploradas pelos particulares são atividades econômicas privadas (...) e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais*”.

A diferença essencial entre esses serviços públicos não privativos e as atividades de utilidade pública é que, no primeiro caso, a Constituição não permite que o Estado se demita de sua condição de garantidor⁵¹⁰. Educação e saúde são constitucionalmente qualificadas como serviço público, não cabendo ao legislador ordinário despublicizá-las. A Constituição

⁵⁰⁷ “Admite-se, em situações muito específicas, a solução da regulação assimétrica. Consiste na previsão estatal de que determinados serviços serão considerados como serviço público mas também como atividade econômica privada. Haverá, então, competição entre o Estado (usualmente por meio de concessionários de serviço público) e a iniciativa privada. O exemplo típico, no Brasil, é o serviço de telefonia fixa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 559)

⁵⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 118.

⁵⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177.

⁵¹⁰ Tendo em vista a clara associação existente, nessas circunstâncias, entre os serviços públicos não privativos (ou serviços públicos impróprios), Dinorá Grotti os agrupa juntamente com as atividades de utilidade pública, em uma mesma categoria: “*Sintetizando a concepção italiana e francesa dessas atividades, pode-se dizer que as notas definidoras sobre as quais se construiu o conceito de serviço público impróprio e virtual são: atividades fundamentalmente privadas, não assumidas nem executadas pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizadas, regulamentadas e fiscalizadas; dirigidas ao público para satisfazerem necessidades ou exigências de interesse geral ou público. (...) todos são concordes em distinguir os serviços públicos próprios dos impróprios devido à sua natureza jurídica e às diferenças de titularidade que os particularizam. Enquanto no denominado serviço público próprio o titular é o Estado, no serviço público impróprio ou virtual o titular é o particular. Podem ser citados como exemplos de atividades assim consideradas as de táxis, farmácias, ensino privado etc.*” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119 e 121). Defendemos, no entanto, a distinção entre os dois casos, em razão das distinções de que ora se cuida, que, a nosso ver, justifica que os serviços públicos não privativos sejam estudados separadamente das atividades de utilidade pública.

impõe ao Estado — independentemente das condições de mercado e de outras considerações de quaisquer naturezas — a obrigação de suprir diretamente as necessidades da população relacionadas a saúde e educação. A atuação da iniciativa privada se dará em caráter suplementar, para aqueles que desejem e tenham condições de optar pelo serviço privado, como uma alternativa ao serviço público, que obrigatoriamente deve estar disponível. Por outro lado, o legislador ordinário também não poderá suprimir tais atividades da iniciativa privada, já que a Constituição também garante a prestação desses serviços em regime de livre iniciativa, condicionada ou não à prévia autorização, a depender do que dispuser a lei, já que, nesses casos, nada dispõe a Constituição a respeito.

Já no que se refere às atividades elencadas nos incisos XI e XII do art. 21, a Constituição confere liberdade ao legislador ordinário para se valer, isolada ou conjuntamente, do regime de serviços públicos ou de livre iniciativa, sujeita à prévia autorização. Assim, caberá à lei definir se aquelas atividades serão prestadas como atividades econômicas privadas de utilidade pública, como ocorre com o serviço de TV por assinatura; ou como serviço público, prestado diretamente pelo Estado ou delegado a particulares por meio dos contratos de concessão ou permissão. Haverá, ainda, nesses casos, a possibilidade de que o legislador opte por instituir um quadro de assimetria regulatória, permitindo que a atividade seja prestada concomitantemente, por diferentes agentes, como serviço público e como atividade de utilidade pública. Apenas nesta última hipótese é que o marco regulatório das atividades de utilidade pública se equipará aos serviços públicos não privatizados, podendo haver empresas estatais ou concessionárias prestadoras de serviços públicos atuando concomitantemente com empresas sob o regime privado de livre iniciativa. Nesses casos, como se advertiu em relação aos serviços públicos não privatizados, também em relação às atividades de utilidade pública, qualquer pretensão estatal de delegação dependerá de se garantir algum tipo de vantagem ao concessionário, tendo em vista que os particulares são livres para prestar o serviço, necessitando apenas de prévia autorização⁵¹¹. Essas vantagens

⁵¹¹ Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato reconhece “*a transferência de certas prerrogativas ao particular concessionário, na medida em que ele é um representante do Estado*”. Discordamos do autor, no entanto, quando adverte que, “*em um contexto de liberalização (...) o plexo de poderes de polícia transferidos ao particular deve ser revisto*”, pois não seria possível “*admitir que em um mercado concorrencial e aberto possa-se atribuir a um agente poderes exorbitantes.*” (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 301 e 302). Suas conclusões decorrem do fato de negar a titularidade estatal em relação aos serviços públicos. Ao admiti-la, como ocorre nesta tese, pelas razões já expostas, ainda que se reconheça possível a introdução de algum tipo de concorrência, até mesmo assimétrica, em relação aos concessionários de serviço público, tal concorrência jamais será livre como a existente no domínio do setor privado, em relação às atividades econômicas privadas. Concorrência envolvendo serviços públicos ocorrerá sempre nos termos e limites estabelecidos pela lei, recordando-se que a Constituição

podem ser extraídas, por exemplo, do fato de que o prestador de serviço público não está vinculado à obrigatoriedade de isonomia competitiva de que cuida o art. 173, §1º, II e §2º da Constituição. Assim, no que se refere às atividades elencadas no art. 21 da Constituição, o Estado ou seus concessionários e permissionários poderão atuar com vantagens competitivas frente aos particulares que prestem os mesmos serviços na qualidade de atividade de utilidade pública.

Como se verifica, com poucas exceções — como as atividades qualificadas como monopólio e poucas que o próprio texto constitucional qualifica diretamente como serviços públicos — **a Constituição deixou grande liberdade para o legislador ordinário**. Em geral, sua omissão significará manter o serviço como uma atividade econômica privada, livre na forma do art. 170, parágrafo único da Constituição. Poderá, ainda, estabelecer, em casos excepcionais, a necessidade de obtenção de uma autorização prévia para o exercício dessas atividades privadas ou, se for o caso, qualificá-la como serviço público, transferindo-a à titularidade estatal. No caso dos serviços públicos não privativos, a Constituição impõe sua prestação como serviço público, mas, ao mesmo tempo, os deixa livres à iniciativa privada e, finalmente, no caso das atividades elencadas no art. 21, XI e XII, restringe as opções do legislador a qualificá-las como serviço público, permitir sua execução em regime privado, como atividade de utilidade pública (dependente de prévia autorização) ou combinar os dois regimes.

4.7. A atual tendência liberalizante

Atualmente, há uma clara **tendência legislativa a lançar mão com frequência cada vez maior desses instrumentos autorizativos**, típicos de uma regulação baseada no poder de polícia, como alternativa à adoção de um regime de serviço público. A Lei nº 9.472/97 (Lei geral de telecomunicações) originalmente já permitia que a maior parte das atividades de telecomunicações fossem exploradas como atividades econômicas privadas, sujeitas a uma regulação de proteção e condicionadas à prévia autorização. Apenas o serviço telefônico fixo comutado continua sendo prestado, por algumas empresas, sob o regime de serviço público,

excepciona, nesses casos, a regra de isonomia competitiva. Assim, não só será possível atribuir prerrogativas e vantagens competitivas aos concessionários, em comparação àqueles que prestem o serviço em regime privado, como será essencial que isso ocorra, já que, de outro modo, será muito difícil atrair interessados para o regime público, o qual implica na assunção de uma série de obrigações específicas impostas pelo planejamento estatal, além da submissão a uma regulação de performance, mais intensa.

com a assinatura de contratos de concessão, submetidos a uma regulação de performance. Com o advento da Lei nº 13.879/2019, no entanto, foi inserido o art. 144-A na Lei geral de telecomunicações, permitindo expressamente que a ANATEL possa anuir com a transição do sistema de concessão para o de autorização, desde que a concessionária atenda a determinados requisitos. Pode-se referir, ainda, exemplificativamente à Lei nº 12.815/2013, que reforçou bastante o uso de autorizações no setor portuário; assim como têm sido ampliadas as possibilidades de produção independente e autoprodução de energia elétrica, por meio de autorizações, como fizeram as Leis nº 11.943/2009 e 13.360/2016. A tendência de que se cuida pode ser constatada também em iniciativas de alteração legislativa em curso como o Projeto de Lei nº 6.407/2013, que tramita na Câmara dos Deputados e visa modificar a Lei nº 11.909/2009, alterando o marco regulatório do gás natural, para permitir que empresas possam atuar nesse mercado segundo o sistema de autorizações e não mais por meio da assinatura de contratos de concessão; assim como o Projeto de Lei do Senado nº 261/2018, que estabelece um novo marco legal das ferrovias e institui a possibilidade de que, em determinadas situações, sua implantação possa se dar por meio de autorização.

O que é importante ter em mente é que caberá, na maioria das vezes, ao legislador ordinário fazer essa opção. Assim como a tendência atual é liberalizante, as necessidades futuras poderão indicar a conveniência de ampliar o escopo dos serviços públicos, contratualizando a regulação de uma quantidade maior de atividades e submetendo-as à observância de um prazo certo. A Constituição deixa ampla margem de decisão para o legislador. Deste modo, discorda-se, concordando, com as conclusões de Vitor Rhein Schirato que, em sua obra “Livre iniciativa nos serviços públicos” defendeu que inexistente titularidade estatal e que “*os serviços públicos não predicam qualquer forma de privilégio (público ou privado) e que devem ser prestados em um contexto liberalizado com ampla concorrência*”⁵¹², defendendo suas ideias com os seguintes argumentos⁵¹³:

O serviço público, no Brasil, é comumente visto por seu elemento subjetivo, consubstanciado em uma titularidade estatal da qual decorre uma exclusividade de iniciativa em determinadas atividades econômicas. Segundo essa visão, os mercados nos quais existem serviços públicos seriam fechados à livre iniciativa privada, apenas sendo permitido o ingresso de agentes particulares caso outorgado um título habilitante pelo Estado. (...) segundo nos parece correto, os serviços públicos devem ser compreendidos como atividades sujeitas a um regime jurídico específico. (...) os mercados nos quais existem atividades sujeitas ao regime jurídico de serviço público não são mercados interditados à livre iniciativa privada — como entende a doutrina afincada à noção de

⁵¹² SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 272.

⁵¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 236 e 237.

titularidade estatal como exclusividade de iniciativa —, mas, sim, são mercados nos quais há agentes sujeitos a diferentes regimes jurídicos, uns absolutamente desprendidos das obrigações e dos direitos decorrentes do regime jurídico de serviço público e outros vinculados a tais direitos e obrigações, que incorporam algum tipo de ônus.

Como já afirmado ao longo desta tese, não parece compatível com o texto constitucional a afirmação de que não há titularidade estatal em relação aos serviços públicos e que se trata de atividades a serem prestadas “*em um contexto liberalizado com ampla concorrência*”. Ao indicar que incumbe ao poder público a prestação dos serviços públicos, como consta em seu art. 175 e determinar que poderá fazê-lo diretamente ou mediante concessão ou permissão, parece claro que a Constituição considera que tais atividades estão fora do domínio da livre iniciativa, em relação ao qual o poder público, ao contrário, só pode atuar excepcionalmente, como deixa claro o art. 173 da Constituição. O texto constitucional, no entanto, não aponta — com raras exceções⁵¹⁴ — quais atividades são qualificadas como serviço público. Assim, é certo que, não existindo norma constitucional expressa nesse sentido, não há nenhuma atividade específica que obrigatoriamente deva ser tratada como serviço público⁵¹⁵. Caberá ao legislador ordinário essa decisão. O regime de serviços públicos, marcado pela titularidade estatal, é apenas um dos modelos de regulação postos pelo constituinte à disposição do legislador ordinário.

Deve-se ressaltar que o próprio autor reconhece que os serviços públicos são dotados de um regime jurídico especial, pois “a prevalecer a liberdade completa dos agentes prestadores, as obrigações que compõe o regime do serviço público poderão nunca ser cumpridas na totalidade”. Defende, então, que “é inerente ao desempenho de uma atividade

⁵¹⁴ Como, por exemplo, os serviços postais e de correio aéreo nacional (art. 21, X da Constituição) e a distribuição de gás canalizado (art. 25, 2º da Constituição).

⁵¹⁵ Nesse sentido, discordamos de Vitor Rhein Schirato. Na concepção do autor os serviços públicos são assim qualificados em razão da sua própria natureza, não havendo espaço para decisão política a esse respeito. Talvez seja exatamente essa concepção jusnaturalista quanto ao espectro dos serviços públicos — que, a nosso ver não encontra respaldo jurídico — que cause tamanha dificuldade no autor em relação à titularidade estatal. A esse respeito, veja as suas afirmações: “*As necessidades coletivas a serem supridas pelos serviços públicos devem estar ancoradas em direitos fundamentais, que configuram direitos subjetivos públicos dos cidadãos e obrigações do Estado, porque, assim, não caberá ao Estado determinar quais são tais necessidades que demandam a criação de determinados serviços públicos, mas caberá a ele apenas cumprir uma obrigação que já lhe é previamente imposta pelo ordenamento jurídico.*” (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 229). Segundo o seu entendimento, haveria uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico, anterior ao Estado e, portanto, à própria Constituição, que obrigaria o poder público a garantir a prestação dos serviços públicos, sem que o Estado possa interferir na definição de quais são essas atividades e sem que se lhe garanta a titularidade de tais atividades, que permaneceriam livres à iniciativa privada. Alexandre Aragão também afasta essa possibilidade, que trata como serviços públicos virtuais, negando sua existência no ordenamento jurídico brasileiro: “*(...) no Brasil, não foi recebida a figura do serviço público impróprio ou virtual, oriundo de uma concepção puramente material, funcional ou objetiva de serviço público, como sendo tudo que seja de forte interesse para a coletividade e sujeito, por essa razão, a um intenso poder de polícia.*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 186)

no regime de serviço público que haja restrições ao direito fundamental da livre iniciativa”⁵¹⁶. Preconiza, também, que é necessário buscar um equilíbrio, que deverá considerar duas perspectivas: um dever de proporcionalidade e que a imposição de obrigações aos prestadores dos serviços públicos se dê de modo complementar, de forma a preservar o conteúdo essencial da livre iniciativa⁵¹⁷. E conclui⁵¹⁸:

Cada serviço público que vier a ser criado por lei poderá contemplar graus distintos de restrição ao direito fundamental da livre iniciativa e intensidades distintas de imposição de ônus sobre os agentes prestadores, sendo a medida considerada juridicamente aceitável dependente, em qualquer caso, das circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Com tais conclusões do autor concordamos em sua maior parte, daí termos afirmado acima que discordávamos, concordando. Apesar de não nos parecer possível descartar a titularidade estatal dos serviços públicos, deve-se reconhecer que, tendo em vista a liberdade deixada pela Constituição ao legislador ordinário, na maioria dos casos caberá à lei decidir se uma determinada atividade será ou não qualificada como tal. Também é a lei que deverá definir qual o grau de intervenção pública em cada caso, se haverá ou não a possibilidade de algum tipo de concorrência, se a mesma atividade poderá ser exercida sob outros regimes, em um quadro de assimetria regulatória e quais obrigações serão impostas ao concessionário. Do mesmo modo, caso o serviço seja mantido como atividade econômica privada, vários níveis possíveis de restrição da liberdade poderão incidir. No entanto, o que não se pode negar é que caberá ao legislador optar entre dois modelos de regulação bem demarcados: o modelo de serviços públicos, com uma regulação contratual de performance e o modelo de atividades econômicas privadas, com base exclusivamente no poder de polícia, submetidas a uma regulação de proteção. Caso opte pelo regime de serviço público, terá optado por deslocar aquela atividade para o domínio de titularidade estatal.

Uma das vantagens desse sistema regulatório dual estabelecido pela Constituição é que, ainda que uma mesma atividade possa comportar esses dois modelos concomitantemente, cada agente estará submetido a apenas um e saberá, portanto, de antemão, qual a extensão possível de intervenção sobre suas atividades. Assim, caso o legislador tenha optado pela regulação de proteção, não poderá a Administração Pública lançar mão dos mecanismos regulatórios próprios da regulação de performance, como já se demonstrou acima. No entanto, quando o legislador opta por qualificar uma atividade como

⁵¹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 274.

⁵¹⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 274 a 276.

⁵¹⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 276.

serviço público, a titularidade estatal se fará presente. O objeto de investigação da presente tese é justamente sobre essa opção regulatória contratual, inerente aos serviços públicos, que obrigatoriamente se submete a um prazo certo, cujas vantagens e desvantagens serão exploradas mais detidamente na Parte II que se segue. Por ora, procurar-se-á traçar, abaixo, algumas das principais características dessa modalidade regulatória que, além de se valer de um vínculo contratual, também frequentemente se vale da atuação de agências reguladoras ditas independentes.

4.8. O modelo de regulação dos serviços públicos: por contrato e por agência

No Brasil, a regulação dos serviços públicos é, como se viu, necessariamente contratual, já que, por força da *publicatio*, a única forma constitucionalmente admitida para a delegação aos particulares do desempenho dessas atividades é por meio da celebração dos contratos de concessão ou permissão de serviço público, necessariamente precedidos de um certame licitatório para a seleção do concessionário ou permissionário. Além disso, a partir da década de 90 foi introduzido um novo mecanismo regulatório: as agências reguladoras independentes⁵¹⁹.

⁵¹⁹ É interessante observar que, na primeira metade do século passado, não se poderia jamais prever a formação desse duplo modelo de regulação no Brasil. Bilac Pinto, que foi um dos pioneiros a tratar do tema da regulação no Brasil, tendo dedicado uma obra a examinar o exemplo norte-americano e buscar formas de aproveitar a experiência por aqui, entendia que havia três caminhos possíveis: a) regulação puramente contratual; b) regulação efetiva por comissões e c) regulamentação direta pelo poder público. Neste último caso, referia-se, na verdade, à execução direta da atividade pelo Estado, por meio de suas empresas estatais. Dessa forma, segundo defendia, “a nossa escolha terá fatalmente que fazer-se entre a regulamentação puramente contratual e a regulamentação efetiva por comissões”. E, nesse sentido, defendia claramente a segunda opção, já que “a regulamentação puramente contratual (...) está com a sua eleição prejudicada de antemão, pois não passa de uma pseudo-regulamentação, impotente, ilusória e versátil” (PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 34 e 35). Verifica-se que o autor, que escreveu sua obra em 1941, estava claramente influenciado pela experiência norte-americana, que havia feito a transição, até a década de 20, do sistema dos contratos de *franchise* para o sistema de agências reguladoras, exatamente pelas dificuldades encontradas pelas autoridades de lá em decorrência da falta de flexibilidade do modelo contratual, que não oferecia instrumentos adequados de intervenção, deixando o Estado em uma posição enfraquecida. O autor desconsiderou, no entanto, que o regime dos contratos administrativos no Brasil era inteiramente diferente daquele que se praticava nos Estados Unidos. Afirmava, então, que “a regulamentação contratual, burocrática, formal e inócua, vem sendo praticada no nosso país desde, o Império e (...) como em toda parte, completamente inadequada e imprópria aos seus fins. Foi precisamente com o propósito de pôr termo a esse regime, tradicional no Brasil, que a Constituição inscreveu no seu art. 147 [Constituição de 1937] o preceito que determina a efetiva fiscalização das empresas e a revisão de suas tarifas (...). Para cumprimento daquele dispositivo constitucional, por via da eliminação dos dois outros processos estamos em que o legislador somente poderá adotar o de regulamentação efetiva por comissões.” (PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 37 e 38). A profecia de Bilac Pinto, como se vê, jamais se realizou. O modelo de regulação contratual dos serviços públicos sobreviveu até os nossos dias tanto no Brasil, como em diversos outros países, sobretudo aqueles cujo direito administrativo tem

Não há dúvida de que a enorme difusão desse modelo pelo mundo ocorreu essencialmente após o período de privatizações constatado em grande parte do mundo ocidental nos anos 80 e 90. É certo que, muito antes do final do século XX, o termo regulação já era empregado em diversas situações, especialmente nos países de tradição anglo-saxônica. Mas o fenômeno observado a partir da década de 80 do século passado tem peculiaridades bastante significativas. Especialmente, a partir da experiência norte-americana, a prática de instituir agências reguladoras se disseminou, incorporando com ela uma onda, recente àquela altura, de estudos integrados de direito e economia. Foi tão significativa a influência em diversos países desse sistema de regulação por agência das atividades econômicas, que se estendeu por diversos países, que tem sido recorrente a afirmação de que vivemos a era do Estado Regulador.

A influência das escolas de *Law & Economics* ou *Economic Analysis of Law* é tão grande nesta onda regulatória do final do século XX, que, muitas vezes o tema regulação não é considerado parte do direito, mas sim um campo essencialmente multidisciplinar, que merece abordagens de estudiosos do direito público e do direito privado, assim como de economistas e, cada vez mais frequentemente, de especialistas de outros campos do conhecimento, como ciência política, psicologia, sociologia, antropologia e outros tantos.

No Brasil, o sistema de regulação por agências não se restringiu às atividades privadas. Ao contrário, passou a ser aplicado também aos serviços públicos, convivendo nesses casos também com a regulação contratual. Uma das primeiras a serem instituídas, por força da Lei nº 9.478/97, a Agência Nacional do Petróleo trata de atividades econômicas privadas. Apesar de não se confundir com serviço público, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás também só podem ser executadas após a celebração de um contrato com o Estado. Neste caso, não em decorrência de ter sido a atividade atingida por uma *publicatio*, mas em decorrência de que as jazidas de petróleo localizadas no território brasileiro são consideradas bem da União, por força do disposto no art. 21, IX da Constituição, tendo sido a sua exploração qualificada como monopólio estatal pelo art. 177 da Constituição. Como se vê, há aqui também um exemplo de regulação contratual, embora a razão que imponha ao particular a celebração de um contrato com a Administração Pública seja distinta da que existe em relação aos serviços públicos.

inspiração francesa. Apenas meio século depois de suas recomendações, o Brasil, de fato, incorporou o modelo de agências reguladoras, mas sem abrir mão da regulação contratual.

Do mesmo modo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/2000), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/99) e a mais recentemente constituída Agência Nacional de Mineração, criada pela Lei nº 13.575/2017, também se destinam à regulação de atividades privadas. Não é, no entanto, dessa regulação de atividades privadas e das agências que dela se incumbem que se pretende tratar. O interesse deste estudo são as atividades qualificadas como serviço público, em relação às quais sempre haverá uma relação contratual estabelecida entre o Poder Concedente e o concessionário, que poderá ser cumulada com a atuação de uma agência reguladora.

Há, como se vê, no caso dos serviços públicos, uma diferença marcante em relação ao sistema de regulação por agências norte-americanas. Nos Estados Unidos, as agências atuam discricionariamente, com base no poder de polícia, cujos parâmetros e limitações se extraem diretamente da lei. No Brasil, quando se lhes atribui a regulação de serviços públicos, haverá ainda a considerar a existência de um vínculo contratual a ser formado com o regulado, o que introduz uma série de novos aspectos a serem considerados, inclusive quanto ao aspecto temporal, que nos interessa mais detidamente nesta tese.

De início, é preciso distinguir as diferentes funções exercidas pelo Estado para o cumprimento de sua missão de garantir a prestação dos serviços públicos. Floriano Azevedo Marques⁵²⁰ identifica um conjunto de três papéis principais a serem exercidos pelo poder público nesses casos: (i) formulador de políticas públicas, “*cujas pautas e metas ditarão a conformação da exploração do serviço*”; (ii) titular do serviço e dos bens a ele afetos, “*em face de quem o operador em regime público pode postular direitos como o equilíbrio da relação contratual*” e (iii) ente regulador, “*encarregado não exclusivamente da defesa dos interesses estatais, mas incumbido da tarefa de defesa do usuário, de preservador das linhas gerais de exploração da atividade e ainda mediador dos interesses de todos os agentes envolvidos*”.

Ao menos parte dessas funções podem ser identificadas como de natureza regulatória. A julgar pelo fato de ter usado a expressão “ente regulador” apenas para designar o último dos papéis descritos, em relação ao qual se exige certa imparcialidade, pode-se concluir que o autor reconheça apenas a esse uma natureza regulatória. É certamente esse, em essência, o papel a ser desempenhado pelas agências reguladoras. O papel de formulador de políticas públicas, certamente não tem essa natureza. Trata-se de função estatal eminentemente política

⁵²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 228, abr-jun 2002, p. 26.

— como se afere intuitivamente da própria expressão —, a ser exercida por aqueles que extraem das urnas a sua legitimação democrática. Quanto a esse ponto, não há maiores controvérsias. Resta examinar se o **exercício da função de titular do serviço público** também pode ser compreendido como uma **atividade de natureza regulatória**, ou seja, se a posição de Poder Concedente importa em desempenho de função regulatória.

Nesse sentido, é preciso considerar que cabe ao **Poder Concedente**, ou seja, ao **titular do serviço público** a ser prestado, estabelecer, por meio do contrato de concessão ou permissão, a ser oferecido ao mercado por meio do procedimento licitatório, as condições que deverão conformar a prestação do serviço ao planejamento estatal. Cabe-lhe elaborar o que se chama de **modelagem do contrato**⁵²¹: a descrição do serviço a ser prestado, as condições de sua prestação, a forma como a tarifa será definida, as obrigações assumidas pelo próprio Poder Concedente, as obrigações impostas ao concessionário, como as relacionadas à universalização e à continuidade do serviço, a matriz de distribuição dos riscos entre as partes, os parâmetros a serem usados para aferir a performance do concessionário, as consequências do mal desempenho, além da fixação do prazo, que é um relevante elemento da equação econômico-financeira que será contratualmente estabelecida, além de todos os aspectos que seja possível prever antecipadamente em contratos de longo prazo, como costumam ser os contratos de concessão.

Assim, parece restar clara a natureza regulatória do exercício desse tipo de função. Obedecidos os limites e prescrições legais, caberá a quem tem o poder de modelar o contrato, impor as normas regulatórias — por que não dizer? — por meio das cláusulas contratuais a serem estabelecidas, às quais o concessionário interessado em prestar o serviço deverá aderir. Pode-se identificar, portanto, dois níveis de regulação, aos quais Thiago Valiati denomina função regulatória primária e função regulatória secundária⁵²². Primária, seria a função regulatória exercida por quem está incumbido das escolhas regulatórias essenciais e originais. Já a **função regulatória secundária é dependente de um contrato já existente** e deve ser exercida ao longo de sua execução. Quando essas funções regulatórias estão concentradas em uma única instituição, normalmente um órgão da Administração Pública direta, a questão não suscita maior complexidade. No entanto, quando há atribuição de função regulatória a um

⁵²¹ A atuação da Administração Pública no exercício dessa função de modelar as concessões de serviço público, especificamente no que diz respeito à fixação dos prazos contratuais, será abordada mais detidamente no subcapítulo 5.3.1 da Parte II desta tese.

⁵²² VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. São Paulo, vol. 8, jan-mar 2019, pp. 46 e 47.

ente com personalidade jurídica própria, da Administração Pública indireta, ainda mais quando se lhe atribua nível elevado de autonomia, como ocorre com as chamadas agências reguladoras, os espaços de atuação devem ser mais bem demarcados e podem provocar alguma polêmica.

Intuitivamente, parece óbvio que as funções associadas à condição de Poder Concedente, como a decisão de delegar ou não o serviço ou a redação da minuta contratual, com a descrição da forma como tal serviço deverá ser desempenhado, deve ser reservada ao poder político. Ao **ente regulador técnico** deve caber, em princípio, **acompanhar a execução do contrato**, velar para que seja respeitado, fiscalizando o seu cumprimento e atuar com equidistância entre os diversos interessados, exercendo, assim, uma posição de moderador, essencial para preservar a harmonia em relações jurídicas que se estabelecem de forma duradoura e, naturalmente, enfrentam, durante a longa duração que caracteriza a maior parte dos contratos de concessão, uma série de obstáculos, imprevistos e problemas a serem resolvidos. Daí a identificação apontada por Floriano Azevedo Marques, como visto acima, dessa função regulatória secundária, com a posição típica de regulador, já que é a função precípua a ser exercida por um ente regulador autônomo, embora também a função exercida pelo Poder Concedente seja revestida de natureza regulatória, ou político-regulatória.

No âmbito dos serviços públicos, como já se referiu, o Estado exerce um poder regulador mais amplo do que ocorre em relação às atividades privadas e o instrumento que permite esse elastério é exatamente o contrato de concessão de serviço público. Isso porque não se impõe aqui a garantia da livre iniciativa, ao menos não em sua acepção mais ampla. Por integrarem o domínio de atuação do Estado, os serviços públicos devem ser prestados segundo as orientações e o comando do ente estatal competente. Quando se trata de um serviço público, existe um poder conformador do objeto dos serviços ao que, segundo a concepção do ente estatal, seja o modo mais conveniente de prestá-lo. É o que chamamos de regulação de performance. Esse poder, associado ao Poder Concedente, tem clara inclinação política. Trata-se do exercício de ampla discricionariedade, de uma escolha a ser feita diante de possibilidades diversificadas e múltiplas. O principal meio pelo qual o poder público exerce essa prerrogativa de conformação do serviço é a elaboração da minuta do contrato de concessão, à qual os particulares aderirão como condição para se tornarem delegatários do ente público, vinculando-se contratualmente à vontade estatal.

Obviamente que, mesmo quando realizam serviço público, as empresas privadas continuam gozando de liberdade empresarial. Não podem, por exemplo, ser obrigadas a aderir ao contrato. O farão se entenderem que assim devem fazer por lhes ser vantajosa a adesão. No

entanto, a partir da sua participação voluntária na licitação e subsequente adesão ao contrato proposto pela Administração Pública, passam a se submeter a esse regime excepcional durante a execução do contrato. Apesar disso, atuarão por sua conta e risco e, portanto, deve lhes ser garantido o espaço para a tomada de diversas decisões empresariais quando à condução de seu negócio. Deverão respeitar sempre, entretanto, as condições contratuais pactuadas, que condicionam a sua atuação e estar dispostas a se submeter a essa regulação de performance, que poderá dispor sobre aspectos intrínsecos do serviço que irão prestar, embora o Estado não deva intervir no que Alexandre Aragão chama de “*aspectos intestinos da empresa*”⁵²³; ou seja, pode conformar a atividade, mas não a forma como a empresa se organizará internamente para prestá-la. A gestão cabe ao concessionário.

É preciso reconhecer, no entanto, que, ao contrário do que ocorre no domínio da livre iniciativa, o prestador de serviço público não se submete apenas a uma regulação de proteção, baseada exclusivamente no poder de polícia, pois a atividade que desempenha é titularizada pelo Estado. Não se aplica, por conseguinte, a ressalva no sentido de que a regulação não pode impor à empresa um papel de substituto do Estado nas missões que lhe são próprias, pois é exatamente isso o que ocorre nos casos de delegação de serviços públicos: a Administração Pública contrata com um particular, transferindo para ele o exercício de um serviço de sua titularidade, com o propósito de que este o substitua na sua execução. O concessionário atua como verdadeira *longa manus* do Poder Concedente, exercendo o papel que ordinariamente lhe caberia, razão pela qual pode ser autorizado, por exemplo, a praticar atos de execução das desapropriações⁵²⁴, ou mesmo em alguns casos, a exercer poder de polícia, assim como responde objetivamente pelos danos que causar a terceiros em decorrência dos atos praticados que se relacionem à prestação do serviço público, do mesmo modo que ocorre com os entes estatais⁵²⁵.

É a utilização dos contratos de concessão de serviço público que, como espécie de contratos administrativos, são dotados das cláusulas extravagantes, que permite, entre outras

⁵²³ “(...) as cláusulas regulamentares ou de serviço: oriundas dos cahiers des charges do direito administrativo francês, são as que, constando de lei, decreto ou do próprio contrato, disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de modo a sempre melhor atender aos seus objetivos. Como esses são por definição dinâmicos, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente (...). O Estado tem a possibilidade de emitir regulamentos sobre o serviço concedido, mas não sobre aspectos intestinos da empresa concessionária.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 263, pp. 35-66, mai./ago. 2013, p. 37).

⁵²⁴ Como dispõe expressamente o artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Não têm, contudo, legitimidade para exercer atos típicos de Estado, como a declaração de utilidade pública, prerrogativa exclusiva do poder público, como estabelece o artigo 6º do decreto-lei.

⁵²⁵ Tudo na forma estabelecida pelo artigo 37, §6º do texto da Constituição da República, de 1988.

coisas, a modificação assim como a rescisão unilateral do contrato. São essas prerrogativas contratuais que se constituem em um dos principais instrumentos que diferenciam a regulação dos serviços públicos daquela incidente sobre atividades econômicas privadas, em que o Estado exerce exclusivamente o seu poder de polícia, com base nas provisões legais.

Uma das grandes vantagens da combinação dos modelos de regulação por contrato e por agência está exatamente na possibilidade de se atribuir à Administração Pública direta, as decisões de cunho mais político, relacionadas com a função regulatória primária, ou seja, a realização da modelagem contratual; reservando-se a uma agência reguladora as decisões de caráter mais nitidamente técnico. Assim, o papel de Poder Concedente seria desempenhado segundo a tradição da chamada regulação ministerial, reconhecendo-se às esferas de exercício político do poder, dotadas da legitimação democrática extraída das urnas, a elaboração dos estudos de viabilidade e as decisões a serem tomadas, a partir desses estudos, quanto ao conteúdo de que devem se revestir os contratos de concessão ou permissão, aí incluída a estipulação de sua duração e condições de prorrogação.

Firmado o contrato, caberia às agências reguladoras, baseando-se nas disposições legais e contratuais existentes, acompanhar a sua execução. Daí a necessidade de que tais agências sejam dotadas de uma autonomia alargada, que lhes permitam manter certa isonomia em relação às partes interessadas, sem se deixar influenciar excessivamente por pressões oriundas de nenhuma delas. Como referido por Floriano Azevedo Marques⁵²⁶, devem se encarregar de proteger o interesse estatal, sem descuidar da defesa do usuário e da preservação do equilíbrio da concessão, de modo que ao concessionário sejam garantidas as condições para prestar adequadamente o serviço. Cabe à agência reguladora, portanto, o papel de preservar as linhas gerais de exploração da atividade, funcionando como verdadeira mediadora de todos os interesses envolvidos⁵²⁷.

Nem sempre essa estrutura tem sido observada no Brasil, no entanto. Não tem sido incomum, na experiência recente, que se atribua a agências reguladoras a posição de Poder Concedente, incumbindo-as da celebração dos contratos de concessão e da sua modelagem.

⁵²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 228, abr-jun 2002, p. 26.

⁵²⁷ Também sustentam, *de lege ferenda*, a conveniência da segregação do papel de Poder Concedente às esferas políticas de poder, no seio da Administração Pública direta, reservando-se às agências reguladoras a função regulatória secundária, a ser desempenhada com fundamento na contratação providenciada pelos ministérios, Thiago Valiati (VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. São Paulo, vol. 8, jan-mar 2019, especialmente a partir de p. 39) e Flávio Amaral (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, a partir de p. 133).

No setor de telecomunicações, por exemplo, o artigo 19, VI da Lei nº 9.472/97 estabelece como competência da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, celebrar e gerenciar os contratos de concessão, assim como fiscalizar a prestação do serviço. Gustavo Binembojm e André Cyrino destacam, contudo, que há competências reservadas à presidência da república pelo art. 18, que incluem a aprovação do plano geral de outorgas (PGO) e de metas de universalização (PGMU) e a instituição ou eliminação da prestação de modalidade de serviço no regime de serviço público, que podem ser vistas como exemplo de “*um sistema dinâmico de relações entre os órgãos políticos e a Anatel, cabendo àqueles o estabelecimento das grandes decisões sobre as políticas públicas do setor, que vinculam a atuação da entidade autárquica*”⁵²⁸. Em sua opinião, apesar de reservar para o Poder Legislativo e para a Administração Pública direta apenas a fixação das políticas públicas, deixando sob a responsabilidade da agência reguladora as funções regulatórias primárias e secundárias, o disposto no artigo 18 conferiria um suficiente “*lastro político às matérias assinaladas à competência do Presidente da República, resultando de uma avaliação do legislador sobre sua importância transcendente à mera regulação técnica e setorial*”⁵²⁹.

Já em relação ao setor da energia elétrica, apesar de a redação original da Lei nº 9.427/96 estabelecer, no artigo 3º, IV, a competência para a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para “*celebrar e gerir os contratos de concessão e permissão de serviços públicos*”, uma reforma legislativa empreendida em 2004 pela Lei nº 10.848, suprimiu do inciso a expressão “*celebrar*”, mantendo sua competência apenas para a gestão dos contratos, atribuindo-se ao “*Poder Concedente*”, no artigo 3º-A, II, a competência para celebrá-los. A nomenclatura usada pelo legislador revela uma convicção implícita de que deve caber à Administração Pública direta ocupar a posição de Poder Concedente, pois sequer se entendeu relevante especificar qual órgão ou ente exerceria esse papel. Na verdade, Poder Concedente, no caso, é a União, por força do quanto disposto no artigo 21, XII, b da Constituição. O exercício das atribuições inerentes a essa condição pode ser distribuído dentro da sua estrutura administrativa direta ou indireta. No caso dos serviços de telecomunicação, como se viu, optou-se por atribuir tais competências para uma agência reguladora. No que se refere ao setor elétrico, ao proceder à reforma o legislador repartiu as competências entre a agência, de

⁵²⁸ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 127-152, abr./jun. 2008, p. 134.

⁵²⁹ *Idem*.

um lado, e o Poder Concedente de outro, deixando implícito que, neste último caso, refere-se à estrutura ministerial.

Já no que se refere às rodovias federais, o artigo 24, V da Lei nº 10.233/2001 atribuiu à Agência Nacional de Transportes Terrestres- ANTT a competência para “*editar atos de outorga e extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre*”, além de gerir os respectivos contratos. No entanto, o veto aos artigos 15 a 19, que disciplinavam as competências do Ministério dos Transportes, acabou criando conflitos de atribuição entre o ministério e a agência reguladora, que redundaram em grande celeuma e na formação de contencioso perante o Tribunal de Contas de Contas da União, tendo ao final prevalecido a posição de que caberia à ANTT exercer o papel de Poder Concedente⁵³⁰.

No que diz respeito ao transporte aquaviário e atividades portuárias, disciplinados pela mesma legislação acima referida, atribuiu-se igualmente à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, no artigo 27, V a competência para “*celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso*”. No entanto, a Lei nº 12.815/2013, ao disciplinar a exploração dos portos e instalações portuárias, estabeleceu, em seu art. 16, que cabe ao Poder Concedente, “*celebrar os contratos de concessão e arrendamento*”. Já o artigo 6º, §§ 2º e 3º determinam que cabe à ANTAQ, “*com base nas diretrizes do poder concedente*” elaborar os editais e realizar os procedimentos licitatórios, podendo o Poder Concedente determinar a transferência dessas competências para a Administração do Porto, delegado ou não, segundo o disposto no §5º.

A atribuição da condição de Poder Concedente a agências reguladoras, em princípio, não parece a alternativa mais adequada, exatamente em razão dos aspectos mais políticos de que se reveste uma atuação dessa natureza. Ao se instituir entidades dotadas de um grau de autonomia mais intenso, como as agências reguladoras, o objetivo principal que se persegue é permitir sua atuação com um certo distanciamento das influências político-eleitorais. A lei procede, nesses casos, a um desenho institucional diverso daquele mais intuitivo, em que as competências são atribuídas a órgãos ou entidades que estão submetidas, de uma forma ou de

⁵³⁰ Sobre o tema, com descrição mais detalhada dos embates ocorridos ao longo do tempo para a definição quanto às competências a serem exercidas na regulação das rodovias federais, vide VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. São Paulo, vol. 8, jan-mar 2019, pp. 39 a 41.

outra, a um poder central. A autonomia que se pretende garantir às agências reguladoras para o desempenho de suas funções técnicas pode, de algum modo, restar prejudicada quando se lhes atribui poderes para estabelecer escolhas de natureza política (ainda que político-regulatória), pois atrai para os foros de discussão internos das agências um debate eminentemente político-partidário e o interesse das esferas políticas de poder por influenciar suas decisões, estimulando que sejam exercidas pressões indesejáveis sobre as autoridades regulatórias. Além disso, é questionável a legitimidade de tais autoridades para fazerem escolhas políticas, dotadas de grande discricionariedade, uma vez que não se submetem diretamente ao sufrágio popular.

Parece mais consentâneo com o desenho institucional típico da regulação contratual cumulada com regulação por agência, que o papel de Poder Concedente seja exercido pela estrutura ministerial, mais apta a exercer funções políticas, preservando as agências reguladoras deste tipo de embate, restringindo a sua atuação para resolver as questões que venham a surgir durante a execução dos contratos. É evidente que a atuação das agências reguladoras, de qualquer forma, envolverá um espaço de discricionariedade técnica, que muitas vezes poderá permitir um amplo espectro de criação, inclusive normativa. Muito já se escreveu a respeito do poder normativo das agências reguladoras, tema que não será desenvolvido nesta tese. De todo modo, é importante ter em mente que a sua competência deriva da lei e é sua missão resguardar o contrato e velar pela sua fiel execução. Por essa razão, não é recomendável que tenha também o poder de elaborá-lo nem de alterá-lo unilateralmente, o que pode, inclusive, despertar desconfianças dos demais atores que se submetem ao seu poder regulatório, já que o papel moderador das agências acaba restando bastante prejudicado, quando lhe cabe usar ambos chapéus, tanto o de Poder Concedente — uma das partes, com interesses específicos e determinados, em relação às concessões — como o de entidade imparcial e mediadora.

Parece mais adequado, portanto, que os papéis do Estado sejam exercidos de modo fracionado⁵³¹. Parte dos poderes que lhe são inerentes continuam sendo exercidos pelo poder central, ou Poder Concedente, com orientação política. Todavia, outra parcela desses poderes deve ser atribuída a ente que exerça exclusivamente a função regulatória secundária, normalmente atribuída a uma agência reguladora. Caberá obviamente à lei estabelecer as características desse desenho institucional. Em geral, mantém-se com o Poder Concedente as

⁵³¹ Sobre a fragmentação administrativa do Estado vide FREITAS, Daniela Bandeira de. **A fragmentação administrativa do estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

decisões revestidas de maior sensibilidade política, como quanto a delegar ou não o serviço e em que bases essa delegação se dará. À agência devem ser atribuídas preferencialmente funções relacionadas ao acompanhamento da execução do contrato, sua fiscalização, exercício do poder sancionador e manejo dos mecanismos contratualmente estabelecidos, como a realização das revisões tarifárias. Essa visão está expressa no relatório de 2003 do Banco Mundial⁵³²:

Na lista anterior de características, supõe-se que o governo criará o contrato regulatório, mas que a implementação e a execução do contrato serão transferidas para uma entidade reguladora independente. Por que haveria essa divisão de funções?

A decisão inicial de privatizar e criar um sistema regulatório viável que apoie a privatização deve ser uma decisão do governo, porque é inerentemente um ato político. Quando a diferença inicial entre custos e receitas é grande (como muitas vezes acontece nos países em desenvolvimento), a decisão de privatizar requer mais coragem política do que conhecimento técnico. Portanto, seria razoável e ingênuo tentar delegar essa decisão política fundamental a um grupo de especialistas técnicos com assento em uma comissão reguladora recém-criada.

Uma vez tomada a decisão política, no entanto, ela tem mais chances de sobreviver se a implementação puder ser entregue a uma entidade reguladora isolada das pressões políticas de curto prazo. Depois que o contrato está em vigor, é mais provável que seja administrado de forma justa e imparcial por um regulador independente do que por um novo ministro que provavelmente não foi membro do governo que negociou o contrato.

De todo modo, é à lei que cabe estabelecer, em cada caso, a quem cabe exercer o papel de Poder Concedente e as funções regulatórias secundárias, relacionadas à execução do contrato. Em uma segunda dimensão — e nos limites da lei — haverá espaço para que o próprio contrato contenha disposições a esse respeito. O próprio Poder Concedente político poderá, ao desenhar o contrato, transferir determinadas competências ao ente regulador autônomo, por meio de disposição contratual. A elaboração do contrato de concessão é revestida de grande importância também para dar clareza aos papéis a serem desempenhados pelos diversos entes da Administração Pública. Deve deixar claro quais são os limites de

⁵³² “In the preceding list of characteristics, it is assumed that government will create the regulatory contract, but that implementation and enforcement of the contract will be transferred to an independent regulatory entity. Why should there be this split of functions?

The initial decision to privatize and set up a viable regulatory system that will support privatization must be a government decision because it inherently a political act. When the initial gap between costs and revenues is large (as is often the case in developing countries), the decision to privatize requires more political courage than technical expertise. Therefore, it would be unreasonable and naïve to try to delegate this fundamental political decision to a group of technical experts residing in a newly created regulatory commission.

Once the political decision has been made, however, it has a better chance of surviving if implementation can be handed over to a regulatory entity that is insulated from ongoing short-term political pressures. After the contract is in place, it is more likely to be administered in a fair and impartial way by an independent regulator than by a new minister who probably was not a member of the government that negotiated the contract.” (BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? **World Bank Working Paper n° 14**. Washington: World Bank, 2003, p. 19)

atuação e os poderes do ente regulador autônomo, obedecidos os termos da lei, mas além disso, deve estipular as metas a serem atingidas e os *standards* e parâmetros de que deve se valer o ente regulador para o desempenho de suas atividades fiscalizatórias.

Tendo sido reservado ao Poder Concedente político, como costuma acontecer, a atribuição de confeccionar o contrato, deve, por consequência, ser-lhe reservada a prerrogativa de alterá-lo unilateralmente. Assim, caberá a ele tomar todas as decisões que digam respeito à eventual alteração das obrigações, à possível prorrogação contratual e aos direitos a serem estabelecidos para a concessionária, assim como às atribuições e parâmetros de atuação do ente regulador que tenham sido contratualmente estabelecidas, excluindo-se aquelas que sejam oriundas diretamente da lei. Caberá ao Poder Concedente político, portanto, o exercício do que se pode chamar de regulação político-administrativa contratual. Dito de outra forma, tudo que diga respeito à formulação do que a doutrina clássica chamava de ato-condição, que hoje se designa mais comumente como regulamento do serviço⁵³³, deve ser, em princípio, atribuído à competência do Poder Concedente político, a não ser que a lei disponha em sentido diverso.

Ao ente regulador deve caber a responsabilidade por fazer cumprir o contrato, fiscalizar a atuação da concessionária, manejar os instrumentos contratuais que sejam postos ao seu dispor, mas não alterar o contrato, introduzir novas obrigações não previstas contratualmente ou exonerar daquelas previstas. O exercício das prerrogativas extravagantes do Estado, como o poder de alteração ou rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público devem ser, em princípio, destinadas ao poder concedente político.

⁵³³ Segundo a teoria do ato-condição, que prevaleceu por muito tempo no direito brasileiro, os contratos de concessão eram compostos por um regulamento, produzido unilateralmente pela Administração Pública, ao qual o concessionário aderiria por meio de um ato-condição, formando-se, então, um contrato entre as partes apenas no que se refere às condições econômico-financeiras, que restavam definidas pela proposta apresentada no procedimento licitatório. Um dos maiores adeptos desta teoria foi Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica da concessão do serviço público*. **Revista de Direito Público - RDP**, nº 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar. 1972, p. 35), a qual, ainda hoje, é sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 674). Para um enfoque dos principais aspectos da teoria, relacionados com o contexto atual de regulação contratual dos serviços públicos, vide: REIS, Márcio Monteiro. *Regulação contratual: uma revisita contemporânea à teoria do ato-condição*. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, ano 1, nº 3, out./dez. 2017, pp. 104 a 112. A respeito do assunto, no contexto do direito francês são relevantes as observações de Guglielmi: “*Le fait que l’acte d’habilitation soit contractuel n’empêche pas, dans la théorie des contrats administratifs, que certains de ces contrats comprennent initialement, ou incorporent par référence, des dispositions de nature unilatérale. Par exemple, certaines parties des concessions de service public ont été reconnues comme ayant un caractère réglementaire. C’est le cas notamment des cahiers de charges, dont le contenu peut même être fixé par décret — ce qui n’est pas une preuve de leur caractère réglementaire, mais un indice de l’importance que la personne publique responsable, en l’occurrence l’État, attache à ces dispositions, dont les usagers du service pourront se prévaloir de manière générale et absolue.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 658)

PARTE II**O PRAZO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO: FIXAÇÃO,
PRORROGAÇÃO E EXTINÇÃO**

5. O prazo nos contratos de concessão

5.1. A crise do modelo contratual de concessão com prazo fixo

5.1.1. A crise brasileira: relicitação e prorrogação antecipada

A ideia de serviço público como um instituto jurídico tem passado por várias crises, a ponto de Alexandre Aragão referir à “*permanente crise dos conceitos de serviço público*”. Dois momentos são marcantes a esse respeito: o primeiro ocorrido em meados do século passado, quando, especialmente pela influência da Escola de Bordeaux — da qual se tratou na Parte I desta tese — a sua ampliação excessiva acabou por retirar a própria utilidade do conceito. Ao ser elevado ao fundamento de toda e qualquer atividade da Administração Pública, foram tantas e tão diversas as atividades reconhecidas como serviço público, que o seu significado acabou ficando esvanecido e impreciso, fazendo com que se perdesse muito da utilidade desse instituto⁵³⁴. Nova crise se abateu sobre o conceito, no final do século XX, quando ganhou força uma onda neoliberal que preconizava o afastamento do Estado das atividades econômicas, que se revelariam mais eficientemente exercidas pela iniciativa privada.

Não é nenhuma dessas crises, contudo, que constitui o objeto da presente tese, nem sequer se pretende tratar do conceito de serviço público ou de sua extensão. O que se pretende abordar a partir de agora é uma crise que atinge o modo de regulação desses serviços públicos. Como se viu, o Brasil acabou adotando um sistema dual para regular as atividades econômicas, já que a Constituição permite ao legislador optar entre um modelo de atividades privadas, sujeitas a um regime de livre iniciativa ou instituir um regime de direito público, estabelecendo a titularidade estatal, quando qualifica a atividade como serviço público. Nesse último caso, o modelo de regulação muitas vezes será misto, já que, necessariamente, por força do quanto disposto no art. 175 da Constituição, se valerá de uma relação contratual, mas também poderá contar, a depender do que dispuser a lei, com a atuação de uma agência reguladora, à qual frequentemente se assegura uma autonomia reforçada, a ponto de ser por vezes designada como independente. Embora não haja propriamente independência, já que se trata de autarquias criadas por lei — a qual estabelece suas competências e os limites de sua

⁵³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 229 a 253 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 47 a 49.

atuação —, o termo designa um certo distanciamento idealmente preconizado da atuação dessas agências reguladoras em relação à Administração Pública direta, ou seja, ao poder político que comanda o governo central⁵³⁵.

Ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos da América, no Brasil adotou-se a opção de manter esse sistema contratual, mesmo com a introdução das agências reguladoras. Lá, na passagem do século XIX para o século XX, houve o abandono da regulação contratual e uma transição para um sistema de regulação por agências, que passaram a atuar discricionariamente, segundo os parâmetros das leis que as instituem e da jurisprudência dos tribunais⁵³⁶. As vantagens e desvantagens de adoção do modelo contratual e as razões que levaram à alteração do regime regulatório nos Estados Unidos serão abordadas adiante. Por ora, o que se pretende demonstrar é que, no Brasil, com a consolidação desse sistema de regulação por agência vinculada a condições contratualmente estabelecidas, alguns problemas passaram a ser percebidos.

Em obra dedicada ao estudo das concessões, Vera Monteiro afirmou que, ao contrário do que é propalado por alguns, a crise do conceito de serviço público, surgida no contexto da onda de liberalização econômica dos anos 80 e 90, jamais fez desaparecer o objeto da concessão. Ao contrário. Na verdade, após as privatizações, quando o Estado se afastou da realização direta de diversas atividades econômicas, passou a concentrar seus esforços no exercício da função regulatória, seja na forma do art. 174 da Constituição, em relação a atividades privadas ou; no caso dos serviços públicos, de acordo com o regime de direito público previsto no art. 175, que impõe a celebração dos contratos de concessão ou permissão. Desta forma, em suas palavras, “*houve um movimento de revitalização da concessão, indicando que a crise não era da concessão de serviço público em si, mas do sentido histórico da própria noção de serviço público*”⁵³⁷.

Quando, em 2010, Vera Monteiro afirmou que as crises do serviço público diziam respeito ao seu conceito histórico muito mais do que ao método “*que permite a substituição do Estado na execução de atividades de sua responsabilidade*”⁵³⁸, por meio do instrumento

⁵³⁵ Sobre os diversos aspectos de que se reveste essa autonomia reforçada das agências reguladoras, vide, por todos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras** – e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 331 a 367.

⁵³⁶ HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance**: The law of market structure, pricing and jurisdiction. Chicago: American Bar Association, 2013, p. 4 e PRIEST, Georg L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, pp. 320 a 323.

⁵³⁷ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153.

⁵³⁸ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 154.

dos contratos de concessão ou permissão, ainda não se tinha testemunhado, no Brasil, o acirramento da crise econômica que se iniciara em nível global em 2008. A estagnação da economia nacional, com seguidos anos de baixo crescimento ou até decréscimo do produto interno bruto, aumento do índice de desemprego e sensível retração da atividade econômica começou a ser percebida mais concretamente em 2014⁵³⁹, a partir de quando o país viveu um período de três anos de recessão, até 2016. Os efeitos dessa crise econômica brasileira, que ainda se fazem sentir, causaram sérios problemas para o desempenho da maior parte das empresas do país, atuantes nos mais variados setores da economia. Muitas concessionárias de serviços públicos também foram afetadas e passaram a apresentar dificuldades para o prosseguimento de sua atividade.

De certa forma, o cenário de escassez de recursos públicos e dificuldade de financiamento, que afetou gravemente o desempenho das empresas estatais que se dedicavam a prestar a grande maioria dos serviços públicos no Brasil até o final da década de 90, se reproduziu, ainda que em menor escala, com o aprofundamento da crise a partir de 2014, atingindo agora fortemente o setor privado. Deste modo, diversas empresas que haviam elaborado seus planos de negócios no final dos anos 90 ou durante a primeira década do novo milênio, com base em projeções otimistas quanto ao crescimento do mercado brasileiro, passaram a enfrentar problemas de gestão e dificuldade para manter seus negócios saudáveis.

Durante a década de 90, a resposta governamental encontrada para a crise da absorção estatal dos serviços públicos havia sido a implantação de um amplo programa de privatizações que transferiu para o setor privado investimentos que, apesar de necessários, o Estado não tinha condições de fazer, reduziu as despesas públicas com empresas deficitárias e permitiu, ao mesmo tempo, um incremento de caixa para a Administração Pública, em razão da arrecadação dos valores recebidos pela venda dos ativos. Nos casos em que se optava por manter a qualificação das atividades como serviços públicos, a sua delegação à iniciativa privada se dava com a assinatura dos contratos de concessão ou permissão, mediante a prévia realização de licitações, cujo critério de julgamento poderia ser o oferecimento do menor valor de tarifa a ser cobrada dos usuários, mas usualmente envolvia também o pagamento de

⁵³⁹ A indicação de que a recessão da economia brasileira se iniciou em 2014 e uma análise da conjuntura política e econômica do país naquele contexto, pode ser consultada na Carta de Conjuntura divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, de 2016 (Carta de Conjuntura / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análises e Previsões. Rio de Janeiro: Ipea. Dimac, 2016. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=26918&Itemid=3. Acesso em 04 nov. 2019.

um valor diretamente à Administração Pública, como contrapartida pelo direito obtido de prestar o serviço público objeto da delegação, o que gerava novas receitas e também contribuía para aliviar as contas públicas.

Já a crise atual não permite o mesmo tipo de resposta, pelo menos não com a mesma amplitude, uma vez que a maior parte das empresas já foi privatizada. Há, ainda, é verdade, algumas empresas estatais relevantes que se mantiveram na Administração Pública indireta, como aquelas pertencentes ao grupo Eletrobras, a Petrobras, a Caixa Econômica Federal, o Banco do Brasil e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, além de diversas outras menos relevantes que atuam em segmentos específicos da economia e apresentam estruturas reduzidas ou interesse não tão notório. Algumas delas foram incluídas recentemente no Programa Nacional de Desestatização - PND, de que cuida a Lei nº 9.491/97, com o anúncio por parte do atual governo de que se planeja um novo pacote de privatizações, desta vez coordenado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimento - PPI, disciplinado pela Lei nº 13.334/2016, que absorveu as medidas do PND, por força do quanto dispõe o seu art. 1º, §1º, III.

A iniciativa não basta, no entanto, já que a presente crise atinge especialmente as concessionárias privadas e, muitas vezes, o próprio modelo de concessão. Na maior parte dos casos, o que se revela é a sua incapacidade de adimplir com as obrigações contratuais que assumiram, ao serem investidas na condição de prestadoras de um serviço público, ou alguma distorção no próprio modelo contratual, causado algumas vezes por defeito original de sua modelagem⁵⁴⁰ e, em outros casos, gerado pelas naturais transformações que costumam ocorrer em contratos de longa duração como os de concessão. Em alguns casos, o modelo contratual concebido no passado acabou não apresentando a longevidade esperada. Põe-se, então, situações em que se fazem necessários investimentos imprescindíveis para garantir a eficiência dos serviços prestados, os quais não constam como obrigação do concessionário e,

⁵⁴⁰ As concessões de rodovias da 3ª Etapa são um exemplo, segundo Maurício Portugal, de modelagem mal sucedida: “A ANTT desenvolveu a regra sobre indenizações por investimentos amortizados em face da possibilidade de extinção dos contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa, aqueles celebrados entre 2012 e 2014, logo antes da maior crise econômica da história do país, e fortemente afetados por ela, pelos erros de modelagem de contratos de concessão praticados no Governo Dilma, e pela inércia da ANTT e da União em adotar providências para reestruturar esses contratos oportunamente de modo a remediar os impactos da crise e dos erros de modelagem.” (RIBEIRO. Maurício Portugal. iNFRADebate: ANTT, Crivella e Requião – regra sobre indenização aprovada pela ANTT ajuda populistas a estatizar concessões. Brasília: **Agenciainfra.com**, 13 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-antt-crivella-e-requiao-regra-sobre-indenizacao-aprovada-pela-antt-ajuda-populistas-a-estatizar-concessoes>. Acesso em 15 de janeiro de 2020)

caso sejam agora incluídos, não poderão ser amortizados no tempo que ainda resta do prazo contratual⁵⁴¹.

Tanto em um caso como em outro, essa onda de dificuldade que contemporaneamente tem atingido diversos concessionários está diretamente associada ao fato de que a regulação dos serviços públicos, no Brasil, se dá por meio de instrumentos firmados por prazos fixos. Quando o concessionário, impactado pelo ambiente recessivo da economia nacional, não consegue cumprir adequadamente suas obrigações, tendo ainda um longo prazo contratual pela frente, instala-se um problema de difícil solução, inclusive para o Poder Concedente, uma vez que os demorados processos sancionatórios não apresentam, na maioria das vezes, instrumentos que assegurem a qualidade na prestação dos serviços. O contrato de concessão vira, então, uma armadilha que enreda concessionários e Poder Concedente. O mesmo ocorre quando, durante a execução do contrato, surgem novas necessidades de investimento não previstas na origem, especialmente quando o prazo contratual restante se mostre insuficiente para assegurar a amortização de investimentos relevantes na infraestrutura sob cuidados do concessionário, essencial para assegurar a qualidade da prestação do serviço público sob sua responsabilidade; ou quando as transformações sociais e econômicas indiquem a necessidade de que se altere o modelo de prestação de um determinado serviço, de forma incompatível com os termos do contrato em vigor.

Um dos efeitos mais perceptíveis da reunião de crise econômica com compromissos regulatórios aprazados, que se tem constatado no Brasil, foi o surgimento sucessivo de pleitos para o encerramento antecipado da relação contratual das concessões. Mas problemas de outras naturezas também podem ser detectados, igualmente vinculados a um desencontro entre os prazos contratuais estabelecidos e a realidade da concessão. A estipulação de um prazo para o vínculo a ser formado entre regulado e regulador pode causar uma série de problemas, mesmo fora de um ambiente de crise econômica. Rafael Pinho de Moraes se refere, por exemplo, ao fato de que, em geral, “*um concessionário não possui interesse em*

⁵⁴¹ Floriano Azevedo Marques, tratando da malha ferroviária paulista chama a atenção para esse problema: “(...) vultosa ordem de investimentos é necessária para a construção de novas linhas e expansão da malha ferroviária. Porém, como viabilizar investimentos em ferrovias? Pelo menos no caso da Malha Paulista, a resposta a essa questão deve considerar a vigência do contrato de concessão com a Rumo ALL-MP até 2028. Entre as obrigações pactuadas, não constam deveres de investimento na etapa final da concessão, a qual hoje se encontra, nem há previsão de gatilhos de investimento. Estaria o poder público disposto a esperar o término da concessão para prever na nova modelagem investimentos adiados em mais de 9 anos? Ou seria possível construir uma alternativa mais eficiente para melhoria do setor ferroviário brasileiro ao tempo presente?” (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Prorrogações antecipadas – caso “ferrovias, malha paulista”. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo *et al.* (coords.). **Dinâmica da regulação - estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 107)

fazer investimentos vultosos quando seu contrato de concessão se aproxima de seu término”⁵⁴². Deste modo, ainda que surja nesse período um “choque de demanda”, isso não teria o condão de induzir os investimentos necessários para atendê-lo.

Por outro lado, Jacintho Arruda Câmara⁵⁴³ recorda que “antes da CF de 1988, era frequente a extensão de concessões, mesmo sem formalização”, com destaque para o setor de transporte coletivo, onde essa prática era reiterada, tendo se dado na década de 90, uma inversão dessa tendência, quando “passou-se a restringir a extensão dos vínculos, proibindo a prorrogação ou limitando-a a uma só vez”. Segundo sua percepção, há “outra perspectiva, esquecida desde 1988: a valorização da continuidade”, de modo que defende as vantagens de manter em operação um prestador de serviço que “já demonstrou aptidão na execução do contrato, bem como a celeridade na implementação desses novos investimentos”. Mas não se pode olvidar, como alerta Rafael Pinho de Moraes⁵⁴⁴, que “renovar concessão não é sem custo”, pois envolverá sempre um “custo de oportunidade” ao abrir mão da possibilidade de um ganho. Como os contratos de concessão são longos, “em 20, 25 ou 30 anos, muita coisa muda: a tecnologia evolui, velhos players somem, novos players surgem etc.”, de modo que pode ser bastante vantajoso “permitir a substituição da empresa incumbente por um novo concessionário eventualmente mais eficiente”.

Nesse sentido, o regime puro de regulação por agências, adotado nos Estados, que têm exercido forte influência na prática regulatória brasileira mais recente, pode mostrar-se mais flexível. No Brasil, apesar de ter sido absorvida a regulação por agências ao modo norte-americano⁵⁴⁵; ao contrário do que ocorre lá, aqui tais agências encontram-se vinculadas às disposições contratuais e os concessionários a obrigações assumidas por prazo certo. Deste modo, nem todas as soluções regulatórias preconizadas pela regulação praticada lá podem ser implantadas aqui, o que, por vezes, causa perplexidades e desconfortos.

⁵⁴² MORAIS, Rafael Pinho de. Empurrando concessões com a barriga. In: **Jota**, Brasília: 21 de agosto de 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empurrando-concessoes-com-a-barriga-21082019. Acesso em 8 de novembro de 2019.

⁵⁴³ CÂMARA, Jacintho Arruda. Prorrogações contínuas nas concessões? A legislação vem ampliando as hipóteses de prorrogação das parcerias com o setor privado. In: **Jota**, Brasília: 24 de dezembro de 2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/prorrogacoes-continuas-nas-concessoes-24122019>. Acesso em 7 de janeiro de 2020

⁵⁴⁴ MORAIS, Rafael Pinho de. Empurrando concessões com a barriga. In: **Jota**, Brasília: 21 de agosto de 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empurrando-concessoes-com-a-barriga-21082019. Acesso em 8 de novembro de 2019.

⁵⁴⁵ “O processo de agenciificação não é unívoco. No Brasil houve influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios.” (GUERRA, Sérgio. *Agenciificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório*. In: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1º ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 265)

A resposta legislativa a diversos desses problemas ocorreu com a promulgação da Lei nº 13.448/2017, resultante da conversão da Medida Provisória nº 752/2016⁵⁴⁶. Os arts. 5º e seguintes trataram da prorrogação antecipada, que será examinada mais detalhadamente no subcapítulo 6.2.2.2 desta tese. O objetivo principal deste mecanismo é autorizar a Administração Pública a negociar com o concessionário, mesmo antes de se aproximar o prazo de encerramento do contrato, a sua prorrogação, de modo que essa extensão de duração do contrato permita a amortização dos investimentos necessários na infraestrutura, viabilizando o prosseguimento da prestação dos serviços públicos em condições adequadas. Já a relicitação, disciplinada nos arts. 13 e seguintes, visa a permitir, ao contrário, o encerramento antecipado da vigência contratual, naqueles casos em que o contrato se tornou inexecutável⁵⁴⁷, como se examinará adiante, no subcapítulo 7.1. A esse respeito vale a transcrição de algumas passagens da exposição de motivos enviada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional relativamente ao texto da Medida Provisória nº 752/16:

2. A Medida Provisória ora proposta objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável.

3. Como é de conhecimento geral, a ampliação do investimento em infraestrutura é condição *sine qua non* para a retomada do crescimento econômico no Brasil. Ainda, a promoção da qualidade do serviço prestado aos usuários e a continuidade da prestação do serviço também devem receber atenção do poder público. Assim, a proposição ora apresentada à Vossa Excelência busca, por um lado, disciplinar as hipóteses de prorrogação de contratos de parceria para promover investimentos prementes, não previstos nos contratos de concessão em vigor e, por outro, modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento. Além disso, a medida define procedimentos para a relicitação de contratos de parceria que não estejam sendo devidamente cumpridos ou

⁵⁴⁶ “*Tampouco se pode deixar de mencionar, ao analisar esse ponto, que o pano de fundo que possibilitou a instituição legal da medida foi o contexto de crise econômica que afetou diretamente contratos em fase inicial de execução e estruturados com bases econômicas diversas daquela verificadas na prática. A crise, quando não passível de ser antevista, é um desses fatores externos que pode levar à derrocada dos ajustes por incapacidade do parceiro privado, especialmente os novos, nos quais o volume de investimento se mostra mais elevado. Sob o ponto de vista do parceiro público, por sua vez, pode gerar a necessidade de alterações regulatórias de forma a exigir a adaptação dos contratos para atender o setor diante de uma nova realidade (outra estimativa de demanda, outros investimentos necessários, por exemplo). Poderia ser inviável essa alteração substancial apenas por meio do reequilíbrio econômico-financeiro, por exemplo, principalmente diante da incapacidade do parceiro privado.*” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 190)

⁵⁴⁷ FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017, pp. 175 e 176.

cujos parceiros demonstrarem ausência de capacidade de cumprir com as obrigações assumidas contratualmente.

(...)

11. A Medida Provisória, de outro lado, faculta ao Poder Concedente, em comum acordo com concessionário, adotar o procedimento de relicitação de contratos de parceria vigentes no setor rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujos parceiros demonstrem ausência de capacidade em cumprir com as obrigações assumidas contratualmente. Trata-se de alternativa inovadora de "devolução coordenada e negociada" da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo. Nesse caso, deverá ser realizado estudo prévio visando garantir a viabilidade econômica e operacional do novo ajuste. A governança e a transparência foram de novo reforçadas, e a proposta de transferência, junto com os estudos, deve ser submetida a consulta pública e ao TCU. Merece destaque o fato de que eventuais indenizações devidas pelo Poder Concedente ao parceiro privado serão pagas pelo novo contratado, o que evitará o desembolso de recursos por parte da Administração Pública Federal. Também está prevista a possibilidade ao novo contratado, quando as condições de financiamento se mostrarem vantajosas ao Poder Público e viáveis aos financiadores, de assunção das dívidas adquiridas pelo antigo concessionário.

Por ora, importa fixar a ideia de que o modelo misto adotado no Brasil que, mesmo quando incorporou as agências reguladoras, manteve a obrigatoriedade de se celebrar contratos administrativos, de concessão ou permissão, a prazo fixo, para a delegação de serviços públicos a particulares, permitiu a criação de um ambiente regulatório que tornou possível o florescimento de uma crise jurídica associada à crise econômica que se instalou no país, agravada na segunda metade da década. Tal crise encontra as suas principais causas no modelo de regulação contratual, que jamais se abandonou no Brasil. Mais especificamente, no fato de se fixarem prazos para a vigência dos contratos, o que, como já se viu, é, em geral, uma opção exercida pelo legislador ordinário.

Tendo as bases e as origens históricas deste modelo misto de regulação sido estabelecidas na Parte I da presente tese, procurar-se-á deste ponto em diante examinar as suas vantagens e desvantagens, de modo a avaliar se é ou não conveniente manter esse atual modelo regulatório ou se seria desejável passar a adotar um modelo de regulação por agências puro, como foi a opção norte-americana, sem a fixação de prazos determinados. Serão examinados também os mecanismos jurídicos existentes para lidar com as questões que envolvem a regulação contratual a prazo, incluindo aqueles estabelecidos pela Lei nº 13.448/2017, já durante o período em que se vivenciava momento agudo da crise de que ora se cuida. O objetivo principal será o de perquirir se o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de soluções adequadas para lidar com as adversidades que podem derivar de um modelo regulatório com as características do nosso. Serão examinados especialmente os aspectos

relacionados à fixação do prazo, sua prorrogação, seus efeitos relacionados à execução do contrato e as consequências do seu encerramento, como o surgimento de indenizações devidas, de modo a constatar se os mecanismos e instrumentos jurídicos existentes são suficientes ou se há necessidades de ajustes para lidar com essa temporalidade que marca a regulação dos serviços públicos no Brasil.

Antes de enfrentar propriamente o tema, no entanto, como a crise brasileira parece resultar da tensão inerente ao sistema duplo de regulação, que recebe influências das práticas típicas do modelo contratual das concessões, mas também — e com cada vez mais intensidade — se inspira nas experiências oriundas da regulação norte-americana, em que não existem contratos de concessão de serviço público; os subcapítulos seguintes serão dedicados a expor o contexto de como se deu, nos Estados Unidos, o abandono do regime dos contratos de *franchise*, com a transição para um regime de regulação discricionária por meio de agências reguladoras; apontando-se, ainda, uma tendência atual de retorno ao uso das estratégias contratuais, na busca por maior consenso entre a Administração Pública e seus colaboradores, quando se trata de transferir para a execução privada atividades nas quais o Estado tem especial interesse, mas não possui os recursos ou a expertise para desempenhar diretamente.

5.1.2. A transição norte-americana para uma regulação sem contrato (e sem prazo)

Como já se referiu, a partir de meados da década de 90, o Brasil incorporou à sua Administração Pública indireta a figura das agências reguladoras. Como adverte Alexandre Santos de Aragão⁵⁴⁸, tal afirmação consiste em meia verdade, na medida em que “*a divisão da Administração Pública em mais de um centro de poder é um fenômeno muito mais amplo*”. De todo modo, se é verdade que o fenômeno da descentralização, com a atribuição de variados graus de autonomia aos entes descentralizados é, de fato, uma prática bastante antiga no Brasil, não se pode negar que o direito administrativo brasileiro sofreu grande influência do direito norte-americano nesse período em que foram realizadas várias iniciativas de desestatização, incluindo a privatização de uma série de empresas, muitas delas incumbidas da prestação de serviços públicos. Nesses casos, além de comprar a empresa, o investidor assinava um contrato de concessão de serviço público e passava a se submeter à atividade

⁵⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras** – e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 263.

regulatória do Estado, frequentemente atribuída a uma das agências reguladoras que foram instituídas nessa época.

Ocorre que, apesar de ter incorporado, em grande medida, a experiência norte-americana de regulação da economia, por meio de entidades tecnicamente especializadas e dotadas de autonomia em relação ao poder central, o Brasil, como já se afirmou, manteve significativa distinção em relação àquele modelo regulatório, na medida em que nunca se abriu mão aqui da relação contratual mantida entre o poder público e o concessionário. Além de se tratar de uma determinação constitucional, a contratualização da relação jurídica estabelecida entre concedente e concessionário é o reflexo da titularidade estatal exercida sobre a atividade qualificada como serviço público.

Como referido no subcapítulo 4.3 da Parte I desta tese, apesar de ter por vezes tangenciado o conceito, nunca houve no direito norte-americano o reconhecimento de que há determinadas atividades econômicas titularizadas pelo Estado, em relação às quais não se aplica integralmente o princípio da livre-iniciativa. Sendo assim, nos Estados Unidos desenvolveu-se um sistema de regulação das atividades econômicas que pode ser mais ou menos intensa, a depender do grau de interesse público a ser aferido em cada caso concreto. Por essa razão, a lei pode estabelecer variados matizes de intervenção e as agências dispõem de significativa discricionariedade para atuar. No Brasil, optou-se por um sistema dicotômico: a regra geral é a liberdade de iniciativa, na forma do art. 173 da Constituição. No entanto, o Estado pode qualificar determinadas atividades econômicas como serviços públicos, impondo-lhes um regime jurídico especial, que condiciona o seu exercício por particulares à previa constituição de uma relação jurídica contratual, com natureza de direito público, na forma do art. 175 do texto constitucional.

A novidade é que tal relação jurídica contratual poderá ser supervisionada por uma agência reguladora, a qual, no entanto, não gozará, em princípio, da mesma discricionariedade existente no direito norte-americano, exatamente porque aqui se vincula aos termos e condições de um contrato previamente firmado. Estabelece-se, portanto, uma tensão entre um sistema que se baseia na *publicatio* e um sistema de agências reguladoras discricionárias, especialmente quando se pretende importar experiências de outros ordenamentos jurídicos, onde não são vinculadas a contrato e exercem uma regulação que não se baseia em relações jurídicas a prazo certo previamente fixado.

Ao contrário do que se poderia supor, no entanto, esse sistema de regulação que atribui maior discricionariedade à atuação das agências reguladoras não produz, necessariamente, resultados que apontem para uma intervenção mais intensa do Estado nas

atividades econômicas. Isso porque, nos Estados Unidos da América, o ambiente cultural é marcado por forte influência liberal. A regulação é, portanto, sempre vista com certa desconfiança e seus efeitos benéficos são constantemente desafiados. Enquanto no Brasil e em outros países latinos se discute qual o grau ótimo de intervenção regulatória nas atividades privadas, o debate norte-americano frequentemente se dá quanto à real necessidade da existência de algum tipo de regulação⁵⁴⁹, já que o ideal é sempre que possível confiar nas forças do mercado. George Priest chega a identificar na regulação por agência uma analogia com a planificação estatal da economia, típica dos regimes socialistas⁵⁵⁰.

São inúmeras, por lá, as iniciativas de análise da eficiência das diversas espécies de intervenção estatal. Um desses estudos que ficou muito conhecido, foi o elaborado por George Stigler e Claire Friedland, em relação ao setor elétrico⁵⁵¹, no qual se procurou comparar o comportamento dos preços cobrados pelas *public utilities* no período anterior à consolidação da regulação por agência nos Estados Unidos, entre 1907 e 1922, e o período seguinte, já sob o novo modelo regulatório, tendo a conclusão apontado não haver elementos que indicassem nenhuma vantagem de se optar por essa modalidade mais intrusiva de intervenção estatal. Mais de uma década mais tarde se seguiu outra análise, ainda mais incisiva, elaborada por Gregg Jarrell⁵⁵², sustentando que, na verdade, os preços praticados e os lucros das empresas

⁵⁴⁹ Em seu célebre artigo “Monopólio natural e a sua regulação”, Richard Posner faz uma clara defesa da atuação das forças naturais de mercado como a melhor maneira de determinar as condutas a serem praticadas pelos agentes econômicos. Em sua opinião, com exceção das normas de direito da concorrência e do exercício do poder de polícia para a ordenação da vida em sociedade, qualquer outro tipo de regulação invariavelmente levaria a distorções de mercado e jamais se revelaria como um instrumento adequado para obtenção de resultados mais eficientes: “*However, personal experience as a government lawyer involved in regulatory matters made me skeptical about the validity of the assumption and this study has convinced me that in fact public utility regulation is probably not a useful exertion of governmental powers; that its benefits cannot be shown to outweigh its costs; and that even in markets where efficiency dictates monopoly we might do better to allow natural economic forces to determine business conduct and performance subject only to the constraints of antitrust policy. I would stress, however, that no general challenge to government regulation of business is intended. One regulatory framework whose continued existence is explicitly presupposed by my analysis is, as just mentioned, the antitrust laws. Regulations enforcing standards of health or safety are instances of the many other government constraints on business activity that lie outside the scope of my critique.*” (POSNER, Richard. Natural monopoly and its regulation. **Stanford Law Review**, vol. 21, nº 3, fev. 1969, p. 549)

⁵⁵⁰ “*First, regulation by commission represents the most sustained form of government interference in the otherwise competitive marketplace of the United States. A continuously sitting commission, with perpetual jurisdiction over all aspects of a firm’s or an industry’s operations including constraints of its rate of return, is the closest analogue to the government planning characteristic of socialist economies. Thus, though often below the surface, the debate over the welfare-enhancing or welfare-diminishing effects of commission regulation is a debate over socialism versus capitalism.*” (PRIEST, Georg L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 295)

⁵⁵¹ STIGLER, George J. e FRIEDLAND, Claire. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. **The Journal of Law & Economics**, vol. 5, out. 1962.

⁵⁵² JARRELL, Gregg A. The Demand for State Regulation of the Electric Utility Industry. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 21, nº 2, out. 1978.

eram menores no período pré-regulação por comissão. Conclusões deste tipo, provavelmente estão por trás do movimento de desregulação que se seguiu, a partir dos anos 80, nos Estados Unidos da América, o qual teve o seu marco inicial exatamente no setor elétrico.

Nesse interregno, sobreveio o célebre artigo de Harold Demsetz⁵⁵³, do qual já se cuidou na Parte I desta tese, preconizando que, nos casos em que são identificadas falhas de mercado que tornam a concorrência imperfeita, a ponto de impedi-la de regular equilibradamente o desempenho de determinada atividade, deve-se substituir a disputa *no* mercado por uma disputa *pelo* mercado, obrigando os interessados em prestar tais serviços a concorrerem entre si pelo acesso ao mercado, resultando dessa disputa a fixação das condições de fornecimento, que se dará com exclusividade. É interessante notar que a perspectiva defendida por Demsetz é de retorno à regulação contratual, já que seria o contrato o instrumento mais adequado para estabelecer tais condições. Pode-se ler o seu estudo, portanto, como uma verdadeira defesa da modalidade de regulação por contratos de *franchise*, que havia sido abandonada por não oferecer ao regulador mecanismos suficientemente intensos de intervenção.

Essas constatações provocaram, então, um estudo elaborado por Georg Priest⁵⁵⁴, sobre as origens da regulação de *public utilities*, buscando construir uma teoria da regulação. Em seu artigo, procede a uma nova comparação entre o modelo de regulação prevalecente nos Estados Unidos até o século XIX — por meio dos contratos de *franchise* —, com o modelo adotado a partir das primeiras décadas do século XX — com a implantação das agências reguladoras—, mais voltado agora para aspectos institucionais do que apenas econômicos, como foram as análises anteriores de Stigler e Friedland e de Jarrell. Grande parte das razões identificadas que teriam levado à transição para uma nova modalidade de regulação, apontam exatamente para as dificuldades que o regulador enfrentava no modelo contratual, já que o ambiente jurídico norte-americano não dispunha dos mecanismos típicos de um regime de direito público, como aqueles existentes no direito administrativo francês, por exemplo. Pode-se destacar, a esse respeito, a ausência do poder de alteração unilateral do contrato, assim como de um monopólio estatal, que pudesse ser assegurado à empresa incumbente.

⁵⁵³ DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n 1. Chicago: The University of Chicago Press, abr. 1968.

⁵⁵⁴ PRIEST, Georg L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993.

Nos Estados Unidos, como já referido, desde o precedente de *Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward*⁵⁵⁵ restou consolidado o entendimento de que a vedação, constante da seção 10 do art. 1º da Constituição norte-americana — que impede os Estados, ao legislarem sobre direito contratual, de interferir quanto às obrigações livremente adotadas pelas partes — deve ser interpretada como uma **restrição absoluta a qualquer pretensão estatal a rescindir ou modificar unilateralmente as condições contratadas entre algum particular e o poder público.**

Um dos problemas enfrentados com os contratos de *franchise*, portanto, diziam respeito exatamente à ausência de poderes à disposição dos entes estatais para a alteração desses contratos, que necessariamente eram firmados por prazos longos em virtude do montante elevado dos investimentos que deveriam ser amortizados durante o período contratual. Em levantamento realizado em contratações dessa época, George Priest identificou que, nos contratos mais remotos, as cláusulas eram redigidas de forma muito vaga e genérica, o que causava todo tipo de controvérsias e desentendimentos entre as partes. Isso fez com que os contratos firmados nas últimas décadas do século XIX tivessem incorporado cláusulas mais precisas e detalhadas, com especificações mais completas quanto às características exigidas do serviço e à estrutura tarifária, o que era devido também ao ganho de experiência e informação das próprias autoridades estatais.

Essa rigidez contratual, no entanto, causava outros tipos de problema, uma vez que as adaptações, sempre necessárias em contratos de longo prazo, deveriam ser obrigatoriamente aprovadas por ambas as partes⁵⁵⁶. As modificações pretendidas pelo poder público sempre dependiam, portanto, de negociação a ser entabulada com a *public utility*. Sendo assim, desconsiderando situações específicas em que o poder público dispusesse de poder de barganha em decorrência de algum interesse específico da empresa, quanto à alteração de alguma cláusula, à prorrogação do prazo contratual, ou à extensão da área de prestação do serviço ou do seu objeto, na maioria das vezes as negociações eram sempre muito difíceis. A celebração de contratos por prazos longos, sem a flexibilidade típica do regime das concessões, foi, como se vê, uma das principais razões para a transição para um modelo de regulação por agências, que, sem as amarras contratuais, permitia o exercício de poderes discricionários por parte da entidade reguladora.

⁵⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward**, 17 U.S. 4 Wheat 518 518., 1819. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/518/>. Acesso em 18 jan. 2019.

⁵⁵⁶ PRIEST, Georg L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 303.

É interessante notar que, posteriormente, com a ampliação da regulação por parte de agências federais, foi editado o *Federal Power Act*⁵⁵⁷, em cuja seção 206(a) se estabeleceu o poder das agências reguladoras para alterar condições contratuais que reputassem como “*injustas, irrazoáveis, indevidamente discriminatórias ou anti-isonômicas*”. Como nesse momento já não havia contratos de *franchise* entre o poder público e as *public utilities*, a norma legal se destinava a delimitar os poderes das agências reguladoras para intervir em relações contratuais entre particulares. De todo modo, o exame da questão é relevante, pois não há razão para que o mesmo entendimento não pudesse ser estendido a contratos firmados com entes públicos.

A orientação jurisprudencial quanto ao uso desses poderes de interferência estatal em relações contratuais privadas ficou conhecida como **doutrina Mobile-Sierra**, em razão da combinação de dois casos julgados pela Suprema Corte norte-americana, ambos em 1956. No julgamento do caso *Mobile*⁵⁵⁸, a Suprema Corte recusou a aplicação ao caso concreto de dispositivo existente no *Natural Gas Act*, legislação que disciplinava o setor de gás e permitia esse tipo de interferência estatal, afirmando que a agência somente poderia intervir na relação contratual privada no caso de identificar alguma ilegalidade no contrato, cujas cláusulas, de outra forma, deveriam ser sempre preservadas e respeitadas. Já no caso *Sierra*⁵⁵⁹, a Corte, ao admitir a intervenção administrativa em um contrato privado, afirmou que a agência

⁵⁵⁷ “SEC. 206. (a) Whenever the Commission, after a hearing held upon its own motion or upon complaint, shall find that any rate, charges, or classification demanded, observed, charged, or collected by any public utility for any transmission or sale subject to the jurisdiction of the Commission, or that any rule, regulation, practice, or contract affecting such rate, charge, or classification is unjust, unreasonable, unduly discriminatory or preferential, the Commission shall determine the just and reasonable rate, charge, classification, rule, regulation, practice, or contract to be thereafter observed and in force, and shall fix the same by order. Any complaint or motion of the Commission to initiate a proceeding under this section shall state the change or changes to be made in the rate, charge, classification, rule, regulation, practice, or contract then in force, and the reasons for any proposed change or changes therein. If, after review of any motion or complaint and answer, the Commission shall decide to hold a hearing, it shall fix by order the time and place of such hearing and shall specify the issues to be adjudicated.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. **US Code: 16 U.S.C. 12 §824e**. Federal Regulation and Development of Power. <http://uscode.house.gov/>. Acesso em 2 out. 2009).

⁵⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **United Gas Pipe Line Co. v. Mobile Gas Svc. Corp., 350 U.S. 332**. *The basic power of the Commission is that given it by § 5(a) to set aside and modify any rate or contract which it determines, after hearing, to be "unjust, unreasonable, unduly discriminatory, or preferential." This is neither a "rate-making" nor a "rate-changing" procedure. It is simply the power to review rates and contracts made in the first instance by natural gas companies and, if they are determined to be unlawful, to remedy them, 1956.* Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/350/332/>. Acesso em 2 out. 2019.

⁵⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **FPC v. Sierra Pacific Power Co., 350 U.S. 348**. *The purpose of the power given the Commission under § 206(a) is the protection of the public interest, as distinguished from the private interest of the utilities, and a contract may not be said to be either "unjust" or "unreasonable" simply because it is unprofitable to the public utility.* Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/350/348/>. Acesso em 2 out. 1956.

reguladora tem o poder de alterá-lo se identificar alguma ilegalidade, em razão do seu propósito de defesa do interesse público. Como explica Scott Hempling, tais situações excepcionais, que justificariam essa intervenção, estariam relacionadas a condições contratuais que levassem à fixação de uma tarifa: a) que inviabilizasse a continuidade de prestação do serviço; b) que impusesse encargos irrazoavelmente excessivos sobre os usuários ou c) que criasse alguma discriminação intolerável⁵⁶⁰. **Não se trata, portanto, de um poder estatal discricionário para a modificação dos contratos**, mas apenas um poder que permite, excepcionalmente, por razões de interesse público, **interferir nos casos em que seja identificada alguma ilegalidade**.

Já no que diz respeito à exclusividade das *public utilities* na execução dos serviços sob sua responsabilidade, há certa divergência entre os pesquisadores da época. Para Scott Hempling, por meio dos contratos de *franchise*, os governos estaduais conferiam às *public utilities* um privilégio especial, vinculado à prestação de um serviço, submetendo-as também a determinadas obrigações, reunindo-se as seguintes características: a) exclusividade como o único prestador daquele serviço em uma extensão territorial determinada; b) obrigação de manter o serviço disponível, sem discriminação aos usuários; c) submissão à regulação estatal; d) obrigação de manter padrões de qualidade; e) utilização do domínio eminente do poder público quando necessário se valer do uso de bens de terceiros; f) restrição quanto à responsabilidade civil advinda da prestação do serviço e g) cobrança de tarifa justa e razoável (*just and reasonable*)⁵⁶¹. Harold Demsetz partilhava da mesma visão ao sustentar que mais eficiente do que a regulação por agência seria voltar ao período anterior, dos contratos de *franchise*, em que as *public utilities* disputavam o acesso ao mercado. Obviamente, só faria sentido haver alguma disputa se a assinatura do contrato fosse a única forma de aceder a esse mercado⁵⁶². Assim, sem a exclusividade, o interesse na disputa de um contrato de *franchise* restaria bastante prejudicada.

⁵⁶⁰ HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance**: The law of market structure, pricing and jurisdiction. Chicago: American Bar Association, 2013, pp. 340 a 343.

⁵⁶¹ HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance**: The law of market structure, pricing and jurisdiction. Chicago: American Bar Association, 2013, pp. 14 e 15.

⁵⁶² Nos países que adotam a *publicatio* e impõem aos particulares que pretendam prestar serviços públicos a prévia formalização de um vínculo contratual com o Estado, surge uma clara motivação para a participação nas licitações prévias. Apenas aquele que apresentar a proposta considerada mais vantajosa terá acesso àquela atividade econômica. Como referido por Floriano Azevedo Marques “*toda concessão cria na esfera de direitos do particular concessionário um direito antes inexistente em sua esfera jurídica, (...) confere a ele uma situação de desigualdade em relação a todos os outros indivíduos*”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 130)

No entanto, segundo afirma George Priest, após empreender amplo exame dos antigos contratos de *franchise*, tal exclusividade não existia, de fato, naquela época e algum tipo de restrição de entrada nos mercados só foi sistematicamente estabelecida no período de regulação por agências, quando se passou a exigir a obtenção de uma licença específica ou certificado para a prestação de determinados serviços. O interesse em firmar os contratos com o ente estatal estava, na verdade, ligado à possibilidade de se valer de uma limitação de sua responsabilidade civil, que podia ser conferida pelos Estados ou em ter acesso a servidões sobre bens particulares — ou até mesmo à sua desapropriação—, para viabilizar a implantação da infraestrutura necessária, o que poderia ser conferido pelos municípios⁵⁶³.

Pode-se concluir, deste modo, que a modalidade de regulação contratual nos Estados Unidos foi abandonada, de um lado, pelo reduzido interesse que provocava nos empreendedores, já que os contratos de *franchise*, em geral, não asseguravam a exclusividade na exploração das atividades e, portanto, não ofereciam às *public utilities* a segurança para a realização dos investimentos necessários. Por outro lado, do ponto de vista do regulador, não disponibilizava mecanismos adequados para o exercício da regulação, mostrando-se o modelo contratual inflexível para as constantes adaptações e modificações que se fazem necessárias em uma relação de longo prazo. A inexistência de mecanismos típicos de um regime contratual público, jamais adotado nos Estados Unidos, foram inviabilizando o uso de contratos tipicamente privados como ferramenta de regulação.

⁵⁶³ “Demsetz presumes that the governmental entity possesses an enforceable legal monopoly over the provision of the service in question which it can delegate unilaterally on terms of its own choice. As we shall see, without legal monopoly, Demsetz’s competitive solution cannot be guaranteed. (...) Given Demsetz’s presumptions, his conclusion that monopolization can be controlled without continuous regulation follows directly. Given the legal regime and property rights structure in force in the nineteenth century, however, an entirely different set of problems of utility control arise that are ignored or would be difficult to manage through Demsetz’s auction proposal. First, during the nineteenth century, there was no inherent legal municipal monopoly of utility services, nor did municipal or state governments generally possess the authority to limit entry. Demsetz’s proposal seems to imagine a municipality with the authority to negotiate terms in return for the unilateral grant of something resembling the modern certificate of public convenience and necessity. But this legal construct postdates the regime of municipal franchises and appears to have been introduced only after establishment of state regulatory commissions. During the nineteenth century, with the exception of services such as the federal post office and money supply, all other American enterprises were available for open entry by any aspiring entrepreneur. Most typically, state governments possessed authority to confer corporate charters, but the corporate charter chiefly provided only benefits of limited corporate liability, not monopoly. Municipal government authority, in contrast, was limited to the regulation of those right-of-way that had been dedicated to the public either through custom or expressly in return for development authorization. Thus, municipal regulatory authority derived solely from jurisdiction over public right-of-way.” (PRIEST, Georg L. The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate. *The Journal of Law & Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 305)

5.1.3. O retorno norte-americano aos contratos (governar por contrato)

Como já restou claro até aqui, não existe no direito norte-americano o conceito de serviço público, como o conhecemos, associado ao fenômeno jurídico da *publicatio*, com a supressão de atividades do domínio da livre iniciativa, sujeitando-as a um regime jurídico de direito público e à titularidade estatal. O que existe na tradição jurídica anglo-saxônica é a admissão de uma regulação mais intensa no caso daquelas atividades que envolvam um especial interesse público (*public utilities*). Não se concebe, em princípio, que tais atividades sejam suprimidas da iniciativa privada. Todas as atividades que tenham potencial de lucro e geração de riqueza são sempre tratadas como atividades privadas, submetidas logicamente à regulação estatal, dotada de uma maior flexibilidade para que seja definido, caso o caso, o grau de intervenção estatal aceitável, conferindo-se maior discricionariedade à atuação das agências reguladoras, as quais não se vinculam a uma relação contratual previamente estabelecida.

Pode-se referir, por exemplo, ao intenso debate que atualmente ocorre em relação aos serviços prestados pelos provedores de internet. Discute-se qual o grau de regulação que pode ser imposto aos provedores em decorrência do princípio de neutralidade da rede. A FCC (*Federal Communications Commission*), que é a agência norte-americana responsável pela regulação dos serviços de telecomunicação adotou, em nome da proteção da neutralidade, disciplina regulatória que veda aos provedores impedir ou restringir o acesso de seus usuários ao conteúdo disponibilizado na internet, a depender de sua origem. A associação representativa das grandes companhias telefônicas, donas da infraestrutura de acesso à rede, propôs, então, ação judicial com o objetivo de afastar essa restrição, a qual foi julgada improcedente pela Corte Federal de Columbia, que manteve o ato regulatório da FCC. Em sua decisão, a Corte considerou que se tratava da regulação de um serviço de telecomunicação (*telecommunications service*) — atribuindo-lhe a natureza de uma *public utility* — e não de um serviço comercial (*commercial service*)⁵⁶⁴, razão pela qual se justificava a intervenção mais intensa.

⁵⁶⁴ É o que se constata do seguinte trecho extraído da decisão, tomada pela maioria de dois julgadores contra um, que reconheceu o caráter eminentemente comercial da atividade: “*The Commission also exercised its statutory authority to forbear from applying many of “Title II’s provisions to broadband service and promulgated five rules to promote internet openness. Three separate groups of petitioners, consisting primarily of broadband providers and their associations, challenge the Order, arguing that the Commission lacks statutory authority to reclassify broadband as a telecommunications service, that even if the Commission has such authority its decision was arbitrary and capricious, that the Commission impermissibly classified mobile broadband as a commercial mobile service, that the Commission impermissibly forbore from certain provisions of Title II, and*

Como se vê, nesse caso, a Corte Federal de Columbia baseou-se na existência de um suposto sistema dicotômico de regulação, nunca admitido pela Suprema Corte, como se demonstrou no capítulo 2 da Parte I. É curioso observar, a esse respeito, que determinados problemas podem se mostrar difíceis de resolver sem o instrumental jurídico disponibilizado pela existência de uma relação contratual entre as partes. Deste modo, o modelo de regulação por agência, sem contratos firmados entre a *public utility* e o poder público, provoca uma lacuna que, por vezes, pode ser difícil de contornar em determinadas situações. Por essa razão, também **já se pretendeu recorrer à figura de um contrato implícito nos Estados Unidos**, sustentando-se que a relação que se estabelece entre a autoridade reguladora e as empresas reguladas é em tudo análoga ao fenômeno contratual, ainda que não exista propriamente um contrato real celebrado entre as partes.

Exemplo emblemático pode ser buscado no setor elétrico dos Estados Unidos, que estava assentado, até a década de 90, em um regime de tarifa regulada, que se baseava na confiança de todos os operadores quanto ao dever do regulador de garantir aos agentes privados a recuperação de todos os seus investimentos que fossem realizados de forma prudente, assim como dos seus custos de capital e de operação. Ocorre que, a partir da década de 90, houve uma decisão no sentido de desregular o setor elétrico naquele país, com o objetivo de introduzir a concorrência, especialmente na atividade de geração. Segundo alegaram à época alguns empresários, que haviam realizado vultosos investimentos em um ambiente regulatório que garantia a exclusividade de fornecimento, a introdução da concorrência tornaria irrecuperáveis os valores investidos. A magnitude dos prejuízos poderia chegar aos US\$ 200 bilhões.

Como já se referiu anteriormente, as *public utilities* nos Estados Unidos desempenham atividades econômicas privadas. Embora submetidas à regulação estatal intensa, não são subtraídas do domínio privado, nem dependem de um contrato firmado com o Estado para desempenharem suas atividades. Neste caso, a doutrina construiu uma teoria, equiparando essa relação de confiança — que era pressuposta entre os investidores e o regulador — a uma

that some of the rules violate the First Amendment. For the reasons set forth in this opinion, we deny the petitions for review.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Corte de Apelação do Distrito de Columbia Circuit, **Case No. 15-1063, United States Telecom Association, et al., Petitioners V. Federal Communications Commission – F.C.C. and United States of America, Respondents and Independent Telephone & Telecommunications Alliance, et al., Interventors**, julgado em 14 de junho de 2016, [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/\\$file/15-1063-1619173.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/$file/15-1063-1619173.pdf), consultado em 4 de julho de 2016.

relação quase-contratual, designada como *regulatory compact*. Embora não se apoiasse em nenhum documento escrito, esse *regulatory compact* poderia ser extraído de acordos informais que se pressupunha existentes entre os diversos agentes⁵⁶⁵, como uma espécie de contrato implícito entre o regulador e o regulado.

Procurava-se assim uma via jurídica que assegurasse a indenização em relação aos custos nos quais haviam incorrido os investidores, que se tornavam irrecuperáveis diante da decisão adotada pelo Estado quanto à desregulação do setor, introduzindo uma até então inexistente concorrência no fornecimento de energia elétrica. Essa visão foi defendida, entre outros, por James Boyd⁵⁶⁶, assim como por William Baumol e Gregory Sidak⁵⁶⁷, para quem o comportamento da regulação anterior, que garantia exclusividade para o fornecimento em áreas específicas, havia criado uma expectativa nos investidores quanto à possibilidade de recuperar seus investimentos de acordo com aquele modelo regulatório vigente. A quebra dessa expectativa seria equivalente a uma violação contratual. Em sentido contrário, Robert Michaels⁵⁶⁸ sustenta que um conjunto de normas regulatórias não poderia ser considerado como um acordo de vontades. Chama a atenção ainda para a natureza cambiável da regulação, tendo o setor elétrico norte-americano, em sua origem, características de extrema competitividade antes da introdução das exclusividades regulatórias.

A referência a essa teoria, que encontrou bastante espaço na ocasião, é um exemplo da relevância da técnica contratual de regulação, inclusive no que se refere à proteção dos investidores, a quem se assegura o respeito da equação econômico-financeira a ser estabelecida em contrato, considerando um prazo a ser previamente estipulado. A ideia dos *implied regulatory contracts* a que se acaba de referir não está relacionada com as possibilidades e limites da prática regulatória pelo Estado, mas antes com a segurança jurídica a ser garantida aos regulados diante da ação do Estado Regulador. A finalidade perseguida com a elaboração da teoria é bem delineada por Pedro Gonçalves⁵⁶⁹:

⁵⁶⁵ BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? **World Bank Working Paper n° 14**. Washington: World Bank, 2003, p. 15.

⁵⁶⁶ BOYD, James. The "Regulatory Compact" and Implicit Contracts: Should Stranded Costs Be Recoverable? *Discussion Paper 97-01, October 1996, Resources for the Future*. Disponível na internet em: <http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-DP-97-01.pdf>, consultado em 4 de julho de 2016.

⁵⁶⁷ BAUMOL, William J. e SIDAK, Gregory. **Transmission pricing and stranded costs in the electric power industry**. Washington: AEI Press, 1995.

⁵⁶⁸ MICHAELS, Robert J. Stranded investments, stranded intellectuals. *Regulation*, n° 1, 1996.

⁵⁶⁹ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011, p. 127 e 128.

O objectivo prosseguido é de, a partir dessa coincidência, remeter para o *direito dos contratos* a resposta para as múltiplas vicissitudes que se suscitam nas relações entre regulador e regulados. O resultado da “leitura contractual” conduzirá à diminuição da *discricionariedade regulatória*, dado que qualquer modificação regulamentar tenderá a ser considerada uma modificação contratual, com as consequências que daí decorrem (reposição do equilíbrio, em caso de aumento dos custos). Por outro lado, defende-se que o “contrato regulatório”, apesar de implícito, é um contrato, e, portanto, deve ser honrado pelo Estado como qualquer outro.

Existem, ainda, modelos alternativos, que se valem dos contratos como instrumento de regulação, sem que necessariamente seja imposta ao particular a condição de firmar um contrato para ter acesso ao desempenho de uma atividade determinada. A contratualização pode ser instituída como uma das alternativas possíveis. Estabelecem-se, em casos como esses, uma negociação que envolve, por parte do ente estatal, a anuência em partilhar com o regulado o seu poder de administrar e regular, o que se dará, provavelmente, diante de certas contrapartidas — pode-se imaginar, por exemplo, que o regulado conquiste o direito de se submeter a uma regulação contratualizada ao atingir determinados parâmetros pré-estabelecidos de excelência quanto ao seu desempenho — e mediante a observância de certas condições a serem observadas. Pedro Gonçalves vê neste sistema um verdadeiro exemplo de autorregulação, ainda que estimulada pelo Estado, uma vez que depende de um prévio consenso a ser construído com o regulado⁵⁷⁰:

Estamos, pois, diante de um fenómeno de contratualização da regulação pública e, portanto, perante a adopção de um modelo de *auto-regulação* — sustentado em contrato — como alternativa (ou em complemento) a um modelo de hetero-regulação — baseado num sistema hierárquico de imposição de normas e actos unilaterais.

Deste modo, restaria ampliada a segurança jurídica dos investidores, que passariam a conhecer as metas e parâmetros de atuação exigidos pelo regulador com maior antecedência e a participar de sua definição. O contrato serve, nesses casos, como instrumento pragmático de autocontenção da discricionariedade, em prol da segurança jurídica e eficiência do setor. É o que se extrai de interessante passagem de relatório produzido pelo Banco Mundial sobre as privatizações no setor elétrico⁵⁷¹:

⁵⁷⁰ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011, p. 130.

⁵⁷¹ “In many developed countries, multi-year price or revenue caps, which are a form of regulation by contract, have become the system of choice in setting retail tariffs both for new regulatory commissions, such as exist in England and Wales and the Netherlands, and old regulatory commissions, such as exist in the United States. It appears that these countries have decided to commit themselves to a multi-year (as opposed to an annual) tariff-setting system because they have concluded that a multi-year tariff system embedded within a formal regulatory contract provides stronger incentives for the regulated enterprise to be efficient. In effect, they have decided to give up regulatory discretion because they expected that they will get more efficient performance from the regulated entity if they commit to a multi-year tariff regime. The U.S. example is particularly interesting because none of the U.S. commissions that chose to adopt multi-year tariff-setting systems were legally obligated to do

Em muitos países desenvolvidos, a fixação de limites de preços ou receitas por vários anos, que é uma forma de regulação por contrato, tornou-se o sistema escolhido na definição de tarifas de varejo tanto por novas comissões regulatórias, como ocorre na Inglaterra, no País de Gales e nos Países Baixos, quanto para antigas comissões regulatórias, como existem nos Estados Unidos. Parece que esses países decidiram comprometer-se com um sistema de definição tarifária de vários anos (em oposição a um ano) porque concluíram que um sistema tarifário de vários anos incorporado dentro de um contrato regulatório formal fornece incentivos mais fortes para que a empresa regulada seja eficiente. Com efeito, decidiram abrir mão da discricionariedade regulatória porque esperavam ter um desempenho mais eficiente da entidade regulada ao se comprometerem com um regime tarifário de vários anos. O exemplo dos EUA é particularmente interessante porque nenhuma das comissões dos EUA que optaram por adotar sistemas de fixação tarifária de vários anos estavam legalmente obrigadas a fazê-lo. Em geral, a maioria das comissões dos EUA tem operado por muitos anos sob leis muito gerais, que simplesmente determinam que as comissões devem estabelecer tarifas "justas e razoáveis" e "não indevidamente discriminatórias". No entanto, algumas comissões dos EUA optaram por restringir sua própria flexibilidade e comprometer-se com um sistema de fixação tarifária de vários anos porque concluíram que esse era um sistema melhor para os consumidores. Isso sugere que um sistema de definição tarifária de vários anos, baseado em desempenho, que é o elemento-chave do contrato regulatório, deve ser a abordagem preferida para regular entidades de distribuição privadas em países em desenvolvimento e desenvolvidos e isso não apenas por um período de transição.

Mais recentemente, a discussão norte-americana do uso dos contratos em matéria regulatória tem se expandido a outros setores além das *public utilities*, como a gestão de escolas públicas ou a manutenção de programas voltados a idosos⁵⁷², que se assemelha ao que no Brasil pode ser viabilizado por meio de uma concessão administrativa ou pela transferência de gestão para uma organização social ou OSCIP, quando o particular não tem finalidade lucrativa.

A incorporação de mecanismos tipicamente contratuais na atividade estatal regulatória exercida nos Estados Unidos, onde o modelo dos contratos de *franchise* para as *public utilities* está superado desde a década de 20 do século passado, é uma clara influência do direito administrativo europeu, de origem francesa. Assim, apesar de as décadas de 80 e 90 terem testemunhado, como já afirmado anteriormente, uma grande influência do direito norte-americano sobre o resto do mundo, tendo havido uma significativa expansão no uso de agências reguladoras para a regulação das atividades econômicas, é digno de nota que a

so. In general, most U.S. commissions have operated for many years under very general laws that simply say that the commissions should set tariffs that are "just and reasonable" and "not unduly discriminatory". Nevertheless, some U.S. commissions have chosen to restrict their own flexibility and commit themselves to a multi-year tariff-setting system because they concluded that it was a better system for consumers. This suggests that a performance-based, multi-year tariff-setting system, the key component of the regulatory contract, should be preferred approach for regulating private distribution entities in developing and developed countries and not just for a transition period." (BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? *World Bank Working Paper n° 14*. Washington: World Bank, 2003, p. 21)

⁵⁷² COOPER, Phillip J. *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*. Washington: CQ Press, 2003.

experiência de regulação por contrato também acabou produzindo alguma influência no direito norte-americano, ainda que em menor escala.

Nesse sentido, deve-se reconhecer que, após a crise dos anos 80 e 90, com os feitos da globalização, a França foi desenvolvendo uma regulação cada vez mais voltada para o fomento e disciplina da iniciativa privada do que para o desempenho direto das atividades econômicas⁵⁷³. A tradição do serviço público francês, visto como verdadeiro elemento de coesão social e territorial, com sua experiência de delegação por meio de diversos modelos contratuais, foi fortemente impactada pelas preocupações de estímulo à concorrência e pela metodologia de regulação por agências, incumbidas de exercer a coordenação entre os interesses públicos e privados, muitas vezes dotadas de independência⁵⁷⁴, em clara absorção do fenômeno da desregulação, originário dos Estados Unidos da América, especialmente impulsionado pelo direito europeu, como visto anteriormente, no subcapítulo 3.4 da Parte I acima.

Em contrapartida, nos Estados Unidos também ganhou força a ideia de mudança de uma lógica de comando para uma lógica de consenso⁵⁷⁵, intensificando-se as relações contratuais entre o Estado e os particulares, inclusive para a realização de atividades normalmente vistas como típicas ações de governo⁵⁷⁶. Já durante o governo Kennedy houve ampla contratação de empresas e também universidades privadas para o desenvolvimento de tecnologias com vista ao estabelecimento do seu arsenal nuclear, incluindo os submarinos nucleares, assim como para atender às diversas demandas originadas pelo grande impulsionamento da indústria espacial, com o envio da primeira missão tripulada à lua⁵⁷⁷.

Essa transferência contratual de funções eminentemente públicas para empresas privadas foi alcançando atividades cada vez mais variadas e muito mais amplas do que as *public utilities*, ou mesmo do que os serviços públicos, na mais larga conceituação francesa. Após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 — quando os Estados Unidos experimentaram um ataque terrorista em seu território, de proporções antes inimagináveis —,

⁵⁷³ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. 2ª ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007, pp. 81 a 83.

⁵⁷⁴ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. 2ª ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007, p. 35.

⁵⁷⁵ COOPER, Phillip. **Governing by contract: challenges and opportunities for public managers**. Washington: CQ Press, 2003, p. 46 e 47.

⁵⁷⁶ “Over the last few years, the United States government has outsourced to private actors a significant portion of its work. (...) Moreover, these contracts increasingly encompass what many consider to be core government functions.” (FREEMAN, Jody e MINOW, Martha. Introduction. In: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 1)

⁵⁷⁷ COOPER, Phillip. **Governing by contract: challenges and opportunities for public managers**. Washington: CQ Press, 2003, p. 41.

a necessidade de demonstrar uma reação rápida e a falta de estrutura da administração pública norte-americana para enfrentar sozinha aquele enorme desafio, foi a grande propulsora de uma fase de intensa contratação de empresas para a realização de tarefas que sempre se imaginou deverem ser restritas a entes estatais, como a identificação de alvos militares, a realização de interrogatório de prisioneiros⁵⁷⁸, o controle de fronteiras, o gerenciamento de operações de inteligência, a análise e controle de acesso sobre informação classificada como sigilosa⁵⁷⁹, além do suporte logístico a operações militares, quando não o desempenho direto de algumas missões específicas e até o gerenciamento de instalações nucleares. As guerras no Afeganistão e no Iraque e o furacão Katrina, que também exigiram providências estatais urgentes e de alta complexidade, igualmente podem ser apontados como molas para uma contratação em massa de empresas, com objetos relacionados ao desempenho de funções estatais típicas⁵⁸⁰.

Como se pode constatar, as tradições do serviço público “à francesa” e da regulação norte-americanas das *public utilities*, acabaram voltando a se aproximar graças aos efeitos da onda neoliberal e da globalização no mundo, nos anos 80 e 90⁵⁸¹: a tradição francesa acabou por incorporar a utilização de agências reguladoras, independentes ou não, como parte de seu arsenal para a regulação dos serviços públicos e os Estados Unidos intensificaram a utilização de instrumentos contratuais para transferir a empresas privadas o encargo de desempenhar

⁵⁷⁸ Kelman justifica essa contratação: “*Take the infamous example of contractors being used for prison interrogation at Abu Ghraib, and consider the Army’s problem. It needed a stable of people fluent in Arabic for questioning prisoners (or translating between interrogator and prisoner). But this need came up suddenly, and it lasted for a limited time. There are countless other languages (Urdu? Spanish? Serbo-Croatian? Chinese?) for which similar demands might unpredictably appear. Surely it doesn’t make sense for the Army to employ stables of language experts to wait around for the time when they might (hypothetically) be needed.*” (KELMAN, Steven J. Achieving contracting goals and recognizing law concerns. In: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 180 e 181)

⁵⁷⁹ Um dos maiores escândalos de vazamento de informações no mundo, ocorreu quando um jovem chamado Edward Snowden resolveu divulgar informações coletadas pela agência de segurança nacional dos Estados Unidos (National Security Agency – NSA), revelando que um sistema de espionagem norte-americano, até então secreto, denominado Xkeyscore, tinha uma enorme capacidade coletar e tratar dados, supervisionando praticamente tudo o que todos os usuários fazem na internet, permitindo assim a espionagem de qualquer indivíduo, inclusive autoridades estrangeiras. Como se sabe, Edward Snowden não era servidor público do governo, mas um empregado de uma empresa terceirizada que havia sido contratada para operar tal sistema e fornecer as informações relevantes para a inteligência norte-americana. A história é retratada no filme “Snowden – herói ou traidor” (*The Snowden files*), dirigido por Oliver Stone e lançado em 2016.

⁵⁸⁰ FREEMAN, Jody e MINOW, Martha. Introduction. In: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 2.

⁵⁸¹ Para uma abordagem mais ampla sobre essa aproximação que se pode constatar recentemente entre os direitos administrativos de base romanística e de *common law*, especialmente, quanto à formação sincrética do direito administrativo brasileiro, que vem colhendo influências desses dois sistemas, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 268, jan-abr 2015.

atividades que lhe cabem. Desse encontro, **acabou surgindo um modelo de regulação contratual, cuja execução frequentemente é conduzida por agências reguladoras**. Esse é claramente o modelo predominante utilizado no Brasil desde a década de 90.

Mesmo após o movimento de afastamento das esferas públicas da execução direta de uma série de tarefas, transferidas para a iniciativa privada, o Estado não abandonou sua responsabilidade em buscar a concretização do interesse público. Como bem apontado por Pedro Gonçalves, “*a privatização não poderia acarretar a abolição dos compromissos essenciais do Estado*”⁵⁸². Sobressaíram-se, então, outros tipos de atividades estatais, voltadas à supervisão do desempenho pelo particular das atividades anteriormente exercidas diretamente pelo Estado. No que se refere a um certo núcleo de atividades, além da mera supervisão, o Estado ainda desempenha um papel de garantidor, não só de que o serviço seja efetivamente disponibilizado aos indivíduos, assim como de que aquele que o oferece atenda a padrões mínimos de performance e qualidade.

Como se viu anteriormente, uma das principais razões que levou a regulação das *public utilities*, nos Estados Unidos, a se afastarem do regime de regulação contratual, passando a adotar a regulação por agências, foi a incompatibilidade afirmada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana entre os mecanismos de alteração unilateral dos contratos e os valores liberais que se extraía da Constituição. Sem que tais mecanismos estivessem à disposição do Estado, o regime contratual se mostrava inflexível e, portanto, indesejável para servir ao propósito de regulação de uma atividade econômica. Outra distinção essencial que se verifica entre os regimes de regulação contratual e simplesmente por agência, diz respeito ao conceito de titularidade estatal dos serviços públicos. O uso dos contratos de concessão traz subjacente a ideia de que o particular, para exercer determinada atividade, depende do estabelecimento de uma relação contratual acordada com o poder público. Sem esse contrato, ele não teria acesso à atividade. De outra forma, dificilmente haveria interesse em contratar.

No Brasil, a contratualização da regulação dos serviços públicos tem sede constitucional, tendo as agências reguladoras sido incorporadas posteriormente ao ordenamento jurídico, em alguns casos por emendas constitucionais, como ocorreu com a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL⁵⁸³ e, na maioria das vezes, por

⁵⁸² GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 159.

⁵⁸³ A Emenda Constitucional nº 08/1995 inseriu no texto do inciso XI do art. 21 da Constituição, a referência à criação de um órgão regulador, ao tratar dos serviços de telecomunicação. No que se refere às atividades

disposições da legislação ordinária. De todo modo, no direito brasileiro há muito se admitem, no que diz respeito aos serviços públicos, tanto o fenômeno da *publicatio* — sendo a assinatura de um contrato com o poder público uma condição para que o particular tenha acesso à prestar determinado serviço — como a existência de um regime jurídico especial incidente sobre esses contratos, de direito público, o qual permite uma série de extravagâncias em comparação ao regime aplicável aos contratos privados, como o poder estatal de alteração e rescisão unilateral. Cumpre, então, antes de tratar mais detidamente das características desse modelo de regulação contratual a prazo fixo, analisar brevemente quais as principais vantagens e desvantagens da sua adoção, o que se fará no capítulo seguinte.

5.2. Vantagens e desvantagens do modelo contratual a prazo fixo

5.2.1. A ótica do Poder Público: *publicatio* e licitações periódicas

Como qualquer outro modelo, o contratual também possui vantagens e desvantagens. Duas de suas principais características são a imposição da estipulação de um prazo fixo para a duração da relação jurídica a se estabelecer entre o concessionário e o poder público — tema que será mais detalhadamente analisado no subcapítulo 5.4 abaixo — e a obrigatoriedade de que a sua assinatura seja precedida de licitação, como expressamente impõe o art. 175 da Constituição. As desvantagens mais evidentes desta temporalidade podem ser apontadas como (i) o possível desestímulo ao investidor de manter a excelência na prestação do serviço, já que, em algum momento, inexoravelmente a relação jurídica que o autoriza a prestá-lo será encerrada, independentemente de sua eficiência; (ii) a existência de incentivos perversos, ao final do prazo contratado, que podem levar a uma acentuada redução dos investimentos na operação e manutenção; (iii) os custos de transação envolvidos na desmobilização de um concessionário em atividade e nos preparativos de uma licitação para uma nova contratação, com o inerente custo de aprendizado do concessionário entrante; sem contar (iv) o risco sempre presente de que o novo concessionário preste um serviço de pior qualidade do que o que vinha sendo desempenhado.

Por outro lado, a imposição da renovação periódica de uma consulta ao mercado impede que a Administração Pública fique refém de um prestador único que, ainda que esteja

relacionadas à exploração de petróleo e gás, objeto de monopólio da União, a Emenda Constitucional nº 09/1995 também fez expressa referência a um órgão regulador, ao alterar a redação do art. 177, §2º, III da Constituição.

se desincumbindo de maneira adequada de suas responsabilidades referentes ao serviço, pode não ser mais capaz de oferecer as condições mais vantajosas disponíveis naquele momento. Do mesmo modo, estabelecer marcos de transição pode permitir ao Poder Concedente uma forma mais barata de remodelar os serviços e introduzir modificações substanciais em sua regulação, sem a necessidade do pagamento de indenização ao concessionário; além de permitir aos demais interessados o acesso à prestação dos serviços, garantindo assim uma isonomia entre os agentes do mercado aptos a desempenhar aquela função. Essa limitação temporal, inerente à regulação contratual, permite, portanto, **manejar o tempo da delegação como um mecanismo para a perseguição das suas finalidades**.

Como menciona Ana Paula de Barcellos, o prazo das concessões é “um dos ativos específicos de que se vale o Poder Público na regulação dos serviços públicos delegados à exploração por particulares”⁵⁸⁴. A fixação do tempo de duração de um período de delegação serve, portanto, a alguns propósitos principais⁵⁸⁵. Não se pode ignorar, no entanto, que há estudos defendendo a **ausência de racionalidade em se interromper um contrato de concessão quando há boa performance do concessionário**, o que representaria um **desestímulo para o investidor**, como já aventado, uma vez que, independentemente de seu desempenho e eficiência, seu negócio estaria inexoravelmente fadado a ser interrompido após um tempo previamente determinado, mesmo que consiga obter grande sucesso e aceitação junto aos usuários. São nesse sentido as considerações de Ashley Brown⁵⁸⁶, em estudo sobre as concessões no setor elétrico no Brasil:

⁵⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

⁵⁸⁵ Sobre vantagens e desvantagens de se proceder a licitações periódicas para as concessões de serviços públicos, especialmente relacionadas a infraestruturas, vide: PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 415 a 422.

⁵⁸⁶ “It is obvious that thoughtful investors will have greater confidence in putting their capital to work in an enterprise whose fate is within their own control. Indeed, it is hard to see why any concessionaire, nearing the end of its concession, would reinvest any money in an enterprise, the concession for which, it has no hope for retaining. Indeed, the clear economic incentives for an investor about to have its concession expire is to reduce not only investment, but also maintenance and operations expenditures and environmental and safety compliance expenses, since there is almost always a time delay between the reduction of expenditures for those activities and the actual appearance of the problems that inevitably follow. Thus, the current concessionaire defers expenses and the next concessionaire is left to deal with the consequences. That almost certainly leads to increasing the costs imposed on the new concessionaire who wither anticipates them by requiring higher payments for its products and services or suffers a revenue shortfall that may lead to further diminution in the quality of service. (...) the automatic expiration of concessions sends a perverse signal to investors, namely that all concessionaires, regardless how well or poorly they perform, will suffer the same fate, namely loss the concession. (...) Their economic incentive is to think about their short-term profitability and loss avoidance, rather than long-term enterprise value, a very dangerous incentive to give to an infrastructure service provider.

É óbvio que os investidores cautelosos terão maior confiança em colocar seu capital para trabalhar em uma empresa cujo destino está sob seu próprio controle. De fato, dificilmente qualquer concessionária, perto do fim de sua concessão, reinvestiria qualquer dinheiro em uma empresa cuja concessão não tenha esperança de reter. De fato, os claros incentivos econômicos para um investidor prestes a ter sua concessão expirada é reduzir não apenas os investimentos, mas também os gastos com manutenção e operações, despesas de conformidade ambiental e de segurança, uma vez que quase sempre há um atraso entre a redução dos gastos para essas atividades e o aparecimento real dos problemas que inevitavelmente se seguem. Assim, a atual concessionária adia as despesas e a próxima concessionária é que deverá lidar com as consequências. Isso quase certamente levará ao aumento dos custos impostos à nova concessionária, que ou os antecipará, exigindo pagamentos mais altos por seus produtos e serviços ou, então, sofrerá um déficit de receita que poderá levar a uma redução adicional na qualidade do serviço. (...) o vencimento automático das concessões envia um sinal perverso aos investidores, ou seja, que todas as concessionárias, independentemente do seu bom ou mal desempenho, sofrerão o mesmo destino, ou seja, perderão a concessão. (...) Seu incentivo econômico é pensar em sua rentabilidade de curto prazo e evitar perdas, em vez de considerar o valor empresarial de longo prazo, um incentivo muito perigoso para dar a um provedor de serviços de infraestrutura. (...) Outro custo relacionado com a rescisão automática das concessões, sem possibilidade de renovação, é que isso dificulta muito a regulação das concessionárias e a imposição de suas obrigações. A razão para isso diz respeito aos incentivos econômicos discutidos acima. A regulação funciona melhor quando as expectativas do Estado estão totalmente alinhadas com os incentivos econômicos proporcionados às concessionárias. Quando as expectativas não se alinham bem com os incentivos, os reguladores devem se tornar mais "mãos na massa", o que significa que eles precisam confiar mais em ferramentas não econômicas, como auditoria, aplicação mais agressiva e maior sensibilidade às reclamações dos consumidores.

O ponto central da crítica da professora de Harvard ao modelo brasileiro a prazo é que essa limitação automática, própria do sistema de concessões, retiraria valor da concessão, tornando-a menos atrativa em face de outras oportunidades de investimento. Obviamente, sua crítica não se aplica aos casos em que o concessionário não apresenta desempenho adequado, demonstra dificuldades de cumprir com suas obrigações, encontra-se inadimplente ou executa de maneira insuficiente suas atividades. Também não se trata aqui dos casos em que há acordo entre as partes para o encerramento do contrato de concessão. Suas observações dizem respeito àquelas situações em que o serviço é prestado de maneira adequada, como expressamente esclarece a autora⁵⁸⁷:

*(...) There is another cost to automatic termination of concessions without possibility of renewal. It makes the regulation of concessionaires and the enforcement of concessions much more difficult. The reason for this relates to the economic incentives discussed above. Regulation works best when the expectations of state are fully aligned with the economic incentives provided to the concessionaires. When the expectations do not align well with the incentives, regulators must become more 'hands on', meaning they need to rely more on non-economic tools such as auditing, more aggressive enforcement, and heightened sensitivity to consumer complaints" (BROWN, Ashley C. Concessions, Markets and Public Policy in the Brazilian Power Sector. **The Electricity Journal**, vol. 25, n. 9, 2012, pp. 71 e 72). Ver também, a esse respeito, OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo**: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, pp. 176 a 188.*

⁵⁸⁷ *"There are several reasons why a concession might be terminated, such as serious financial distress (e.g., bankruptcy), poor performance, mutual agreement of the concessionaire and the granting authority, or the*

Existem várias razões pelas quais uma concessão pode ser rescindida, como a existência de sérios problemas financeiros (por exemplo, falência), o mau desempenho, o mútuo acordo entre a concessionária e a autoridade concedente, ou a constatação de que o serviço prestado não é mais viável.

Outro grave problema apontado em relação à extinção automática dos contratos de concessão, independentemente do desempenho do concessionário, são os **incentivos perversos** que existirão quando for se aproximando o prazo de encerramento do contrato, que impulsionariam o concessionário em sentido contrário ao comportamento desejado pelo Poder Concedente. O encerramento automático da concessão criaria um estímulo para que o concessionário busque o maior incremento possível de sua lucratividade no final do período contratual, já que não haveria mais razão para se preocupar com a satisfação dos usuários, uma vez que em breve não estará mais à frente daquele negócio.

O risco, então, é que, próximo ao termo final do contrato, o concessionário busque reduzir ao máximo os seus investimentos em infraestrutura e mesmo em manutenção⁵⁸⁸, segurança e medidas mitigadoras ambientais, já que os problemas — que muito provavelmente advirão desse comportamento pernicioso — tendem a demorar a aparecer. Assim, os custos provavelmente serão transferidos para o novo concessionário. Essa distorção dos incentivos econômicos, que estimulam comportamentos indesejados, criariam, ainda, embaraços para a própria atuação do regulador, que seria obrigado a lançar mão de instrumentos não-econômicos para combater os efeitos perversos gerados pelos estímulos econômicos equivocados, incrementando, por exemplo, a necessidade de ações de auditoria e fiscalização para a verificação das condições de manutenção e segurança do serviço e a imposição de penalidades, gerando um ambiente conflituoso, exatamente no momento de transição da gestão do serviço.

Devem ser considerados, ainda, os inevitáveis **custos de transação** que sempre estarão envolvidos no encerramento de uma concessão⁵⁸⁹. A Administração Pública deverá

service provided no longer being viable.” (BROWN, Ashley C. Concessions, Markets and Public Policy in the Brazilian Power Sector. **The Electricity Journal**, vol. 25, n. 9, 2012, p. 70)

⁵⁸⁸ “A ideia básica do artigo é a de que um concessionário não possui interesse em fazer investimentos vultosos quando seu contrato de concessão se aproxima de seu término. Perto do final do contrato, um choque positivo de demanda – quando por exemplo se projetou que 100 mil carros passariam por uma rodovia todo mês mas na prática são 200 mil – não induz os investimentos necessários, pois não haveria tempo hábil para o concessionário amortizar o investimento feito.” (MORAIS, Rafael Pinho de. Empurrando concessões com a barriga. In: **Jota**, Brasília: 21 de agosto de 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empurrando-concessoes-com-a-barriga-21082019. Acesso em 8 de novembro de 2019)

⁵⁸⁹ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito

estar preparada para assumir a prestação do serviço, com os custos de aprendizado que necessariamente advirão ou proceder a um novo processo licitatório, que imporá a realização de estudos prévios, os quais são custosos e demorados; a concepção de uma modelagem de delegação, com a elaboração das minutas de edital, contrato, termo de referência e todos os documentos típicos de uma licitação para a concessão de um serviço público; a promoção de audiências ou consultas públicas, geralmente obrigatórias antes deste tipo de contratação e uma série de outras providências que certamente consumirão recursos, mobilizarão pessoal e tomarão muito tempo⁵⁹⁰. De se considerar ainda o fato de que o Poder Concedente enfrentará problemas de assimetria de informação diante de agentes especializados do mercado que possam estar interessados em assumir o serviço. Deve-se reconhecer, por fim, que quando o prestador atual tiver bom histórico de desempenho, não será possível garantir que o novo prestador manterá o mesmo padrão, havendo, portanto, o **risco** de que a licitação tenha como consequência a **degradação da qualidade do serviço prestado**.

Há, por outro lado, a ser considerado, o efeito que a literatura econômica denomina como *hold-up* e ocorre nos casos em que é realizado um investimento que implica em custos irrecuperáveis, como ocorre com as infraestruturas para a prestação de serviços públicos, que estão indissociavelmente conectadas àquela atividade, não existindo nenhuma possibilidade de desviar o seu uso para outras finalidades⁵⁹¹. O **efeito hold-up** geralmente é referido como uma fragilidade relacionada ao concessionário, que investe na implantação de uma infraestrutura, cuja única destinação é a prestação de determinada atividade regulada. Deste modo, qualquer alteração imposta pelo Estado nas regras do jogo pode impactar seriamente o investidor, já que ele não terá a opção de redirecionar o seu investimento para outro uso. No

da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, pp. 125 a 136.

⁵⁹⁰ “(...) ainda que renovar não onere os cofres públicos — inclusive se economizam os gastos de realizar nova licitação — (...)” (MORAIS, Rafael Pinho de. Empurrando concessões com a barriga. In: **Jota**, Brasília: 21 de agosto de 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empurrando-concessoes-com-a-barriga-21082019. Acesso em 8 de novembro de 2019)

⁵⁹¹ “The hold-up problem is a central issue in economic analysis. It arises when one party makes a sunk, relationship-specific investment and then engages in bargaining with an economic trading partner. That partner may be able to appropriate some of the gains from the sunk investment, thus distorting investment incentives, either toward too little investment or toward investments that are less subject to appropriation. Examples include a buyer that requires the seller's facility to market the buyer's products (e.g., a coal mine reliant on the local railroad or a web-based application provider reliant on an Internet service provider), a buyer that must invest in complementary assets to be used in conjunction with the seller's product (e.g., a firm undertaking marketing expenditures or investment in specialized facilities in order to distribute a manufacturer's product), investment in R&D or specialized production assets early on in a procurement process, and private investment subject to later government regulation (e.g., construction of a regulated oil or gas pipeline).” (HERMALIN, Benjamin E. e KATZ, Michael L. Information and the Hold-Up Problem. **The RAND Journal of Economics**, vol. 40, no. 3, 2009, p. 405.)

caso da concessão encerrada, no entanto, o efeito pode ser inverso. Decorrido o prazo estipulado contratualmente, a presunção é de que o concessionário já tenha amortizado completamente o seu investimento, de modo que se estará diante de uma situação em que o Poder Concedente “comprou” aquela infraestrutura, que agora volta ao seu poder. O efeito *hold-up* poderia ocorrer em situações deste tipo se, diante da especialidade desenvolvida pelo concessionário, o Poder Concedente acabasse refém de sua *expertise*, vendo-se obrigado a mantê-lo indefinidamente à frente da gestão do serviço, de modo a evitar os custos de transação e riscos envolvidos na transição para uma nova gestão daquela atividade⁵⁹².

De modo a evitar o efeito *hold-up*, que vem acompanhado, ainda, dos riscos da corrupção e da captura, com o intuito de perenizar a posição ocupada pelo concessionário atual, devem ser considerados também uma série de benefícios descritos na existência de um prazo máximo previamente determinado para as concessões, a partir de quando uma nova licitação se torna obrigatória. Não se ignora que, necessariamente, tais contratos serão de longa duração, em decorrência da necessidade de um período de tempo extenso o suficiente para permitir que o concessionário aufera as receitas adequadas para fazer frente aos investimentos que deverá realizar na concessão. No entanto, como normalmente os serviços públicos impõem restrição de acesso ao desempenho daquela atividade delegada, é desejável que, de tempos em tempos, seja possível **voltar ao mercado em busca de novas propostas**, as quais podem revelar prestadores mais eficientes, soluções inovadoras ou quaisquer outros tipos de vantagens que estejam disponíveis, mas que não estejam sendo oferecidas pelo prestador atual. Para Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim, a licitação é o mecanismo cujos resultados mais se aproximam daqueles obtidos pelo funcionamento livre do mercado⁵⁹³. Segundo César Mattos, lembrando os estudos de Demsetz, a licitação é o mais

⁵⁹² “Nesses casos, em razão da alta complexidade envolvida e da natureza do objeto concedido (muitas vezes, serviços essenciais), o Poder Público pode se ver ‘preso’ ao negócio jurídico, preferindo renegociar com o contratado, ainda que a escolha eficiente pudesse ser a imposição de sanções ou extinção do contrato por eventual descumprimento.” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 135) e “(...) no momento pós-licitação, por vezes é o poder público quem se encontra em uma potencial situação de *hold-up*, a menos que os incentivos corretos tenham sido adequadamente previstos no contrato.” (SAMPAIO, Patrícia e ARAÚJO, Thiago. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (edição especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro, 2014, p. 319)

⁵⁹³ “A licitação é o mecanismo que mais se aproxima de um funcionamento de mercado, pois as licitantes têm liberdade para ofertar seus respectivos preços, ainda que sujeitos a um preço mínimo ou máximo, nos termos do edital. Antes da licitação, podem-se realizar diversos estudos para estimar os custos operacionais e de investimentos, retornos adequados sobre o capital próprio, precificação de riscos, entre outros. A licitação permite aos licitantes revisar as premissas de custos, receitas e retornos, bem como equacionar eventuais diferenças de percepção no âmbito de suas respectivas propostas. Dessa perspectiva, (...) a licitação tende a

eficiente “*mecanismo de revelação da informação sobre o preço ótimo do serviço regulado para o regulador (uma preciosidade em um contexto de assimetria de informação sobre custos)*”⁵⁹⁴.

Como se sabe, a decisão por delegar o serviço para os particulares é motivada normalmente, além da carência de recursos públicos para fazer frente aos investimentos necessários, também pela perspectiva de que na iniciativa privada haverá empresas especializadas, com maior *expertise*, mais conhecimentos específicos e capacidade técnica para encontrar os meios mais eficientes e adequados para o desempenho da atividade. Deve-se reconhecer, portanto, que haverá sempre uma assimetria de informações entre o Poder Concedente e os agentes de mercado, de modo que consultas periódicas aos potenciais interessados em prestar o serviço são desejáveis.

É de se considerar, ainda, que a Administração Pública pode ter interesse em **reordenar o serviço de tempos em tempos**⁵⁹⁵. Para tanto, sempre será possível lançar mão de mecanismos típicos da regulação contratual, como a alteração unilateral dos contratos ou, em casos mais extremos, a encampação. No entanto, no primeiro caso deverá ocorrer a revisão contratual para o seu reequilíbrio econômico-financeiro, o que poderá redundar em aumento de tarifas ou na necessidade de pagamento de uma indenização ao concessionário, se não estiverem disponíveis alternativas mais adequadas. Caso a decisão seja pela encampação, será, então, inevitavelmente devida uma indenização, a ser paga previamente ao encerramento do contrato, além de se fazer necessária a aprovação de lei específica autorizadora, com todo o custo político envolvido⁵⁹⁶. Além disso, é de se considerar o elevado risco de surgimento de litígios, com potencial judicialização e criação de passivos.

gerar melhores resultados que uma negociação direta (sem licitação). É por isso que a licitação é a regra e a negociação direta, a exceção. É conveniente, pois, que, de tempos em tempos, as concessões sejam relicitadas, para que se possa checar sua aderência aos parâmetros de mercado.” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 416 e 417)

⁵⁹⁴ MATTOS, César. Concessões de rodovias e renegociação no Brasil. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 68.

⁵⁹⁵ PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 419 e 420.

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 180.

A previsão de marcos temporais em que se encerra a vigência dos contratos de concessão é, portanto — além de um meio de forçar a Administração Pública a, em algum momento, recorrer ao mercado em busca de soluções mais vantajosas para a prestação dos serviços públicos —, um relevante instrumento à disposição do Poder Concedente para que, se for esse o caso, possa proceder à reformulação do modelo pelo qual os serviços são prestados, sem o risco de oneração dos cofres públicos ou de causar prejuízos aos interesses dos usuários⁵⁹⁷.

A realização periódica de licitações, em que se oferece ao mercado a possibilidade de assumir o desempenho de um serviço público anteriormente prestado por um determinado concessionário, atende, ainda, ao princípio da isonomia, uma vez que, nas palavras de Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim Pinheiro, “*não é juridicamente legítimo que determinados grupos econômicos se apropriem permanentemente de atividades de titularidade estatal*”⁵⁹⁸. Como se sabe, as licitações servem a dois propósitos principais⁵⁹⁹: assegurar o acesso da Administração Pública à proposta mais vantajosa disponível no mercado e, por outro lado, garantir o respeito ao princípio da isonomia⁶⁰⁰, permitindo que todos os interessados tenham acesso a oferecer o fornecimento de bens ou serviços para as compras governamentais. No campo das concessões de serviços públicos, a exigência constitucional expressa de que os contratos sejam precedidos de licitação, também tem esses

⁵⁹⁷ “*De outro lado, manter um vínculo indeterminado impediria que os contratos de concessão fossem, em algum momento, ainda que futuro, disciplinados pelo novo regime jurídico. Daí que a previsão de prazos determinados configura importante marco temporal para adequar as concessões de serviços públicos a eventual novo regime que tenha sido arquitetado no curso de sua vigência.*” (FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 293)

⁵⁹⁸ PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 421.

⁵⁹⁹ “*Dois fundamentos, ambos decorrentes do princípio da concorrência, autorizam essa conclusão: (i) o direito subjetivo dos agentes econômicos no acesso ao mercado público de contratação; (ii) o atendimento do interesse público, pois a eficiência e a economicidade são objetivamente aferíveis no processo de licitação e na escolha dos operadores econômicos.*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 216)

⁶⁰⁰ Apesar de largamente reconhecido pela doutrina o princípio da isonomia das licitações, há autores que chamam a atenção para o fato de que assegurar a igual entre os participantes é um pressuposto das licitações, mas não o seu objetivo, que — não se pode perder de vista — é obter a proposta mais vantajosa para a Administração (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações e contratos administrativos**: Lei nº 8.666, de 21-06-93 (comentada). 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1998, p. 53). Para Luís Roberto Barroso deve-se considerar uma hierarquia entre esses diferentes propósitos, prevalecendo sempre a busca da proposta mais vantajosa, “*para que não se incorra no equívoco de supor que a licitação deve garantir uma isonomia em tese e descontextualizada, em sacrifício do interesse públicos específico que se deseja atender*” (BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro** (edição especial), Rio de Janeiro, p. 198).

objetivos, que somente pode ser garantido com o estabelecimento de um prazo que permita a renovação periódica do processo licitatório.

5.2.2.A ótica do concessionário: equilíbrio econômico-financeiro em contratos incompletos

A contratualização da relação jurídica estabelecida entre o poder público e aquele que recebe a prerrogativa de prestar o serviço público não tem apenas desvantagens para o concessionário. Se é verdade, como se viu acima, que a limitação no tempo de sua atuação pode representar um certo desestímulo pela certeza de que seu vínculo jurídico terá inexoravelmente um fim; por outro lado, é essa relação contratual aprazada que lhe confere segurança por meio da proteção da equação econômico-financeira do contrato que vier a ser assinado⁶⁰¹. É exatamente a fixação de um prazo que assegura ao investidor o estabelecimento de determinadas condições que lhe permitam, segundo as circunstâncias daquele momento, amortizar o seu investimento em um tempo pré-determinado. Caso haja alterações significativas das condições originalmente estabelecidas ou das circunstâncias, que não tenham sido provocadas pelo concessionário nem digam respeito a riscos por ele assumidos, o contrato deverá ser revisto para recobrar o equilíbrio econômico-financeiro original.

Como já se referiu, nos Estados Unidos da América, quando se abandonou a utilização dos contratos de *franchise* na regulação das *public utilities*, o regime de sua exploração passou a estar submetido a um prazo indeterminado, o que pode acarretar um problema quanto à amortização dos investimentos a serem realizados pelos particulares, especialmente quando surge alguma alteração nas condições jurídicas ou fáticas relacionadas à prestação do serviço. Foi o que ocorreu, por exemplo, como já mencionado, por ocasião da desregulação do setor elétrico norte-americano, quando houve um movimento em direção à presunção de um contrato fictício entre regulado e regulador, que deveria ser considerado como implícito, de forma a oferecer segurança jurídica aos investidores em face da alteração abrupta no modelo de regulação do setor, como foi abordado no subcapítulo 5.1.3 acima.

⁶⁰¹ Essa dupla função da determinação de um prazo certo para os contratos de concessão foi bem destacada por Floriano Azevedo Marques: “*O aprazamento cumpre, pois, um duplo papel. Em relação ao Poder Público, o prazo determina o momento em que o objeto será retomado (com ou sem transferência de bens associados à prestação), ensejando a possibilidade de o Estado delegar novamente aos particulares ou decidir que a utilidade será diretamente operada ou explorada. De outro lado, o prazo serve como garantia do particular de que poderá exercer o seu direito relativo ao objeto concedido de modo estável e perene durante aquele interregno contratualmente ajustado.*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 166)

Sem a existência de um contrato a prazo fixo, a regulação da tarifa leva em consideração essencialmente os custos do desempenho da atividade, além de uma taxa de retorno a incidir sobre o investimento ainda não depreciado. Segundo Scott Hempling, há duas principais equações que são utilizadas pelo regulador norte-americano para estabelecer a tarifa nesse caso. A primeira, destinada a aferir a receita anual necessária para cobrir os custos prudentes a serem incorridos para a prestação do serviço, assim como uma taxa justa de retorno sobre o capital investido. A segunda equação considera a projeção quanto às vendas esperadas e obtém a tarifa a ser paga pelos usuários pela divisão da receita necessária pela expectativa de unidades a serem comercializadas⁶⁰². Como se vê, a fórmula não prevê a amortização do investimento em um período determinado, pois não há um prazo pré-estabelecido para que isso ocorra. A amortização do investimento é permitida pela apropriação do resultado obtido pela aplicação da taxa de retorno. Stephen Breyer descreve da seguinte forma a metodologia de fixação das tarifas a partir dos custos (*cost-of-service ratemaking*)⁶⁰³:

Exceto pelos seus objetivos, o sistema de fixação dos preços em função dos custos de serviço é um esforço administrativo para aplicar uma fórmula de preços bastante simples através de uma série de etapas mecânicas. O regulador, ao determinar os preços, prossegue da seguinte forma:

⁶⁰² “The most common method for setting cost-based rates is utility-specific ratemaking, known variously as ‘rate of return regulation’, ‘rate base regulation’, ‘embedded cost regulation’ or ‘revenue requirement regulation’. Using data on the utility’s fixed and variable costs (sometimes historic, sometimes predicted, sometimes both), the regulator sets rates calculated to give the utility a reasonable opportunity to recover its prudent costs and earn a ‘fair’ return on capital invested. Those calculations are based on assumptions about the likely number and type of customers and level of sales.

*Embedded cost ratemaking uses two simple equations. The first equation describes the ‘annual revenue requirement’: the total dollars the utility must receive during a specified future year (called a ‘rate year’) as reasonable compensation for providing obligatory service. If the utility sells enough service to earn those dollars, it can cover its reasonable expenses (e.g., operational expenses, taxes and depreciation) and the interest on its debt and still have enough left for its shareholders to receive a reasonable return on their investment. (...) The second equation converts the revenue requirement the utility needs to receive into the rates customers must pay. The utility receives its revenue because its customers pay for their service. The second equation therefore converts the annual revenue requirement into a rate per unit consumed.” (HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance: The law of market structure, pricing and jurisdiction**. Chicago: American Bar Association, 2013, pp. 217 e 218)*

⁶⁰³ “Except for the objectives of cost-of-service ratemaking, the system is an administrative effort to apply a fairly simple pricing formula through a series of mechanical steps. The regulator, in determining prices, proceeds as follows: 1. He selects a test year for the firm (t). 2. He adds together that year’s operating costs (OC), depreciation (D), and taxes (T). 3. He adds that sum a reasonable profit, determined by multiplying a reasonable rate of return (r) times a rate base (RB), which is determined by taking total historical investment and subtracting total prior depreciation. 4. The total so far equals the firm’s revenue requirement (RR). The regulator now sets prices so that the firm’s gross revenues will equal its revenue requirement. 5. If the firm provides several different classes of service or serves different classes of customers, the regulator may also determine the percentage each will contribute to the total revenue, in effect determining the firm’s ‘rate structure’.” (BREYER, Stephen. **Regulation and its reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 36)

1. Ele seleciona um ano de teste para a empresa (t).
2. Ele soma os custos operacionais (CO) daquele ano, a depreciação (D) e os impostos (T).
3. Ele acrescenta um valor razoável para o lucro, determinado pela multiplicação de uma taxa razoável de retorno (r) vezes uma taxa-base (RB), que é determinada tomando o investimento histórico total e subtraindo a depreciação total anterior.
4. O total até agora equivale à exigência de receita da empresa (RR). O regulador, então, deve definir os preços para que a receita bruta da empresa seja igual à sua exigência de receita.
5. Se a empresa fornecer várias classes diferentes de serviço ou atender diferentes classes de clientes, o regulador também pode determinar com que porcentagem cada uma contribuirá para a receita total, determinando a "estrutura de tarifas" da empresa.

A principal distinção frente a uma regulação que se funda em uma relação contratual pré-existente é que, quando não existe um contrato firmado a prazo fixo, não há uma referência predeterminada de em quanto tempo o investimento deverá ser amortizado. Assim, atribui-se normalmente a uma agência o poder de estabelecer, em cada caso, o valor justo para a tarifa (“*just and reasonable price*”) que levará em conta uma taxa de retorno razoável a incidir sobre os investimentos que ainda não estejam depreciados.

Como se viu, no subcapítulo 2.3 da Parte I desta tese, essa era uma preocupação no momento de transição do modelo contratual para o modelo de regulação por agências nos Estados Unidos, tendo surgido, naquela época, a previsão de **mecanismos de indenização de investimentos não amortizados**⁶⁰⁴ para os casos em que o investidor perdesse o direito de continuar prestando o serviço, por exemplo, por ter tido cassada a sua licença (*license* ou *certificate*), conferida por prazo indeterminado. Estabelecia-se também para as agências a obrigação de manter atualizada a avaliação do ativo das empresas⁶⁰⁵. Como se vê, a

⁶⁰⁴ Referiu-se exemplificativamente à legislação de Wisconsin, que assim dispunha: “*It is provided that only indeterminate permits shall be granted in the future and that a municipality may acquire any utility at any time, by paying therefor the price fixed by the commission.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 634).

⁶⁰⁵ Como relatado nos estudos de John Lapp elaborados naquela fase de transição: “*The Wisconsin law provides for a valuation by the commission of the property of all public utilities. In determining such value, the commission may avail itself of any information in the possession of the State board of assessment. A public hearing shall be held, and upon such hearing the commission shall fix the value and file a statement thereof with the utility and with the clerk of the municipality where it is situated. A re-valuation may be made at any time on the initiative of the commission.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 635); Washington: “*The commission is required to make a physical valuation of properties and cost of reproduction. It is required also to investigate the financial condition of public utilities and pertinent facts concerning their capitalization.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 5, nº 4, nov. 1911, p. 596) e Califórnia: “*The California law authorizes the commission to establish uniform accounting systems and to require depreciation funds and make physical valuations.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 6, nº 4, nov. 1912, p. 577),

preocupação com a garantia de indenização dos investimentos não amortizados das *public utilities* surge nos Estados Unidos, nas primeiras duas décadas do século XX, exatamente quando se abandona o modelo contratual e a exploração das infraestruturas passa a ser dar por prazo indeterminado e sem a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro. A ideia de indenização de investimentos não amortizados se vincula originalmente, portanto, à ausência de um contrato e, conseqüentemente, da proteção de sua equação econômico-financeira.

No Brasil, como, apesar da introdução das agências reguladoras, manteve-se o modelo de regulação contratual, a prestação dos serviços públicos tem assegurada a manutenção do seu equilíbrio, previamente ajustado pelo período de duração do contrato. A adoção da regulação contratual exerce, então, importante função de reforço da segurança jurídica do concessionário, uma vez que os contratos de concessão dos serviços públicos funcionam, de um lado, como veículo de uma regulação fundada no poder conformador do Estado sobre o modo pelo qual os serviços serão prestados e, de outro, como a expressão da garantia assegurada aos concessionários quanto ao equilíbrio econômico-financeiro originalmente avençado. Daí porque revela-se de grande importância a adequada redação das cláusulas que garantem esse equilíbrio, de modo a evitar futuros litígios entre as partes.

Ao contrário do quanto frequentemente afirmado, **o equilíbrio econômico e financeiro da concessão não se dá pela imutabilidade das cláusulas econômico-financeiras**⁶⁰⁶, mas sim pela relação de proporcionalidade⁶⁰⁷ ou, como refere Caio Tácito,

⁶⁰⁶ Não se comunga, nesse sentido, da percepção de que o disposto no art. 58, §1º da Lei nº 8.666/93 seria também aplicável aos contratos de concessão de serviços públicos. Apesar de serem uma espécie de contrato administrativo, os contratos de concessão possuem um regime jurídico especial próprio, que atende a uma lógica própria de relações jurídicas de longo prazo. A prática cotidiana das concessões, por si só, já desmente a existência desse tipo de vedação, pois é comum que a Administração Pública realize alterações unilaterais na estrutura tarifária, por exemplo, institua gratuidades, acrescente ou suprima receitas acessórias ou complementares. Desde que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com as devidas compensações, não haverá violação dos direitos do concessionário, ainda que uma cláusula econômico-financeira tenha sido alterada. O que não pode ser desnaturada ou modificada é a equação econômico-financeira do contrato. Não as suas cláusulas.

⁶⁰⁷ Alexandre Aragão leciona que tanto as cláusulas de serviço quanto às cláusulas financeiras são, por natureza, mutáveis e sujeitas ao *ius variandi*, de modo que “a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si, inclusive as respeitantes à estrutura tarifária, que podem, portanto, ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 263, pp. 35-66, mai./ago. 2013, p. 38) No mesmo sentido, Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Guzella, para quem “a intangibilidade não é individualmente das cláusulas contratuais (mesmo daquelas que contenham expressões econômicas), mas da relação econômico-financeira que por intermédio de tais cláusulas se estabelece no interior do contrato.” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 207)

pelo “valor de relação”⁶⁰⁸ estabelecido entre, de um lado, as condições contratadas que permitem ao concessionário auferir receitas e, de outro, aquelas que lhe impõe custos⁶⁰⁹. Como será tratado à frente, no subcapítulo 5.4, quando forem abordados os critérios para a fixação do prazo das concessões, esse é um dos principais elementos que compõe a equação econômico-financeira a ser preservada, pois o contrato deverá oferecer as condições para que, até o seu encerramento, o concessionário tenha obtido a integral amortização de seus investimentos, além do auferimento de lucro. Uma das funções das cláusulas econômico-financeiras é exatamente assegurar a manutenção desse equilíbrio do contrato original⁶¹⁰, que deve ser preservado durante toda a sua duração e deve ser compreendido como a relação instituída pelo formato original do contrato, entre o potencial de receitas contratualmente autorizado em face dos custos potencialmente impostos⁶¹¹. Isso não quer dizer, por óbvio que as cláusulas econômico-financeiras sejam imutáveis. Ao contrário, elas também poderão ser modificadas e obrigatoriamente devem sê-lo sempre que isso se fizer necessário para recobrar o equilíbrio perdido. Já assim o reconhecia o Min. Aliomar Baleeiro, que expressou essa ideia em seu voto-condutor no *MS 17.957*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1967⁶¹²:

⁶⁰⁸ TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: **Temas de direito público**, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 201.

⁶⁰⁹ “O equilíbrio econômico-financeiro das concessões não é composto por uma singela operação envolvendo encargos e receitas — a exemplo do que ocorre nos tradicionais contratos de empreitada, regidos pela Lei nº 8.666/1993. Nem, tampouco, poderá ser albergado pelos conceitos de ‘áreas ordinárias e extraordinárias’, que devem ser manejadas em face de eventos exógenos ao contrato e ao exercício de prerrogativas publicísticas. Esse conceito envolve um plexo de variáveis — tais como o fluxo de caixa projetado, as variações de receitas, o custo de investimento do capital — que devem observância à base objetiva dessa avença, em atendimento ao disposto no art. 10 da Lei nº 8.987/1995.” (FREITAS, Rafel Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016)

⁶¹⁰ O estudo dos diversos aspectos do equilíbrio econômico-financeiro foi objeto de obra coletiva com contribuições relevantes para o tema: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁶¹¹ Dromi distingue o equilíbrio econômico do equilíbrio financeiro, afirmando que, no que se refere ao equilíbrio econômico, “*el sinalagma convenido debe conciliar los términos de la ecuación, inversión y rentabilidad, procurando el ecuador de la misma: la intangibilidad del precio, entendiendo por tal a la equivalencia entre las prestaciones a las que se obligaron las partes al momento de la firma del contrato [...]*” (DROMI, Roberto. *Ecuaciones de los contratos públicos*. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008, p. 281). Já no que se refere ao equilíbrio financeiro, “*en el contexto del sinalagma contractual, el equilibrio surge de la valoración de la relación entre inversión y rentabilidad, que determine la tasa de retorno de la inversión a realizar en que se expresará la estructura económico-financiera.*” (DROMI, Roberto. *Ecuaciones de los contratos públicos*. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008, p. 306)

⁶¹² BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MS 17957**, Relator Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 06/12/1967, DJ de 23/08/1968.

(...) essa figura da concessão foi de muito favor no século XIX, mas sofreu profunda modificação, sobretudo pela ação do Conselho de Estado e dos administrativistas franceses. Hoje, admite-se que não apenas a parte estatutária dêse ato complexo, misto, duplo, contrato — e — regulamento, possa ser modificado. Também a parte contratual, dado que a empresa tem sempre a garantia da equação financeira.

(...)

Acredito que no serviço público, por meio de regulamento, lei ou contrato, o concedente pode modificar a estrutura do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus às concessionárias.

Ao tratar do assunto em parecer, proferido na qualidade de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Alexandre Aragão afirmou⁶¹³:

É que, ao contrário do que pode parecer, a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si, inclusive as respeitantes à estrutura tarifária, que podem, portanto, ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado (ex.: a tarifa pode ser diminuída, mas o equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade de parte dos bens, o aumento do prazo da delegação, etc.).

Ocorre que, especialmente em nossa sociedade moderna, como bem aponta Zygmunt Bauman, “os tempos são líquidos porque, assim como a água, tudo muda muito rapidamente, de modo que na sociedade contemporânea, nada é feito para durar”⁶¹⁴. A constatação de que vivemos em uma sociedade complexa e imprevisível nos transmite a certeza da incerteza e a convicção de que não se pode esperar que as projeções e estimativas realizadas tanto pelo Poder Concedente como pelos licitantes irão, de fato, se realizar. Se o futuro é sempre algo insondável, o esforço de antecipação do que ocorrerá em mercados econômicos complexos e sofisticados, ainda mais em países emergentes como o Brasil, quase sempre restará frustrado⁶¹⁵. Como é comum afirmar-se, a única certeza que se tem hoje é a de que, no futuro, tudo mudará.

Por essa razão, diante da constatação de que provavelmente as projeções e estimativas não se confirmarão exatamente como previsto, **os contratos de concessão são tipicamente contratos incompletos**. Isso não significa que, diante da impossibilidade de previsão precisa do futuro, qualquer esforço nesse sentido deva ser deixado de lado. É preciso, no entanto,

⁶¹³ RIO DE JANEIRO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado. **Parecer ASA/PSP nº 09/07**, de 02 de julho de 2007. Supervia. Análise de aditamento ao contrato de concessão com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro, a ser criteriosamente aferido pelos órgãos competentes. Processo E-10/304/2007, fl. 181.

⁶¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 13.

⁶¹⁵ “*Em ambientes economicamente dinâmicos e sofisticados, na proximidade de mercados densos e concorrenciais, é de esperar que cresça o número de contratos com cláusulas abertas e com inacabamento deliberado, ‘acordos de princípio’, ‘agreements with open terms’ — deixando soluções para serem encontradas mais tarde, quicá ao sabor da evolução dos contextos e oportunidades, mesmo quando previamente haja o cuidado de se demarcar um núcleo intangível de escolhas possíveis e de escolhas vedadas.*” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007)

ponderar até que ponto devem ser despendidos recursos *ex ante* procurando antever situações insondáveis. Algum esforço de projeção sempre deverá ocorrer, especialmente daqueles dados que se revelem mais essenciais para a modelagem das concessões. No entanto, deve-se reconhecer que não seria racional pretender realizar esse esforço em relação a todo e qualquer aspecto que possa impactar a economia do contrato.

Na verdade, contemporaneamente há uma compreensão de que qualquer contratação será sempre incompleta, tendo em vista a existência de custos de transação que inviabilizam sua completude perfeita⁶¹⁶. Desse modo, ao estabelecer a equação econômico-financeira desses contratos, além da consciência de que as informações em que estão baseados são imprecisas e precisarão ser ajustadas no futuro, há aspectos que sequer são considerados ao se fixar as suas variáveis. Tratando-se os contratos de concessão de serviço público de contratos incompletos, deve-se considerar também que as próprias equações econômico-financeiras neles estabelecidas são igualmente, além de imprecisas, incompletas.

O ideal do contrato completo está vinculado ao modelo clássico da economia em que as transações se realizam sempre entre indivíduos atomizados, que apresentam racionalidade e capacidade cognitivas ilimitadas, movidos pelo interesse de maximizar suas utilidades, para isso efetuando trocas (*tradeoffs*) de produtos indiferenciados, a respeito dos quais ambos possuem informações completas e plena capacidade para processá-las, tudo isso em um mercado perfeito⁶¹⁷, orientado pelo sistema de preços, que incorpora todas as informações necessárias à transação, sem permitir a existência de externalidades desconhecidas⁶¹⁸.

⁶¹⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 197 a 203.

⁶¹⁷ O Supremo Tribunal Federal já abordou esse tema ao julgar a ADIN 4923 em que se discutia a constitucionalidade da Lei nº 12.485/2011, que disciplinou, na setor de telecomunicações, o serviço de acesso condicionado (SeAC), que unificando a disciplina regulatória da TV por assinatura. Naquela ocasião, o Min. Relator Luiz Fux afirmou em seu voto que “o mercado de concorrência perfeita é um tipo ideal de funcionamento dos mercados que supõe, dentre outros aspectos, que todos os agentes econômicos atuantes no setor (consumidores ou fornecedores) são ‘tomadores de preços’ (*price-takers*). Isso significa, segundo Hal Varian, que, sob o ângulo da oferta, ‘cada firma toma o preço como sendo independente de suas próprias ações, embora seja a ação conjunta de todas elas que determine o preço de mercado’. (...) Neste modelo, portanto, inexistente qualquer empresa que detenha poder de mercado, i.e., ostente capacidade de, individualmente, praticar os preços que desejar. O preço de mercado, afirma a literatura especializada, tende então a ser equivalente ao custo marginal de produção. (...) Os economistas apontam que mercados perfeitamente competitivos promovem uma alocação eficiente de recursos escassos (...)”. (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4923**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018)

⁶¹⁸ “Vai longe o tempo onde as transações econômicas caracterizavam-se pelo modelo clássico ideal, composto por agentes atomizados, transacionando produtos indiferenciados, envolvidos em uma transação única de troca pura ou monetária realizada no âmbito de mercado, orientada pelo funcionamento do mecanismo de preços, como sinalizador único para a avaliação da disposição das partes em negociar, sem que houvesse diferenças relevantes no que tange à dominância entre partes que experimentam um equilíbrio recíproco em seu poder de barganha.” (NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**, disponível em <http://anape.org.br/site/wp->

A origem desta ideia está no mito do mercado original, onde a alocação dos recursos se daria de forma eficiente por meio de trocas orientadas pelo sistema de preços descrito por Hayek⁶¹⁹. O preço atribuído a cada bem (valor de troca) seria determinado pelo conjunto das diversas decisões tomadas por cada indivíduo (oferta e demanda). Ocorre, no entanto, que na medida em que os bens produzidos pela sociedade vão se tornando mais complexos, fica mais evidente que há uma multiplicidade de custos em que as empresas incorrem, além do custo associado diretamente à produção do bem ou prestação dos serviços: são os custos de transação⁶²⁰. Ao elaborar seus contratos, as partes também devem, portanto, levar em conta os custos de transação envolvidos na própria contratação, os quais podem ser divididos em custos *ex ante*, relacionados à negociação das condições a serem contratadas e os custos *ex post*, que, em geral, são causados exatamente pelas falhas existentes no desenho contratual e que provocam o aparecimento de inaptações, lacunas ou controvérsias já na fase de execução do objeto contratado, que demandam repactuações ou a utilização de mecanismos de solução de controvérsia, gerando custos não previstos inicialmente.

Assim, toda contratação embute uma decisão tomada pelas partes quanto ao grau ótimo de incompletude a ser admitido em cada caso⁶²¹. Por um lado, não é razoável incorrer

content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em 4 jul. 2016) “*O modelo clássico dos contratos pressupõe que as partes apresentam racionalidade ilimitada e processam de forma ótima todas as informações que recebem. Há, portanto, uma informação livre e plenamente inteligível pelas partes quando da assinatura da avença, o que determina a ausência de dificuldades cognitivas. Além disso, as partes estão preocupadas em maximizar suas funções de utilidade, não preocupadas em trapacear ou levar vantagem de informações privilegiadas. Por fim, na síntese clássica, as trocas são feitas a custo zero, o que impõe uma estrita racionalidade na elaboração contratual.*” (NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/julho, 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em 4 de julho de 2016).

⁶¹⁹ HAYEK, Friedrich A von. The use of knowledge in society. In: *The American Economic Review*, vol. 35, nº 4, set. 1945, pp. 519 a 530.

⁶²⁰ O problema dos custos de transação foi um dos principais aspectos abordados na obra do vencedor do prêmio Nobel de economia em 1991, Ronald Coase, inicialmente em COASE, Ronald. The nature of the firm. In: *Economica*, new series, vol. 4, nº 16, nov. 1937, pp. 386 a 405 e posteriormente desenvolvido em COASE, Ronald. Problem of Social Cost. In: *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, out. 1960, pp. 1 a 44 e COASE, Ronald. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1988. O assunto tornou-se, então, o cerne da preocupação de vários economistas, com a produção de muitos trabalhos de destaque, como os produzidos por WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, nº. 2, out. 1979, pp. 233-261, e mais recentemente se tornou a preocupação de neo-institucionalistas, como em NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 27ª ed, 2015, pp. 27 a 35 e OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 29ª ed, 2011, pp. 38 a 41.

⁶²¹ “*Mas, na busca de um contrato mais completo, o esforço das partes pode ‘esbarrar’ com a necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício: valerá a pena continuar a negociar e a estipular, se porventura para lá de certo limite se torna difícil estabelecer deveres suplementares de forma eficaz — ou seja, obrigações que*

em custos excessivamente elevados para antever toda e qualquer contingência que possa afetar o transcurso da relação contratual, o que, a rigor, nem será completamente possível⁶²². Por outro lado, não é desejável que as omissões incorridas no período de negociação criem impasses durante a fase de execução do contrato, que impeçam seu cumprimento a contento. Como bem adverte Marcos Nóbrega⁶²³:

(...) haverá sempre um *tradeoff* completude versus custos. Dependendo das circunstâncias, valerá a pena deixar um certo grau de incompletude apostando na possibilidade de repactuação mais à frente. Isso parece uma equação simples, mas não é. A correta mensuração desses custos *vis a vis* o grau de completude do contrato repercutirá em toda execução contratual e também determinará os custos de repactuação e do inadimplemento.

Essa realidade é especialmente verdadeira nos contratos de concessão de serviço público. Seu objeto é naturalmente complexo e os seus prazos alongados. A estipulação *ex ante* de todas as circunstâncias que podem vir a afetar a execução contratual é impensável, já que, ao longo de sua duradoura vigência, estão sujeitos a transformações de mercado, assim como ao surgimento de novas tecnologias, que podem ser capazes de alterar a maneira como um determinado serviço é prestado, muitas vezes de modo intenso e impossível de antecipar no momento da sua celebração⁶²⁴. Como bem observado por Tatiana Esteves “*antever o*

ainda sejam supervisionáveis pela contraparte ou sindicáveis por um terceiro?” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148)

⁶²² “*Percebe-se que a elaboração de um “contrato completo” requer das partes uma ampla e perfeita cognição do futuro, a capacidade de acordar em torno de um entendimento comum a ser expresso no tempo presente e a disposição em obrigar-se em torno de inescrutáveis contingências, repartindo riscos e resultados futuros com base em estimativas e expectativas formadas pela investigação do passado.*

Um breve escrutínio mental acerca das transações econômicas realizadas no cotidiano da vida social sugere a inexistência empírica de contratos completos. Quando observamos mais detidamente as transações econômicas mais simples e de pequeno valor (nas quais há uma relação contratual tácita, porém não escrita), aprendemos que sua incompletude intrínseca é suficiente, uma vez que as contingências possíveis e riscos relevantes são diminutos e – uma vez presentes – são equacionados pela cooperação e solidariedade entre as partes.”

(NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**, disponível em http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em 4 jul. 2016)

⁶²³ NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/julho, 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em 4 de julho de 2016, pp. 5 e 6.

⁶²⁴ “*Isto sem embargo de haver um inacabamento involuntário que se prende a condições estruturais, como as de assimetria informativa (que impede as partes de esgotarem o domínio das estipulações possíveis), da insusceptibilidade de supervisão da conduta de uma das partes pela outra (a inobservabilidade), ou da insusceptibilidade de supervisão da conduta de ambas as partes por um terceiro (a inverificabilidade).*”

(ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 151)

futuro no presente com base no passado é um esforço complexo”⁶²⁵, cujo sucesso é praticamente inalcançável.

Rafael Vêras e Leonardo Coelho apontam, ainda, que essa incompletude deliberada dos contratos de concessão é, em certa medida, imposta pelo próprio princípio da atualidade que impõe um “*dever de constante eficiência, que se traduz na busca das técnicas mais atuais disponíveis para o atendimento das finalidades esperadas pela coletividade*”⁶²⁶, o que seria incompatível com uma definição prévia de todas as características do serviço, que pudesse vigorar ao longo de toda a execução contratual⁶²⁷.

Sendo os contratos de concessão normalmente firmados por prazos extensos, não resta alternativa, portanto, que não o reconhecimento dessa incompletude intrínseca. Isso torna desejável a adoção de algumas medidas que possam minimizar seus efeitos nocivos. Nesse sentido, é importante que, diante da impossibilidade de prever todas as circunstâncias que poderão impactar na execução do contrato, procure-se desenhar da melhor maneira possível uma matriz, expressamente incorporada aos contratos de concessão, nas quais haja uma **alocação eficiente dos riscos** tomados por cada uma das partes contratantes, distribuindo-os preferencialmente àquele que tenha maior conhecimento (*know how*) e informações de maior qualidade quanto aos aspectos especificamente relacionados, de modo que possa evitá-los, mitigá-los ou gerenciá-los da melhor forma⁶²⁸. Além disso, deve-se procurar estabelecer uma governança contratual atenta a essas incompletudes, com a incorporação de mecanismos de gestão contratual eficientes, que disponham de procedimentos a serem seguidos quando se

⁶²⁵ NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**, disponível em http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em 4 jul. 2016.

⁶²⁶ FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 286.

⁶²⁷ “(...) o *inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas — é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reacções tutelares adequadas.*” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 151)

⁶²⁸ Maurício Portugal Ribeiro chama a atenção para “o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo Poder Concedente”, apontando as consequências de ineficiência que uma medida deste tipo pode gerar, examinando a respeito os casos dos aeroportos e das rodovias federais. Vide as considerações contidas em: RIBEIRO. Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Consultado em 18 de novembro de 2019, pp. 127 a 155.

revele necessário enfrentar um problema para o qual o contrato não ofereça solução imediata⁶²⁹.

Revela-se útil a esse respeito, lançar mão de instrumentos recomendados pela teoria dos contratos relacionais, que preconiza a necessidade de se manter um constante esforço revisional com uma negociação permanente entre as partes, em um processo periódico de construção de ajustes ao acordo original⁶³⁰. Essa negociação permanente *ex post* e não contenciosa entre as partes permite, inclusive, um ganho de aprendizado, já que os contratantes têm acesso a informações distintas que podem ser relevantes para a execução do contrato e essa interação pode permitir significativos ganhos com o natural intercâmbio de informações que ocorrerá. É o que Marcos Nóbrega chama de princípio da revelação, baseado em mecanismos reveladores de informação⁶³¹. Também Tatiana Esteves, ao cuidar dos contratos incompletos e, mais especificamente, dos contratos de concessão, observa que:

A negociação *ex post* entre as partes não é somente possível, mas desejável – constituindo uma estratégia deliberada de ação de ambas as partes em contratos de longo prazo marcados por algum grau de dependência onde há oportunidade de aprendizado. Acolhe-se uma incompletude permanente do contrato, e a superação das lacunas dá-se, de modo pontual, através de sua revisão e/ou redesenho – resultado de (re)negociações ao longo da execução.

Como aponta Gibbons, do ponto de vista da ciência econômica, uma vez acolhidas as imperfeições que derivam das fontes de incompletude, a relação contratual toma então, não mais a forma de uma curva de contrato neoclássica, mas a forma de um “jogo repetido”, particularmente importante para a modelagem do processo de negociação de um contrato relacional, tal que um contrato de concessão

Esse processo de (re)negociação permanente é muito facilitado pela criação de instituições específicas que possam desempenhar o papel de mediadores. Nos contratos privados de infraestrutura, com alguma frequência são instituídos os chamados *dispute*

⁶²⁹ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, pp. 67 a 75.

⁶³⁰ Fernando Araújo sugere o exemplo do contrato de matrimônio como exemplo de contrato relacional, cuja lógica poderia ser estendida a contratos comerciais de longa duração, que envolvem condições evolutivas ao longo do tempo, as quais não podem ser todas previstas no momento da contratação: “*todas insistem na ideia de que há uma ‘teia normativa informal’ embebida na prática comercial condicionando profundamente as atitudes das partes, tanto na negociação como no cumprimento, isto em especial no sentido mais ‘estrito’ de contrato relacional, que é caracteristicamente a situação de relação longa e evolutiva (pense-se fora do âmbito comercial, no extremamente sugestivo exemplo do matrimônio como contrato).*” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 406)

⁶³¹ Esse tema é tratado no tópico 3.2 de seu artigo já referido: NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/julho, 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em 4 de julho de 2016.

*boards*⁶³² com essa finalidade, cujo papel é exatamente o de prevenir conflitos entre as partes e identificar possíveis inconsistências entre as necessidades de execução do objeto contratual e as disposições do contrato, o mais cedo possível, de modo a encontrar uma solução que atenda da melhor maneira aos interesses em jogo, utilizando-se dos próprios mecanismos internos do contrato e valendo-se da boa-fé e confiança mútua entre as partes.

No caso dos contratos de concessão, as agências reguladoras podem ter a vocação para exercer um papel facilitador nesse cenário de permanente negociação, já que normalmente lhes incumbem funções de regulação técnica e, em geral, estão mais afastadas da influência de interesses políticos de curto-prazo e eleitorais. É preciso considerar ainda a necessidade de instituição de algum tipo de controle sobre o poder estatal, que pode incumbir ao Poder Judiciário ou, em alguns casos, ser reservado a meios alternativos de solução de controvérsias, como a mediação, a arbitragem⁶³³ ou, preventivamente, os próprios mecanismos de *dispute boards* para contratos administrativos.

Quanto à **distribuição dos riscos**, a doutrina tradicional os divide em álea ordinária ou empresarial e álea extraordinária⁶³⁴, identificando-se os do primeiro grupo como aqueles riscos inerentes ao negócio, que devem ser preferencialmente suportados pelo concessionário, cabendo cogitar-se de reequilíbrio econômico-financeiro apenas em relação aos riscos do segundo grupo. A percepção mais moderna, todavia, como se viu, é que essa classificação não é suficiente para resolver os problemas que podem advir no curso da execução do contrato e que o ideal é que o desenho contratual, se não pode ser completo, seja elaborado de modo a estabelecer previamente uma matriz de risco mais detalhada possível e um conjunto de

⁶³² “Uma boa governação dos contratos regulatórios — como de resto de qualquer contrato — é aquela que cria mecanismos eficientes de gestão que previnam o surgimento de litígios. É o que ocorre, por exemplo, com o mecanismo do *dispute board*, cuja lógica consiste em deslocar o foco do conflito para a própria relação contratual, com acompanhamento permanente da sua execução por *experts* de confiança das partes.” (GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, p. 73). Ver também: ROSA, Pécio Thomaz Ferreira. **Os Dispute Boards e os Contratos de Construção**. Disponível em: <http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf>, acessado em 4 de julho de 2016.

⁶³³ Sobre a possibilidade de participação da Administração Pública em arbitragem, atualmente expressamente autorizada pelo disposto no art. 1º, §1º da Lei nº 9.307/96, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 13.129/2015, vide, por todos: LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007 e FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Para a discussão equivalente existente em Portugal: ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.

⁶³⁴ Por todos, com diversificadas referências doutrinárias e jurisprudenciais, ver PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 107 a 119.

procedimentos hábeis a fornecer os parâmetros para distribuir, ainda que *ex post*, as responsabilidades entre as partes por eventos inesperados, com alguma previsibilidade⁶³⁵.

Além disso, tradicionalmente a álea extraordinária é dividida em álea administrativa e álea econômica. Esta última é decorrente de fatores exógenos à relação contratual e inteiramente independente da vontade de qualquer uma das partes. A álea administrativa, no entanto, é diretamente decorrente de ações do Estado, inclusive por meio de atos praticados pelo ente público contratante, em decorrência da relação contratual, como os atos de alteração unilateral do contrato, os quais, como já se viu, são a expressão maior da regulação administrativa contratual. Não se pode aqui, verdadeiramente, encontrar álea, a não ser do ponto de vista do contratado, que não tem nenhuma influência no advento dessas ações. Do ponto de vista do Poder Concedente, no entanto, álea não há. Trata-se de decisões administrativas de conformação do objeto do contrato às transformações sofridas no interesse público, as quais se concretizam por meio de atos de modificação do contrato.

Como já afirmado, o contrato de concessão de serviço público possui duas funções muito específicas: de um lado, serve como garantia contratual oferecida ao concessionário quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da avença estipulada com o Estado, já que sua atividade envolve investimentos vultosos, somente recuperáveis a longo prazo e sujeitos ao já referido efeito *hold-up*, uma vez que grande parte dos custos incorridos somente podem ser recuperados por meio da prestação daqueles serviços, pois os ativos de que se vale não têm viabilidade para outros usos⁶³⁶. Por outro lado, os contratos de concessão possuem uma função regulatória, oferecendo ao Poder Concedente instrumentos adicionais ao tradicional uso do poder de polícia para a regulação das atividades econômicas. Afinal, quando se trata de serviço público, o poder público não realiza uma intervenção em domínio de titularidade

⁶³⁵ Diante dessa maior liberdade que se tem admitido contemporaneamente quanto à divisão dos riscos nos contratos de concessão, surge uma interessante discussão quanto aos limites de endividamento do Estado. Assim, caso o Poder Concedente assumira riscos que normalmente não lhe caberiam em contratos de concessão de serviço público, isso pode equivaler a um aumento do endividamento público. Tratando dessa questão, Rafael Fernández Acevedo refere à Decisão 18/2004 da Eurostat (a agência de estatística da União Europeia), segundo a qual “*para que los activos incluidos en una asociación público-privada puedan contabilizarse fuera del balance de las Administraciones públicas es preciso que se cumplan dos criterios acumulativos: que el socio privado asuma el riesgo de construcción y que asuma al menos, bien el riesgo de disponibilidad o el de demanda.*” (ACEVEDO, Rafael Fernández. *Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional*. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 256)

⁶³⁶ SANTANA, Edvaldo Alves de. **Instituições, Governança Econômica e Incompletude dos Contratos: Teoria e Prática**. Disponível na internet em: https://www.gwu.edu/~clai/recent_events/2007/Edvaldo_Santana_Paper.pdf. Acesso em 4 de julho de 2016. Vide também as considerações de Fernando Araújo em: ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 642 a 647.

privada. O Estado, nestes casos, não é terceiro. A regulação administrativa dos serviços públicos se destina a garantir que a missão que lhe foi atribuída pela lei e que decidiu delegar será desempenhada a contento.

A utilização do modelo contratual de regulação, portanto, tem o potencial de criar para o concessionário um ambiente de maior segurança jurídica para a realização dos investimentos necessários, já que a atuação do ente regulador estará condicionada aos termos do contrato previamente firmado, e especialmente à sua equação econômico-financeira. Assim, se os poderes do ente regulador podem ser ampliados pela alternativa contratual para a instituição de novas obrigações ao particular — normalmente submetidas ao princípio da legalidade, mas nesses casos viáveis, por exemplo, por alterações unilaterais do contrato —, qualquer alteração regulatória, ou mesmo das circunstâncias de fato não associadas a riscos por ele assumidos, que venha a alterar o equilíbrio contratualmente estabelecido, deverá ser objeto de uma revisão das condições contratuais, de modo a reequilibrar a relação, segundo os parâmetros a serem buscados no próprio contrato.

É importante consignar por fim que, tendo em vista a importância de que se revestem os contratos para a regulação dos serviços públicos, mostra-se de grande relevância a sua cuidadosa elaboração, de modo a perseguir a sua completude possível, que assegure a melhor qualidade para a execução contratual. Apesar de ainda se manter relevante a classificação dos riscos acima referida, atribuindo-se os riscos empresariais aos concessionários e os extraordinários ao Poder Concedente, cada vez mais tem sido preconizada a importância de que os contratos procurem estabelecer uma repartição de riscos mais clara e detalhada entre as partes⁶³⁷, buscando distribuí-los de maneira racional e eficiente⁶³⁸. Como ocorre em qualquer tipo de contratação, o ideal é que seja adequadamente instituída uma matriz de risco clara e estabelecido o tratamento que as partes devem dar a eventos aleatórios e fora de seu controle⁶³⁹.

⁶³⁷ “Observe-se que, diante desse contexto muito complexo, a teoria das áleas ordinária e extraordinária apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público. (...) trata o risco somente pelo seu aspecto ‘profilático’. Melhor dizendo, dá-se teoricamente solução para prejuízos já existentes e contabilizados. Não há, de parte dessa teoria, preocupação com a formulação de soluções que previnam o prejuízo.” (PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 115).

⁶³⁸ ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles e GABARDO, Emerson (coords.). **Direito da Infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 115 a 121.

⁶³⁹ “(...) com o advento da regulamentação das parcerias público-privadas no direito brasileiro, surge uma nova possibilidade de engenharia contratual: a alocação dos riscos feita de maneira prévia, no próprio contrato administrativo.” (ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia

Os contratos de concessão funcionam como um poderoso instrumento de regulação e, nesse sentido, é importante que sua redação seja cuidadosa e clara quanto aos padrões de conformação do serviço, metas de qualidade a serem atingidas, parâmetros e requisitos a serem observados e institua os mecanismos e procedimentos adequados para o exercício dos poderes regulatórios que passarão a ser desempenhados por todos os entes envolvidos, especialmente naqueles casos em que o poder concedente político for exercido de modo apartado do poder concedente regulador. Quanto mais aperfeiçoada for a redação contratual, maior será a segurança jurídica oferecida aos interessados que, assim, poderão oferecer as propostas mais vantajosas. Poder-se-á esperar, ainda, nesses casos, conflitos menos frequentes entre concessionário e regulador, a serem gerenciados durante a execução do contrato.

5.3. O modelo de regulação com contrato a prazo fixo

5.3.1. A opção pela regulação contratual (com ou sem concorrência)

Como se demonstrou no capítulo 4 da Parte I desta tese, a Constituição brasileira é bastante flexível e confere ao legislador ordinário um amplo leque de opções para a regulação das atividades econômicas. À parte os monopólios, que devem estar expressamente previstos no texto constitucional, a regra estabelecida pela Constituição é a da livre iniciativa e liberdade de empresa, na forma dos artigos 170, parágrafo único e 173 da Constituição. Há, no entanto, a possibilidade, prevista no art. 175, de que o legislador venha a qualificar certas atividades como serviços públicos, o que importará em retirá-las do domínio da livre iniciativa, submetendo-as a uma regulação contratual de performance. Raras são as atividades qualificadas diretamente pelo texto constitucional como serviços públicos, como ocorre com o serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X da Constituição) ou com a distribuição de gás canalizado (art. 25, §2º), de modo que, em geral, cabe ao legislador tomar essa decisão. No caso específico das atividades elencadas nos incisos XI e XII do art. 21, a Constituição impõe ao legislador, caso não opte por qualificá-las como serviços públicos, o exercício do poder de polícia na modalidade de consentimento, instituindo a necessidade de uma autorização administrativa prévia para que a atividade possa ser exercida.

ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. *In*: GONÇALVES, Guilherme de Salles e GABARDO, Emerson (coords.). **Direito da Infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 126). No mesmo sentido: PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 129 a 133.

Deste modo, pode-se afirmar que as atividades econômicas poderão ser reguladas segundo dois modelos principais: ou como atividades privadas, livremente exercidas e submetidas a uma regulação de proteção, baseada exclusivamente no poder de polícia do Estado; ou como serviços públicos, sob a titularidade estatal, que implica no afastamento da regra de isonomia competitiva e impõe uma regulação de performance, por meio da assinatura dos contratos de concessão ou permissão, que, por vezes, é a única forma de acesso ao mercado. Podem-se vislumbrar, então, as seguintes situações: (i) atividade econômica privada de livre exercício independente de autorização; (ii) atividade econômica privada sujeita à prévia autorização (atividade de utilidade pública); (iii) atividade econômica privada monopolizada ou (iv) serviço público.

Inicialmente, portanto, é preciso reconhecer que, em geral, a Constituição não impõe a nenhuma atividade específica uma regulação contratual, como serviço público. Trata-se normalmente de uma opção exercida pelo Poder Legislativo do ente ao qual incumbe cada serviço. Assim, quando se entender inconveniente a utilização da regulação por meio de contratos a prazo certo, basta que o legislador opte pelo modelo de regulação de atividades privadas. Há, no entanto, como se viu acima, diversas vantagens em adotar o modelo contratual. Os contratos de concessão de serviço público, portanto, se revelam como um instrumento, à disposição do legislador quando essa estratégia de regulação lhe parecer a mais adequada para certas atividades consideradas especiais.

Muitas vezes, trata-se de atividades cuja prestação depende de uma infraestrutura de alto custo de instalação, o que costuma fazer com que a sua exploração se dê em regime de monopólio natural, diante das grandes e frequentemente intransponíveis barreiras a entrantes, já que os custos de entrada são muito elevados e os custos marginais muito reduzidos, tornando mais eficiente a exploração por um único prestador⁶⁴⁰. Deve-se ressaltar, no entanto, que não são apenas os serviços dependentes da instalação de infraestrutura que se configuram como serviços públicos no Brasil. A estratégia de regulação por contrato pode ser utilizada sempre que o poder público tenha a intenção de desempenhar um controle mais rigoroso sobre determinados aspectos de uma certa atividade econômica, destacando-se o controle quanto às **condições de acesso ao serviço**, impondo regras de universalização e não discriminação; quanto às **condições de qualidade na prestação do serviço**, impondo a observância de metas a serem alcançadas e parâmetros a serem respeitados, assegurando, por exemplo, a

⁶⁴⁰ PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. *In*: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 416.

continuidade da prestação dos serviços e, por fim, quanto ao **preço praticado**, controlando as tarifas a serem cobradas dos usuários. Nesses casos, em que se pretende regular a performance, impõe-se a opção pelo modelo de regulação contratual.

Ao tratar das razões que, tradicionalmente, podem levar o Poder Legislativo a optar pela regulação contratual, qualificando uma determinada atividade como serviço público, Alexandre Aragão⁶⁴¹ tece as considerações:

As razões — ideológicas, técnicas e econômicas — para esse estado de coisas foram, basicamente, de duas ordens: (a) a circunstância de os serviços públicos constituírem, inclusive por razões tecnológicas, monopólios naturais, de forma que a presença de mais de um prestador fosse tecnicamente impossível, economicamente inviável ou pelo menos inconveniente diante dos interesses públicos curados, como o que se daria, por exemplo, se a existência de mais de um prestador, ao invés de diminuir os preços, os aumentasse em função da menor economia de escala; (b) a concepção de que essas atividades, ainda que possuíssem conteúdo econômico, não poderiam, em face do estreito liame com os direitos fundamentais e com a solidariedade social, ser submetidas à lógica do lucro e do mercado.

Deve-se levar em conta, entretanto, que mesmo quando regula atividades econômicas privadas, o Estado também pode disciplinar diversos de seus aspectos. Há uma corrente do pensamento econômico — recentemente incorporada em voto apresentado pelo Min. Luiz Fux, como relator do acórdão proferido no julgamento da *ADIN n° 4.923*⁶⁴² — que defende, nos casos em que a competição é possível, o mínimo de intervenção estatal, que deveria se

⁶⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 390. O autor oferece, ainda, às páginas 398 a 401, uma série de “*fatores de cautela na concorrencialização dos serviços públicos*”, os quais justificam, na verdade, a supressão de certas atividades do ambiente de livre iniciativa e liberdade empresarial, submetendo-as a um regime jurídico de direito público e a uma regulação de performance. Menciona, entre outros fatores, a assimetria de informações entre os prestadores de serviço e seus usuários, ou até mesmo órgãos reguladores, a necessidade de coibir o efeito de “*cream skimming*”, do qual já se tratou na Parte I desta tese, em que agentes econômicos buscam explorar ao máximo as fatias mais lucrativas do mercado, deixando de atender segmento menos lucrativo, que foi um dos fundamentos usados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n° 46, que tratou dos serviços postais e a dispersão de informações, típica de quando há muitos agentes atuando no mesmo mercado, que pode comprometer a eficiência e fragmentá-lo, provocando externalidades negativas como a proliferação de padrões técnicos incompatíveis entre si.

⁶⁴² “*Essa distorção alocativa gerada pelos monopólios e oligopólios explica por que se costuma rotulá-los como falhas de mercado, a ensejar intervenção do Estado de modo a preservar e promover condições de livre e hígida concorrência, próximas do modelo de competição perfeita. Tradicionalmente, essa intervenção estatal manifesta-se em duas dimensões distintas, embora complementares. Para os mercados em que a competição entre empresas seja possível, o direito antitruste é responsável por prevenir a formação de estruturas conducentes à concentração do poder econômico, bem como reprimir condutas comerciais sintomáticas desse fenômeno. Para os mercados em que a competição é (tecnicamente) inviável, como nos casos de alguns serviços públicos (public utilities) caracterizados, via de regra, como monopólios naturais, caberia ao Estado regular variáveis centrais para a prestação do serviço ou produção do bem, tais como condições de entrada e saída do mercado, padrões de qualidade e níveis adequados de informação, além de limites de preço. (cf. KAHN, Alfred. *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1988, p. 1-3; e BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; e LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012, p. 15-17.)*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADIN 4.923**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018)

restringir ao direito antitruste. No Brasil, contudo, a prática regulatória em relação às mais variadas atividades privadas está bastante incorporada em nossas tradições jurídicas. No exercício do poder de polícia é comum, por exemplo, que se estabeleçam padrões mínimos de segurança. Nesse caso, no entanto, a atuação estatal visa a resguardar, essencialmente, a saúde e a segurança do consumidor, havendo precedentes que admitem inclusive algum tipo de interferência relacionada à regulação das condições de acesso e ao controle de preços⁶⁴³. Já no que se refere aos serviços públicos, o Estado tem uma incumbência, que lhe é constitucionalmente atribuída, de garantir aos cidadãos que aqueles serviços lhes sejam disponibilizados com qualidade e amplo acesso. Deste modo, a Administração Pública assume, nesses casos, um grande protagonismo, já que, ao se revestir da posição de Poder Concedente, passa a gerir um contrato firmado com o concessionário, que se torna um

⁶⁴³ As atividades econômicas privadas, não qualificadas como serviço público, são titularizadas pela iniciativa privada, na forma prevista pelo art. 173 da Constituição e a elas se aplicam os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, a que alude o art. 170 do texto constitucional. Desta forma, em princípio, não seria possível ao Estado, nesses casos, exercer controle de preços máximos ou mínimos. No entanto, o art. 6º da Lei Delegada nº 04/1962 — só muito recentemente revogada pela Medida Provisória nº 881/2019 — previa hipóteses de tabelamento de preços, largamente utilizadas na década de 80, no governo Sarney, ainda sob a égide do texto constitucional anteriormente vigente, com as famosas tabelas de preços da extinta SUNAB. A venda acima dos preços tabelados pela Administração Pública é, inclusive, tipificada como crime pelo art. 2º, VI da Lei nº 1.521/1951. Outro exemplo relevante é o da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED que, por força do que dispõem os arts. 6º, II a V e 7º da Lei nº 10.742/2003, estabelece tabela de preços máximos para os medicamentos a serem comercializados no Brasil, mesmo sendo a produção e comercialização de medicamentos atividades econômicas privadas. Mais recentemente, foi publicada a Resolução ANTT nº 5.820/2018, com base na Lei nº 13.703/2018, que estabeleceu tabela de preços mínimos a serem cobrados pelo serviço de frete, instituindo uma “*Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas*”. A constitucionalidade dessa iniciativa se encontra pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade nºs 5.956 e 5.959, tendo sido suspensas as decisões proferidas por tribunais inferiores que haviam afastado a aplicabilidade da referida resolução, assim como a tramitação de todos os processos que versam sobre a constitucionalidade da Lei nº 13.703/2018 e da Resolução ANTT nº 5.820/2018 (Supremo Tribunal Federal. **ADI 5956**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 07/02/2019, DJe-028, divulgado em 11/02/2019 e publicado em 12/02/2019). De se recordar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar outro caso, manteve a decisão da corte de origem que havia decidido que a tabela de valores mínimos da Associação Médica Brasileira visa “*tão somente, impedir a desvalorização do trabalho dos profissionais envolvidos na prestação de serviços médicos e laboratoriais (...) não havendo, portanto, a padronização de preços que caracterizaria o cartel*” (Supremo Tribunal Federal. **RE 630256 AgR**, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, DJe-118, divulgado em 18/06/2015 e publicado em 19/06/2015). Esse não é, contudo, o objeto da presente tese e não se pretende discorrer sobre o assunto. Parece-nos, de todo modo, que o modelo regulatório adequado para exercer controle de preços é a regulação contratual dos serviços públicos, na qual o Poder Concedente pode se comprometer com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato a ser firmado com o concessionário, permitindo assim que interfira ativamente na definição das tarifas a serem cobradas dos usuários. Para esse desiderato, a Constituição previu, em seu art. 175, a necessidade de qualificação por lei da atividade como serviço público, submetendo-a a um regime jurídico de direito público. Nesse sentido parece apontar a Medida Provisória nº 881/2019, conhecida como a MP da liberdade econômica, que estabelece em seu art. 3º, III, o direito de “*não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente*”.

importante instrumento jurídico para a conformação da atividade e do comportamento do concessionário.

Há, nesses casos, uma regulação da performance, cuja **finalidade** não é apenas proteger terceiros, mas conformar a atividade (titularizada pelo Estado) ao planejamento estatal. Ao contrário do exercício do poder de polícia, em que a restrição da liberdade do indivíduo sempre dependerá de previsão legal, a regulação contratual permite que a Administração Pública maneje também os mecanismos de alteração unilateral dos contratos, quando houver necessidade. A principal característica da regulação contratual, portanto, é exatamente a existência de um contrato a ser firmado com a Administração Pública, cuja principal finalidade é transferir a um particular um privilégio de acesso a uma atividade ou alguma de suas características que, de outra forma, não poderia exercer. Tendo sido qualificada como serviço público, sua titularidade se transfere para o poder público, deixando de lhe ser aplicável o regime da livre iniciativa do art. 173 da Constituição, com imposição de isonomia competitiva, passando a se submeter a um regime jurídico de direito público, que se baseia em um contrato. O art. 175 admite essencialmente dois tipos de contrato: as concessões ou permissões de serviço público.

Assim, ainda quando o legislador tenha optado pelo modelo de serviços públicos, será possível se valer dos **contratos de permissão** naquelas hipóteses em que não houver interesse em firmar contratos de longa duração ou assumir compromissos relevantes vinculados a prazos. Tradicionalmente, as permissões são concebidas como atos administrativos precários⁶⁴⁴. No entanto, após a promulgação da Constituição de 1988, assim como a concessão, a permissão também teve a sua natureza contratual determinada pelo inciso I do parágrafo único do art. 175, que mencionou o “*caráter especial de seu contrato*” ao se referir a ambos os instrumentos⁶⁴⁵. A Lei nº 8.987/95, ao tratar do instituto da permissão nos arts. 2º,

⁶⁴⁴ “Tradicionalmente, afirmava-se que a permissão consiste em ato unilateral, precário e revogável a qualquer tempo, praticado no desempenho de competência discricionária. Já a concessão seria ato bilateral, gerando direitos e obrigações a ambas as partes.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 658) No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 313, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 494, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 715 e segs e ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013, p. 458.

⁶⁴⁵ “Mas todas as discussões acerca da precariedade e da estabilidade da permissão de serviços públicos perderam, em grande parte, seu sentido após a promulgação da Constituição de 1988, porque referido diploma, no inciso I do parágrafo único de seu artigo 175, expressamente determinou o caráter contratual (não unilateral e precário, portanto) e a necessidade de prévia licitação à outorga (afastando a discricionariedade) da permissão, o que foi integralmente refletido no art. 40 da Lei nº 8.987/95, o qual equiparou as concessões às permissões.” (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 304 e 305)

IV e 40, como não poderia deixar de ser, reconheceu sua natureza contratual, imposta pelo texto constitucional; mas, curiosamente, manteve a referência à sua precariedade, tendo admitido também que o respectivo contrato seja celebrado com pessoas físicas.

Tem prevalecido, assim, na doutrina, o entendimento de que devem ser reservados os contratos de permissão de serviços públicos àqueles casos em que não se exija do delegatário a realização de investimentos relevantes, como os que envolvem a instalação de infraestrutura ou a realização de obras civis. Deve-se lançar mão, portanto, desses contratos simplificados em situações nas quais o delegatário não assuma ônus significativos, fazendo com que não seja necessário assegurar ao permissionário um prazo mínimo para a exploração do serviço⁶⁴⁶. A ausência de investimentos de grande vulto a serem amortizados é que justificaria a natureza precária do contrato, assim como uma informalidade maior de que se reveste a relação jurídica formada entre as partes, que seria alcançada, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁴⁷, quando:

- a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço;
- b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade de serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada

Essa caracterização que se tem dado aos contratos de permissão de serviço público no Brasil se aproxima muito do contrato de *affermage* do direito francês, em que o delegatário recebe do Poder Concedente uma infraestrutura já pronta e os equipamentos necessários para a prestação do serviço, cabendo-lhe arcar apenas com os custos de operação e manutenção⁶⁴⁸ que, normalmente se amortizam na medida em que os serviços vão sendo prestados e as tarifas arrecadadas, fazendo com que inexista, nesses casos, o descolamento, típico das concessões de serviço público, entre os fluxos de receitas e despesas. Como bem alerta

⁶⁴⁶ Floriano Azevedo Marques sustenta que os contratos de permissão de serviço público sequer precisam ter prazo certo, caracterizando-se pela precariedade: “A permissão não carece ter prazo certo (embora possa tê-lo como prazo máximo), as, por outro lado, caracteriza-se pela precariedade, vale dizer, pela ausência de garantia estável de duração.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 170)

⁶⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 716.

⁶⁴⁸ “L’*affermage* est le contrat par lequel une personne publique va confier à une personne publique ou privée, dénommé le fermier, la gestion d’un service public, en se rémunérant par des redevances sur les usagers. (...) L’*affermage* est un contrat proche de la concession, mais dans lequel le cocontractant n’a pas de frais de premier établissement. Le fermier ne fait que gérer un service car les équipements, supports du service public, étant déjà construits.” (BENCHENDIKH, François. **L’essentiel de la délégation de service public**. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2014, p. 43)

Marçal Justen Filho⁶⁴⁹, quando a Administração Pública pretende se valer desse instrumento, como forma de simplificação da contratação e redução de suas responsabilidades, mas institui para o permissionário obrigações típicas de um contrato de concessão, com imposições de investimentos e estabelecimento de prazos para a sua amortização, tais permissões, independentemente da denominação utilizada, se apresentarão como verdadeiros contratos de concessão, devendo se lhes aplicar, portanto, o mesmo regime jurídico.

É importante, ainda, ter em mente, que, no direito comparado, o modelo contratual não é o único a incidir sobre atividades que tipicamente se apresentam como serviços públicos. Nos Estados Unidos, como se viu na Parte I desta tese, tal modelo foi abandonado para as *public utilities* (cujas atividades são em grande parte coincidentes com aquelas que se costuma qualificar como serviços públicos, especialmente os que se valem de infraestruturas pesadas para a sua prestação), as quais passaram a ser reguladas, a partir do início do século XX, por um modelo de agências reguladoras discricionárias. Mesmo em países que adotam a regulação contratual, é possível uma mescla com outros modelos. Na França, por exemplo, se admite a delegação não contratual de serviços públicos, realizada por meio de atos administrativos unilaterais, ou mesmo por força de lei ou regulamento⁶⁵⁰.

No Brasil, como se viu, caberá ao legislador qualificar ou não uma atividade como serviço público, excepcionando-a do regime de livre iniciativa, que é a regra. A regulação contratual a prazo certo ocorrerá, portanto, apenas quando o legislador expressamente assim o determinar. Ainda assim, é preciso considerar que, mesmo nesses casos, o fato de uma atividade ter sido prevista, legal ou constitucionalmente, como serviço público, não a torna, de *per se*, uma atividade interdita à atuação dos particulares. Na verdade, o art. 16 da Lei nº 8.987/95, ao contrário, indica que a delegação de serviços públicos só deve ter caráter exclusivo quando houver “*inviabilidade técnica ou econômica justificada*”⁶⁵¹. Essa redação reflete a tendência atual, verificada não só no Brasil, mas em grande parte do mundo, de privilegiar ao máximo os arranjos competitivos para a realização das atividades econômicas

⁶⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 659. Também tratando desse uso abusivo das permissões e a sua contribuição para a distorção da própria compreensão quanto ao seu regime próprio: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 715 a 726.

⁶⁵⁰ “*Le contrat n’est pas le seul mode de dévolution du service public à un tiers. En effet, l’administration habilite parfois unilatéralement des personnes, publiques ou privées, à gérer une activité de service public.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 475). No mesmo sentido, vide GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 639 a 644.

⁶⁵¹ Lei nº 8.987/1995: “Art. 16 A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5ª desta Lei.”

em geral, “*propugnando-se que, senão em todas, pelo menos em muitas das atividades até então submetidas ao regime de serviço público, a instalação da concorrência (...) fosse, não apenas possível, mas mesmo aconselhável*”⁶⁵².

Além da mera despublicização, com a transferência à iniciativa privada de atividades que anteriormente eram prestadas como serviços públicos, vários têm sido os mecanismos regulatórios utilizados para propiciar a concorrência, mesmo em relação a atividades que continuem sendo exercidas como serviços públicos, sujeitas, portanto, a um regime jurídico de direito público. Pode-se referir, por exemplo, à desvinculação entre a gestão das infraestruturas de rede e a operação dos serviços que dela se utilizam, combinada com a implantação de regras de livre acesso — inspiradas em teorias como a da *essencial facility doctrine*⁶⁵³ —, de modo a permitir a competição entre operadores, mesmo que a infraestrutura mantenha uma gestão unificada; a adoção do regime de liberdade tarifária vigiada⁶⁵⁴ para as concessionárias de serviço público, como previsto no art. 104 da Lei nº 9.472/97 em relação ao serviço de telefonia fixa e no art. 193 da Lei nº 7.565/86 para os serviços públicos de transporte aéreo ou com fixação de limites máximos a serem cobrados do usuário (*price cap*)⁶⁵⁵, como costuma ocorrer, por exemplo, com distribuidoras de gás canalizado ou energia elétrica; a adoção de medidas de desverticalização ou desconcentração (*unbundling*), entre outras.

⁶⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 391 e 392.

⁶⁵³ Vide, a esse respeito, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 421 a 455.

⁶⁵⁴ A liberdade tarifária, nesses casos, se diz vigiada, pois, como ressalta Jacintho Arruda Câmara, “a ‘liberdade’ conferida ao concessionário é circunstancial, transitória. Não significa abdicar do poder de intervir, mas apenas a implementação de técnicas de regulação que empregam instrumentos próprios da atividade privada para extrair proveitos em prol do interesse público. Cessada a circunstância que faça desta técnica uma medida benéfica, o Poder Público resguarda a prerrogativa de retomar o regime de maior intervenção.” (CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89). Vide, ainda, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 251 e 252.

⁶⁵⁵ “Forma mais branda de conferir alguma participação do concessionário na fixação de tarifas está na adoção de uma ‘tarifa-teto’ (*price cap*). Nestes casos, o poder concedente estabelece um valor máximo a ser cobrado pela prestação do serviço, mas este valor não é absoluto, pois se admite que o concessionário pratique valores mais baixos.” (CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92). Ainda a esse respeito: “Como já tivemos a oportunidade de afirmar, a concorrência na prestação dos serviços públicos predica uma liberdade tarifária, que poderá ser total ou parcial. Total, quando não houver qualquer parâmetro de fixação dos valores tarifários (como ocorre em relação aos serviços públicos de transporte aéreo de passageiros), ou parcial, quando houver a fixação de um limite máximo a ser cobrado pelos prestadores de serviços públicos (o chamado sistema *price cap*)”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 300).

A exclusividade, por conseguinte, pode até existir, mas não é mais um traço necessário a todos os serviços públicos⁶⁵⁶. Daí ser um exagero dizer que a exploração de serviços ou obras públicas constitui direito exclusivo estatal que só alcança a esfera dos privados mediante trasladação de um direito próprio ao Estado⁶⁵⁷. É importante ter em conta, no entanto, que, uma vez qualificadas como serviços públicos, certas atividades passam à titularidade estatal e, portanto, deixam de estar submetidas à regra constitucional de isonomia competitiva. Deste modo, a competição que envolva concessionárias ou permissionárias de serviço público sempre dependerá das condições a serem especificamente previstas em lei, não se aplicando necessariamente as normas concorrenciais normalmente incidentes sobre as atividades privadas.

Como já se demonstrou anteriormente, especialmente no caso das atividades referidas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, é possível que uma determinada atividade seja qualificada como serviço público e delegada contratualmente, em determinados casos, sob uma regulação de performance e, concomitantemente, seja possível sua autorização para ser prestada por outros particulares, em um regime de livre iniciativa, sob uma regulação de proteção⁶⁵⁸. Nesses casos, ocorrerá o que se chama de **assimetria regulatória**⁶⁵⁹.

Existe, ainda, a possibilidade da chamada **concorrência intermodal**, que ocorre, por exemplo, quando um prestador do serviço público de transporte público urbano por ônibus concorre com o serviço de taxi ou com os atuais serviços de transporte vinculados a aplicativos de internet, os quais são atividades privadas. Atualmente já existem também

⁶⁵⁶ Vitor Rhein Schirato, tratando da “prestação concorrencial sem assimetria de regimes jurídicos”, nos quais “há outorga de diversas concessões ou permissões a agentes distintos, que atuarão em regime de concorrência”, refere expressamente aos serviços portuários, nos quais “tanto há concorrência entre portos organizados, quanto (...) dentro de um mesmo porto organizado (diversos terminais portuários localizados no mesmo porto organizado prestam o serviço)”, assim como aos serviços de transporte público urbano de passageiros, em que há concorrência entre os prestadores, ainda, que “as condições fáticas de prestação dos serviços” interditem “a existência de outros regimes jurídicos”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 280 a 282)

⁶⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 124.

⁶⁵⁸ “(...) até a década de oitenta (...) tínhamos uma regulação eminentemente contratual (através do contrato de concessão), sobre apenas um agente (o concessionário exclusivo) e com a concepção de que a atividade fora inteiramente retirada do mercado para ser titularizada como serviço público. Hoje, ao revés, estamos diante de uma regulação de serviços públicos na maioria das vezes incidente sobre mais de um concessionário, evitada que é a outorga de direitos exclusivos, abrindo-se em alguns casos a atividade para agentes econômicos que podem vir a prestá-la fora do regime de serviço público e com a perspectiva de que o mercado não é excluído da regulação, sendo, outrossim, por ela atraído e a ela integrado.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 393)

⁶⁵⁹ “Admite-se, em situações muito específicas, a solução da regulação assimétrica. Consiste na previsão estatal de que determinados serviços serão considerados como serviço público mas também como atividade econômica privada. Haverá, então, competição entre o Estado (usualmente por meio de concessionários de serviço público) e a iniciativa privada. O exemplo típico, no Brasil, é o serviço de telefonia fixa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 559)

serviços de transporte coletivo vinculados a aplicativos, como o Buser, cuja concorrência se dá com o serviço público de transporte coletivo intermunicipal ou interestadual⁶⁶⁰. No caso dos serviços de telefonia fixa, por exemplo, além da assimetria regulatória, que permite que as concessionárias de serviço público concorram com outras prestadoras do mesmo serviço, que atuam em regime privado de livre concorrência; ainda existe a concorrência com serviços de natureza distinta, como o serviço móvel celular ou mesmo com os aplicativos que se valem da internet para promover conversas de voz, como o Skype ou o Whatsapp — para referir a alguns dos mais conhecidos e usados no Brasil —, os quais se submetem a um regime jurídico privado e a uma regulação de proteção.

A introdução da concorrência em atividades reguladas como serviços públicos é complexa. Na Europa, como se viu no subcapítulo 3.4 da Parte I, diante da onda de liberalização econômica e forte determinação para a introdução da livre concorrência nos países europeus, que se verificou especialmente a partir dos anos 80, para consolidar o mercado comum que se estava construindo, a introdução do conceito de serviços de interesse geral, foi exatamente uma saída encontrada pelas esferas europeias para assegurar que, em determinadas situações, algumas atividades pudessem ser mantidas fora desse ambiente competitivo. Foi, portanto, a compreensão de que o direito da concorrência não poderia reger todo e qualquer tipo de atividade⁶⁶¹ — havendo alguns casos que justificavam uma regulação distinta —, que deu origem ao conceito de serviços de interesse geral. A partir de uma previsão ainda incipiente já constante no artigo 90 do Tratado de Roma⁶⁶², criou-se um

⁶⁶⁰ Para uma análise das características desse serviço e, especialmente, da distinção quanto ao precedente judicial do caso Uber, com exposição dos cuidados necessários quando a concorrência se estabelece com um serviço público, contratualmente regulado, vide: VIANNA, Fernando Villela de Andrade. Buser e a inaplicabilidade do precedente Uber. In: **Jota**, Brasília: 21 de maio de 2019. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/buser-e-a-inaplicabilidade-do-precedente-uber-21052019>. Acesso em 26 de dezembro de 2019.

⁶⁶¹ No julgamento da Adin 4923, ao tratar dessa questão, o relator, Min. Luiz Fux, fez as seguintes afirmações em seu voto: “*Para os mercados em que a competição entre empresas seja possível, o direito antitruste é responsável por prevenir a formação de estruturas conducentes à concentração do poder econômico, bem como reprimir condutas comerciais sintomáticas desse fenômeno. Para os mercados em que a competição é (tecnicamente) inviável, como nos casos de alguns serviços públicos (public utilities) caracterizados, via de regra, como monopólios naturais, caberia ao Estado regular variáveis centrais para a prestação do serviço ou produção do bem, tais como condições de entrada e saída do mercado, padrões de qualidade e níveis adequados de informação, além de limites de preço.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4923**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018)

⁶⁶² UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Roma**, assinado em 25 de março de 1957, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/fr/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>. Consultado em 11 de abril de 2019. Após a assinatura do Tratado de Maastricht, em 1992, A Comunidade Econômica Europeia passou a se chamar Comunidade Europeia e o artigo 90 foi renumerado como artigo 86. Atualmente, após a aprovação do Tratado de Lisboa, o Tratado da Comunidade Europeia foi transformado no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estando numerado atualmente

regime excepcional para resguardar aos Estados a prerrogativa de criarem regimes especiais dedicados a certas atividades, nas quais a importância do sentido de coesão social predomine em relação à busca de eficiência econômica pela liberdade de competição. Apesar de não se confundir com o conceito de serviço público, essa foi a válvula de escape do direito comunitário, que permitiu que países como a França e outros que adotam modelos semelhantes, pudessem preservar internamente o regime de serviços públicos em compatibilidade com o direito europeu.

Isso não significa, em absoluto, que a concorrência seja incompatível com o regime de serviços públicos. Os casos já referidos da radiodifusão de som e de sons e imagens, assim como transporte público aéreo são exemplos claros quanto a essa compatibilidade. Esses são exemplos de setores em que o Poder Concedente não se compromete com a manutenção de uma equação econômico-financeira do contrato, o que é a exceção. Problema maior ocorre quando é estabelecido um equilíbrio econômico-financeiro com o qual as partes se comprometem. Nesses casos, só faz sentido introduzir a concorrência se o risco a ela inerente for suportado pelo concessionário⁶⁶³, pois não teria razão de ser a concorrência, caso o Poder Concedente fosse obrigado a indenizar o concessionário quanto às perdas dela decorrentes.

Há que se considerar, ainda, o problema do *cream skimming*⁶⁶⁴, que ocorre quando algumas empresas se interessam apenas por atender mercados ou usuários que permitam maior lucratividade. A questão foi bastante debatida durante o julgamento da *ADPF 46*⁶⁶⁵, no qual o Supremo decidiu que se justifica que os serviços postais sejam prestados em um

como artigo 106. O texto atual pode ser consultado em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0022.02/DOC_2&format=PDF (Consultado em 11 de abril de 2019).

⁶⁶³ Vitor Rhein Schirato, ao enfrentar essa questão, afirma que “há de se estabelecer um mecanismo efetivo de alocação de riscos”, pois “quando se introduz uma pluralidade de agentes em regime de concorrência na prestação dos serviços públicos, os únicos elementos que podem ensejar uma revisão dos patamares de remuneração dos serviços são os riscos expressa e claramente assumidos pelo concessionário, que deverão ser iguais para todos os agentes sujeitos ao mesmo regime jurídico, e os atos do poder concedente que tenham impacto direto sobre a remuneração dos agentes prestadores. Todos os demais eventos, que sejam decorrência natural da exploração de uma atividade em regime de concorrência (como demanda, condições de financiamento, grau de concorrência etc.), não devem ensejar qualquer forma de revisão na remuneração, na medida em que a inserção de concorrência na prestação dos serviços públicos implica a assunção de alguns riscos que não seriam assumidos pelo delegatário se atuasse com exclusividade (como ocorre com os riscos de demanda).” (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 286 e 287)

⁶⁶⁴ “*Cream skimming*”, algumas vezes também referido como “*cherry picking*” é uma figura de linguagem usada com frequência na literatura regulatória norte-americana para referir à tendência dos agentes que atuam em um determinado setor de concentrarem seus esforços e investimentos nas áreas ou serviços que apresentem maior lucratividade, o que pode ocasionar ao abandono de outras áreas ou clientes que não sejam tão atrativos.

⁶⁶⁵ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 46**, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, Relator original Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 05/08/2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010.

regime de serviço público, que é regime de privilégio, exatamente em decorrência de obrigações de universalização, continuidade e outras tantas, que assume. Afastou-se naquela oportunidade a possibilidade de que empresas privadas pudessem explorar o serviço postal, exatamente porque essa concorrência, que se concentraria na parte mais lucrativa da atividade, retiraria da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, responsável pela prestação desse serviço público, recursos necessários para que pudesse subsidiar as parcelas das atividades nas quais há prejuízo. Segundo o voto-vista do Min. Joaquim Barbosa:

Ademais, o serviço público é informado, entre outros, pelos princípios da supremacia do interesse público, da igualdade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da adaptabilidade, da transparência, da motivação, da modicidade das tarifas e do controle, devendo ser prestado pelo Estado para atender às necessidades e interesses de toda a coletividade, em todo o território nacional.

(...) É do interesse da sociedade que, em todo e qualquer município da Federação, seja possível enviar/receber cartas pessoais, documentos e demais objetos elencados na legislação, com segurança, eficiência, continuidade e tarifas módicas.

(...)

O que pretende a argüente é que o referido serviço público seja considerado atividade econômica, para que o acesso a ele seja livre à iniciativa privada e, portanto, seja ele explorado livremente no mercado. Esquece-se, porém, de que as empresas a ela filiadas (Abraed) não pretendem operar em todas as áreas em que atua a EBCT, e muito menos em todo o território nacional. Querem essas empresas atuar apenas naquele setor mais lucrativo e de maior interesse econômico: entrega de documentos comerciais. Ressalte-se que o trabalho por elas efetuado restringe-se às grandes cidades e capitais do País, não alcançando municípios pequenos e distantes do centro econômico nacional.

Em relação ao efeito decorrente do *cream skimming* diante da potencial concorrência de aplicativos como o Buser em relação aos serviços públicos de transporte rodoviário coletivo, Fernando Villela traça distinções importantes, para demonstrar que não se aplicam exatamente os mesmos argumentos usados em relação à concorrência entre taxis e motoristas particulares cadastrados em aplicativos⁶⁶⁶. O transporte por taxis, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁶⁷, não se consubstancia em serviço público. Trata-se de transporte privado individual de passageiros, que é atividade de utilidade pública, exercida em regime de atividade econômica privada e submetida a uma regulação de proteção. Já o serviço público de transporte intermunicipal ou interestadual se submete a uma regulação de performance e pode estar sujeito a variadas obrigações, como: cumprir horários pré-estabelecidos de partida e chegada, independentemente da demanda verificada para aquele momento; destinar duas

⁶⁶⁶ VIANNA, Fernando Villela de Andrade. Buser e a inaplicabilidade do precedente Uber. In: **Jota**, Brasília: 21 de maio de 2019. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/buser-e-a-inaplicabilidade-do-precedente-uber-21052019>. Acesso em 26 de dezembro de 2019.

⁶⁶⁷ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 359.444**, Relator Min. Carlos Velloso, Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2004, DJ 28/05/2004, p. 56.

vagas gratuitas para idosos em todas as viagens e oferecer descontos de 50%, em casos específicos, para idosos e jovens carentes. Do mesmo modo que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em relação aos serviços postais, que a concorrência de empresas privadas poderia inviabilizar a prestação dos serviços públicos; a concorrência de aplicativos como o Buser pode retirar das concessionárias ou permissionárias de serviço público de transporte coletivo os recursos necessários para custear as obrigações que lhe são impostas pela regulação de performance, a que são submetidas com suporte contratual.

Deste modo, a possibilidade de introdução da concorrência entre concessionárias de serviços públicos; em assimetria regulatória com outras empresas submetidas a regulação de natureza distinta ou até mesmo a concorrência intermodal, embora seja possível, deve ser examinada com cuidado. É, no entanto, uma das opções que se confere ao legislador ordinário que, mesmo quando opta por introduzir uma regulação contratual a prazo certo, pode permitir algum tipo de concorrência, a ser disciplinada em lei, entre concessionários diversos do mesmo serviço; entre concessionários prestadores de serviços distintos, mas que atendam às mesmas necessidades dos usuários, apresentando-se como alternativos um ao outro (a chamada concorrência intermodal); ou, ainda, abrindo o mercado à iniciativa privada (assimetria regulatória), hipótese em que deverá haver algum tipo de vantagem competitiva assegurada ao concessionário, de modo a criar um atrativo para o regime de serviço público.

A vantagem mais óbvia que estimula a adesão dos particulares a um regime de serviço público é a restrição de acesso. Em geral, a delegação estatal é a única forma que a empresa privada encontra para poder acessar o mercado e prestar aquele serviço, celebrando um contrato de concessão ou permissão de serviço público e se submetendo a uma regulação de performance. Nos casos de assimetria regulatória, como o mercado é acessível de outras formas, há de haver algum outro tipo de vantagem para o concessionário, que assumirá um volume de obrigações muito maiores que os seus potenciais concorrentes. No caso dos serviços de telefonia fixa, pode-se apontar como vantagem o fato de que os concessionários receberam toda a rede já implantada, da qual são os gestores, além da carteira de clientes das empresas estatais que prestavam os serviços anteriormente. Trata-se de significativa vantagem competitiva, que pode justificar a assimetria regulatória existente.

No entanto, caso venha a ser introduzida a concorrência em face dos concessionários em algum setor, sem que se extraia uma clara vantagem que justifique sua submissão a uma regulação de performance, enquanto seus competidores se submetem a uma regulação de proteção, a tendência será o esvaziamento do serviço público, com a concentração do interesse do setor privado em prestar o serviço como atividade econômica privada.

De todo modo, qualquer que seja o modelo regulatório utilizado pelo legislador para cada tipo de atividade, haverá, ainda, inúmeras nuances possíveis que permitem um espectro variado de soluções regulatórias. No que se refere aos serviços públicos, a própria Constituição, ao dispor sobre as competências legislativas da União, em seu art. 22, indica a necessidade de que sejam estabelecidos marcos regulatórios específicos para cada setor da economia, segundo suas características específicas, chamados por Egon Bockmann de microssistemas normativos⁶⁶⁸. Já em relação às atividades econômicas privadas, são múltiplas e diversas as possibilidades de incidência do poder de polícia, podendo tais atividades serem reguladas por agência reguladora independente, ou não. A regulação setorial, de todo modo, não impedirá o exercício do poder de polícia por outros entes públicos, quanto a diferentes aspectos, o que poderá ocorrer também, diga-se, em relação a prestadores de serviço público, os quais, por estarem submetidos à regulação de performance, normalmente centralizada em uma agência reguladora, não deixam de se submeter às mais variadas limitações de polícia quanto a aspectos diversos que sua atividade pode envolver, com respeito às limitações urbanísticas, às regras de vigilância sanitária, proteção da segurança do trabalhador, meio-ambiente, consumidor, prevenção a incêndio, regras para edificação etc.

O que é importante ter em mente é que, apesar do espectro variado que cada um dos dois modelos regulatórios possa se revestir, ao qualificar uma atividade como serviço público, o legislador transfere essa atividade do domínio da livre iniciativa para um domínio de titularidade estatal, o qual permite que a própria Administração Pública ou os particulares a quem a atividade venha a ser delegada, a exerçam fora do ambiente de livre concorrência. Nesse sentido, mesmo quando se pretenda inserir algum tipo de concorrência nesses mercados, essa introdução se fará na forma da lei, de acordo com o interesse público prevalecente, que é garantir o controle estatal sobre o desempenho do prestador do serviço, impondo-lhe uma série de obrigações, que podem estar dissociadas da lógica de mercado. Ao contrário, se a decisão do legislador foi permitir que o serviço seja prestado em regime de atividade privada, ainda que sujeita à regulação de proteção e mesmo quando submetida ao

⁶⁶⁸ “Tais competências, conferidas de modo certo e estabelecidas em dispositivos diversos, tornam patente que deverá haver legislações específicas para cada um dos setores econômicos. É viável a positivação de normas gerais (como a Lei Geral de Concessões nº 8.987/1995), em conjunto com norma especial-setorial (...). Porém, uma coisa é certa: não há palavras supérfluas na Constituição, sobremaneira ao definir competências legislativas. A norma demanda, senão exige, a positivação de microssistemas normativos, cada qual a instalar a regência dos setores econômicos previstos nos incisos do art. 22 (em combinação, quando for o caso, com as formas de exploração definidas nos arts. 21 e 175).” (MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do art. 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, pp. 9 a 43, out./dez. 2019, p. 18)

sistema de autorizações prévias, tal atividade será de livre acesso à iniciativa privada e exercida segundo o regime do art. 173, §2º, II e §2º da Constituição, que assegura a isonomia competitiva entre as empresas, privadas ou estatais, as quais devem se sujeitar “*ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários*” e “*não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*”.

Uma vez qualificada determinada atividade como serviço público, que é o objeto da presente investigação, estará submetida a uma regulação de performance, em que o poder público, além do poder de polícia, conta com um vínculo de natureza contratual com o regulado, com poderes de intervenção bastante mais alargados. São as características desse modelo que, ao envolver um vínculo contratual, se estabelece por períodos de tempo determinados, que se pretende examinar nos capítulos seguintes.

5.3.2. A impossibilidade de contratos perpétuos ou por prazo indeterminado

Constatada a opção constitucional pela via contratual, poder-se-ia ainda cogitar da adoção de contratos firmados por prazo indeterminado como uma alternativa para superar os problemas identificados relacionados com a fixação de um prazo certo para as relações jurídicas a serem estabelecidas com os concessionários. Fora do âmbito dos serviços públicos, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara apontam os contratos de mineração como exemplo de contratação que não conta com prazo certo, embora a sua duração seja determinável: “*mesmo sem prazo certo de exploração — e a concessão minerária não traz prazo de vigência — tais relações jurídicas contam com limitação concreta e determinável: é o esgotamento das jazidas*”⁶⁶⁹.

Inicialmente, é relevante afirmar a esse respeito que, no Brasil, a Constituição, ao menos implicitamente, rejeitou os contratos perpétuos ou com duração indeterminada quando, no texto do art. 175, se referiu expressamente no inciso I do seu parágrafo único à necessidade de que lei dispusesse sobre o regime a ser observado pelas empresas concessionárias e permissionárias e quanto ao regime especial de seu contrato e de sua prorrogação. Ora, para que se seja possível dispor sobre a prorrogação dos contratos é imprescindível que tenham sido firmados por um determinado prazo. Não se admite, portanto, no direito brasileiro

⁶⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte - RDPE**, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

atualmente vigente, contratos de concessão de serviço público perpétuos, mesmo porque, como destaca boa parte da doutrina, isso violaria os princípios da concorrência e do livre acesso ao mercado, assim como a própria titularidade estatal da atividade⁶⁷⁰.

Questão relevante a esse respeito é saber se o prazo pode ser indeterminado, mas determinável⁶⁷¹. No que se refere à possível indeterminação dos prazos contratuais, vale a referência ao estudo econômico realizado conjuntamente por pesquisadores da universidade norte-americana de Yale e da Universidade do Chile⁶⁷². Em suas conclusões, os autores consideram que a forma mais eficiente de distribuir o risco da demanda em contratos para a exploração de rodovias seria o estabelecimento, como parâmetro de julgamento nas licitações, não da tarifa de pedágio a ser cobrada, mas sim do menor valor presente requerido pelo licitante para as receitas tarifárias globais. Deste modo, ao assumir o serviço, o concessionário teria liberdade para definir o valor do pedágio que considerasse mais eficiente⁶⁷³.

⁶⁷⁰ “A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 58 e 59); “Não se admitem concessões eternas nem aquelas em que o concedente renuncie definitivamente ao poder de retomar o serviço. Essas soluções corresponderiam ou à transformação do serviço em privado (o que descaracterizaria uma concessão) ou à alienação de competências públicas (o que seria juridicamente inexistente).” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 56). “Nos contratos públicos o princípio da concorrência impede a indeterminação e a perpetuação de vínculos com quaisquer operadores econômicos ou agentes privados e, assim, justifica a referência doutrinária ao princípio da temporalidade como dominante nas concessões de atividade pública.” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 216). “(...) o lapso de tempo determinado é que garante a permanência do caráter público da atividade. Afinal de contas, uma delegação sine die implicaria na verdade uma renúncia de competência sobre a atividade, o que não se admite.” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50) “As concessões de serviços públicos são contratos de longa duração, necessariamente, aprazados. Até mesmo porque seria antípoda ao interesse público que particulares se eternizassem na exploração de um cometimento público, o que, na ponta, representaria uma alienação da coisa pública”. (FREITAS, Rafel Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 283)

⁶⁷¹ Referindo à doutrina de Themistocles Brandão Cavalcanti, Carmen Lúcia Antunes Rocha lembra que “já houve concessões por tempo indeterminado e mesmo perpétuas (...). Entretanto, nesses tempos frenéticos de mudanças, nem se pensa mais na concessão perpétua, nem as concessões por tempo indeterminado são facilmente encontradas nos modelos sistêmicos de direito vigentes.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 58)

⁶⁷² ENGEL, Eduardo M. R. A., et al. Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising. **Journal of Political Economy**, vol. 109, no. 5, 2001, p. 993 a 1020.

⁶⁷³ “In this paper we have shown that fixed-term contracts, which are commonly used to franchise highways, do not allocate demand risk optimally. We characterized the optimal risk-sharing contract and showed that it can be implemented with a fairly straightforward mechanism—an LPVR [least-present-value-of-revenue] auction. Instead of bidding on a toll (or a franchise length), as in the case of fixed-term franchises, in an LPVR auction the regulator sets a toll schedule and bidders announce present values of toll revenues. The lowest bid wins, and the franchise ends when that amount has been collected. Finally, we showed that the welfare gains that can be attained by replacing fixed-term auctions with LPVR auctions are substantial.” (ENGEL, Eduardo M. R. A., et

Obviamente, a sua intenção será obter o valor presente líquido requerido no menor tempo possível. Como a elevação excessiva do valor do pedágio tende a reduzir a demanda pelo serviço, o desafio nesse caso será encontrar um valor ótimo a ser cobrado dos usuários, que não desencorajasse a utilização daquela rodovia e, ao mesmo tempo, permita um faturamento adequado. Deverá ser encontrada a relação mais eficiente entre o valor do pedágio e a demanda por ele assegurada, com o intuito de obter mais rapidamente o valor presente líquido de receitas estabelecido no contrato.

A Constituição brasileira não exige expressamente que o prazo dos contratos de concessão seja determinado, de modo que, em tese, seria possível cogitar a existência de contratos de concessão firmados por prazo indeterminado, desde que determinável por critérios objetivos a serem estabelecidos contratualmente⁶⁷⁴. No entanto, se a Constituição não impôs restrição expressa a esse respeito, a Lei nº 8.987/95, lei geral das concessões e permissões de serviço público, foi enfática em relação ao tema. Nos incisos II e III de seu art. 2º, ao definir os conceitos de concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, deixou claro que os contratos de concessão devem ser celebrados “*por prazo determinado*”⁶⁷⁵. No art. 5º, estabeleceu para o Poder Concedente a obrigação de publicar, antes da licitação, a motivação quanto à conveniência da delegação, deixando claro o “*seu objeto, área e prazo*”. Além disso, impôs no art. 18 que o edital, prévio

al. Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising. **Journal of Political Economy**, vol. 109, no. 5, 2001, p. 1.015)

⁶⁷⁴ Em sentido contrário, Flávio Amaral Garcia rejeita a possibilidade de prazos indeterminados em contratos de PPP. Segundo sua visão, “*a primeira premissa a ser fixada em relação aos prazos dos contratos de PPP é não comportarem qualquer indeterminação em relação a esse elemento do ajuste. É da sua natureza a determinação concreta e objetiva do lapso temporal no qual perdurarão os direitos e obrigações previamente acordados entre as partes. Alicerçam essa premissa os princípios da igualdade e da concorrência.*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 215) Também Rafael Vêras e Leonardo Coelho rejeitam a possibilidade: “*Além disso, um vínculo indeterminado poderia desaguar em uma espécie de delegação, ao menos que, de fato, da titularidade do serviço público, ensejando que o concessionário opusesse seu vínculo especial ao ente federado, restringindo a influência do Poder concedente na conformação do serviço público em questão.*” (FREITAS, Rafel Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 293) A objeção posta pelos autores nos parece, no entanto, muito mais voltada a contratos que fossem firmados por prazo indeterminados e indetermináveis; não àqueles cujo termo final possa ser determinado por circunstâncias futuras, embora não esteja já estabelecido de antemão.

⁶⁷⁵ Curiosamente, ao tratar dos contratos de permissão de serviço público, o legislador não fez referência equivalente no texto do art. 2º, IV da Lei nº 8.987/95, o que tem levado alguns autores a sustentar a desnecessidade de fixação de um prazo neste tipo de contrato. Tal posição doutrinária normalmente é acompanhada da conclusão de que, nesses casos, tratar-se-á de contratos firmados por prazo indeterminado e, portanto, precários, cuja rescisão não importará em custo para a Administração Pública, inexistindo o dever de indenizar nesses casos. Obviamente, nos casos em que não se reconheça a precariedade da relação contratual aplicar-se-á o mesmo regime das concessões de serviço público e, portanto, será imprescindível estabelecer um prazo determinado para o contrato.

à contratação, deve conter “*o objeto, metas e prazo da concessão*”, assim como, na forma do art. 23, deve constar no contrato cláusula relativa “*ao objeto, à área e ao prazo da concessão*”, a qual é considerada essencial⁶⁷⁶. Além disso, há outras referências ao prazo da concessão quando é disciplinada a reversão de bens, no art. 36, a encampação, no art. 37 e a retomada do serviço, no art. 42, §1º.

Como se vê, a legislação ordinária foi mais longe que o constituinte e afastou completamente a possibilidade de contratos com prazo indeterminado. Assim, para realizar uma licitação pelo menor valor presente líquido requerido de receitas tarifárias, que torna o prazo indeterminado e dependente do fluxo de caixa das receitas a ser verificado na prática, seria necessária a alteração da legislação vigente, não tendo o administrador, em princípio, liberdade para tomar essa decisão de acordo com o ordenamento jurídico atual. A esse respeito, deve-se referir ao projeto de uma nova lei geral de concessões, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados⁶⁷⁷, cujo art. 103, parágrafo único, combinado com art. 69, VII, pretende introduzir no ordenamento nacional, caso seja aprovado, a possibilidade de celebração de contratos de concessão com prazo determinável, exatamente nos casos em que o critério de julgamento da licitação for o menor valor de receita a ser auferida pela concessionária.

5.3.3. Competência do Poder Executivo para fixar o prazo

No que diz respeito ao aspecto temporal, a única exigência constitucionalmente estabelecida, como se viu, é a de que os contratos de concessão de serviço público sejam firmados a termo, ou seja, tenham um prazo, determinado ou determinável, tendo sido uma opção do legislador ordinário restringir essa escolha, obrigando que o prazo contratual seja sempre determinado. Resta perquirir, então, a quem é atribuída a competência para

⁶⁷⁶ “*Todo contrato de concessão, por princípio, deve nascer com um prazo determinado (ou ao menos determinável) para sua extinção. Aliás, por expressa disposição legal, não se admitem contratos de concessão sem prazo ou por prazo indeterminado, eis que a definição do prazo é considerada uma cláusula essencial do instrumento, nos termos do art. 23, I da Lei n. 8.987/95.*” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. *In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) Direito da Infraestrutura*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412)

⁶⁷⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo do relator ao Projeto de Lei nº 2.892**, de 2011. Institui a Lei Geral de Concessões. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-19-11-2019. Consultado em 25 de novembro de 2019.

estabelecer esses prazos e, antes disso, para indicar os parâmetros e limites a serem observados em sua fixação.

Discussão ainda mais complexa diz respeito à prorrogação dos contratos. Tendo sido expressamente reconhecida pela própria Constituição essa possibilidade, insta examinar, por exemplo, se podem ou não ocorrer prorrogações sucessivas e ilimitadas ou se, ao contrário, é imperiosa a imposição de limites também para as prorrogações; qual a autoridade com competência para impor tais limites e para decidir quanto a cada caso concreto de prorrogação; devendo-se determinar, ainda, se se trata de decisão discricionária ou ato vinculado. Por se tratar de questionamento bastante complexo, repleto de nuances e especificidades, o tema será tratado neste momento apenas de modo genérico, dedicando-se capítulo próprio à frente para tratar especificamente da competência para autorizar a prorrogação e fixar a sua duração, em cada caso.

Neste momento, nos concentraremos em examinar como são distribuídas as competências legislativa e administrativa nessa matéria, qual o espaço de discricionariedade legislativa para dispor a respeito dos prazos dos contratos de concessão e qual o papel a ser desempenhado pelo Poder Executivo, na análise do mérito administrativo. A esse respeito é preciso recordar que, assim como o conceito de soberania foi essencial para a afirmação dos Estados Modernos, rompendo com o esquema de poder feudal, o conceito de divisão de poderes foi essencial para a consolidação do Estado Constitucional de Direito⁶⁷⁸. Ganhou força a ideia de que, apesar de uno e indivisível, o poder do Estado não deve ser concentrado em uma única pessoa. Deve ser exercido em parcelas de competência atribuídas a entidades diversas, que passarão a exercer um controle mútuo, umas sobre os atos praticados pelas outras.

Essa dependência e vigilância recíproca é que se constitui na principal garantia contra o arbítrio. Confia-se em que o exercício do poder, assim repartido em diversas áreas de competência, impõe a busca por uma harmonia que suaviza o seu peso sobre o cidadão. A Constituição é então introduzida nos ordenamentos jurídicos, como um documento político, incumbido de criar um desenho institucional apto a harmonizar o exercício das diversas

⁶⁷⁸ “O Estado Constitucional se distingue do Estado absolutista, em primeira linha, pela divisão de poderes” (KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 169).

competências pelos entes que delas se encarregarão⁶⁷⁹: uma norma superior, conformadora de todas as demais.

Ganha relevância, também, o papel desempenhado pelos parlamentos, cujas leis passam a ser consideradas, além da Constituição, como a única fonte de legitimidade para qualquer ação estatal⁶⁸⁰. Suas atividades, assim como aquelas exercidas pelos tribunais, também passam a ser reconhecidas como típicas de poderes independentes do Poder Executivo, atribuindo-se garantias e prerrogativas aos seus membros. Consolidou-se, assim, a teoria iluminista de tripartição dos poderes em legislativo, executivo e judiciário⁶⁸¹.

O governante, agora, é apenas o chefe do Poder Executivo, que deve agir nos termos e limites da lei. Ao Parlamento incumbe o exercício do Poder Legislativo, com a prerrogativa de editar normas gerais e abstratas que disciplinam não só a vida em sociedade, como o próprio exercício dos poderes estatais. Ao Poder Judiciário, composto por juízes e tribunais, incumbe dirimir os conflitos entre particulares, de acordo com os ditames genéricos e abstratos das leis pretéritas, não mais existindo, para esse fim, nenhuma participação relevante por parte de quem exerce o governo. A partir da decisão tomada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137), em 1803, o Poder Judiciário passa a paulatinamente se afirmar também como verdadeiro controlador das decisões tomadas nas esferas legislativa e administrativa, com o poder, inclusive, de afastar a sua aplicação quando reputadas irregulares.

Como se vê, a figura do governante transitou daquele que exercia o poder de império, que impunha a sua vontade sem nenhuma limitação, incorporando a imagem do Príncipe, tão bem retratado por Maquiavel, para a de chefe do Poder Executivo, ou seja, de um dos braços do poder do Estado, restrito a uma atuação nos termos da lei e sob o controle dos Poderes

⁶⁷⁹ “O poder é monopolizado no Estado, mas a sua divisão horizontal impõe custos inafastáveis de negociação e, por isso, existe a necessidade de cooperação permanente entre as esferas para a condução do governo. Nessa perspectiva, a Constituição não se resume a um simples projeto de arquitetura que distribui formalmente competências, fixa as funções de cada instituição e as conforma por meio de regras. Como reflexo dessa almejada unidade entre os fins estatais, ela se torna o principal referencial normativo para a manutenção da coerência do sistema jurídico nas tentativas de harmonizar conflitos interinstitucionais ao definir os objetivos gerais a que todos os poderes se submetem e determinar parcialmente as melhores estratégias para cada poder se relacionar com os outros” (ARGUELES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, nº 38, jan/jun 2011. Rio de Janeiro: PUC, pp. 18 e 19)

⁶⁸⁰ “Tratava-se de vincular o detentor do Executivo (antes o rei ou príncipe) a um Direito Constitucional ou a leis que ele não pudesse, sozinho, criar, anular, modificar ou violar, que, ao contrário, estivessem à disposição de um poder (legislativo) independente dele.” (KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 169)

⁶⁸¹ KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 170.

Legislativo e Judiciário. Antonio Joaquim Ribas, em obra inaugural do direito administrativo brasileiro — bem mais próximo cronologicamente do que estamos hoje daquele momento histórico — assim retratou o sistema decisório do antigo regime⁶⁸²:

Na antiga monarquia a autoridade régia, reunindo os poderes legislativo e executivo, desenvolvia-se nas cartas de lei, cartas patentes, alvarás, provisões reais, alvarás em forma de lei, regimentos, estatutos, pragmáticas, forais, concordatas, cartas régias, decretos, resoluções de consulta, provisões, avisos, portarias (...).

No antigo regime todo o poder político, ou o poder absoluto, residia no monarca, que era a lei animada na terra. *Quod principi placuit habet vigorem*. As fórmulas administrativas não tinham a mesma importância que têm hoje; pois o que importava saber era qual a vontade do rei. Em todo caso, este permanecia sempre superior às leis. *Princeps legibus solutus est*.

Constata-se, então, que o espaço que restou para o exercício do poder político por parte da Administração Pública foi exatamente o mérito administrativo. Só faz sentido considerar que a função administrativa é reservada essencialmente ao Poder Executivo em razão da existência do espaço para as decisões de mérito. Apenas quando o governante age discricionariamente é que se pode reconhecer efetivamente um ato de vontade política, uma decisão tomada no âmbito da Administração Pública. O poder exercido pelo Executivo se manifesta em suas avaliações de mérito. Como já se abordou no subcapítulo 4.5 da Parte I, quando se cuidou das autorizações como manifestação do poder de polícia na modalidade de consentimento, a abordagem mais moderna desse instituto não insiste mais, como se fazia no passado, em uma divisão estanque dos atos administrativos, entre vinculados e discricionários. Compreende-se atualmente, a necessidade de se identificar, em cada caso, qual a densidade normativa incidente⁶⁸³. Assim, deve-se reconhecer que, mesmo naquelas decisões com maior grau de vinculação, sempre haverá algum espaço para a tomada de decisão⁶⁸⁴. O jardineiro dos jardins públicos, por exemplo, certamente não tem autonomia

⁶⁸² RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**, 1866, edição do Ministério da Justiça, 1968, pp. 133 e 137 *apud* MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: origem, concepções, abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor (org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011, pp. 15 e 16.

⁶⁸³ Gustavo Binbenjoni, ao descrever o giro democrático-constitucional do poder de polícia, demonstra muito bem essa verdadeira transformação pela qual tem passado esse instituto clássico do direito administrativo. Vide: BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 81 a 115.

⁶⁸⁴ “*Entretanto, vale frisar, já nesse ponto, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo “vinculado” não possui uma natureza diferente ao ato ‘discricionário’, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os polos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei.*

A qualificação de um ato administrativo como ‘plenamente vinculado’ — ainda comum na doutrina e jurisprudência do Brasil — parece remontar aos equívocos da Escola da Exegese, que pregava que normas legais ‘serviriam de prontuários repletos e não lacunosos para dar solução aos casos concretos, cabendo ao

para extrair uma árvore sadia, mas pode eventualmente decidir qual o tipo de adubo que usará em cada ocasião, se houver mais de um à sua disposição. No entanto, é naqueles casos em que o grau de discricionariedade é mais elevado, que o governante age politicamente, define prioridades, pondera interesses e, de fato, exerce parcela do poder estatal que lhe incumbe. A dimensão possível deste espaço de discricionariedade deixado ao administrador público tem sido objeto de muita discussão e polêmica.

Deve-se reconhecer, por óbvio, que o mérito administrativo é exercido nos limites estipulados pelo legislador. A discricionariedade deve, então, ser compreendida como a possibilidade de valoração ou apreciação, por parte do órgão administrativo competente, de circunstâncias, fatos ou conhecimentos, de modo a escolher a atitude (inclusive a inação) da Administração Pública, que seja mais condizente com o interesse público, segundo a sua própria concepção técnica ou política, nos termos e limites impostos pela lei. Por outro lado, é preciso também ter em mente que a atuação nos casos concretos é, em geral, deixada para a Administração Pública, tendo em vista a sua proximidade dos fatos e a sua maior capacidade de obter informações referentes a casos específicos e promover as soluções casuísticas mais adequadas.

Seabra Fagundes, em sua obra seminal sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, ofereceu um dos primeiros estudos sistematizados sobre o regime jurídico da ação administrativa e, logo na abertura de sua obra, trata das funções do Estado, fazendo as seguintes considerações⁶⁸⁵:

O Poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou o reconstrói), através da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos, e define os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição é assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demanda os seus fins.

É a Constituição, portanto, que ao determinar a estrutura institucional do Estado e a sua organização, distribui os poderes a diversos entes, de modo que a condução dos assuntos

*aplicador um papel subalterno de automaticamente aplicar os comandos prévios e exteriores de sua vontade'. Ao mesmo tempo, a ideia de 'conceitos tecnicamente precisos' constitui um legado da Jurisprudência de Conceitos (Begriffs-jurisprudenz), que acreditava na definição da 'única solução correta do caso específico'. Está com razão Celso Antônio Bandeira de Mello quando critica que 'simplificada linguagem vertida na fórmula 'ato discricionário' e 'ato vinculado' tem levado a 'inúmeras e desnecessárias confusões' e despertado a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas supostas categorias antagônicas." (KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife: TRF 5ª Região, nº 08, Dez. 2004, pp. 184 e 185)*

⁶⁸⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 15.

de Estado dependa da atuação concertada e harmoniosa de diversas autoridades, impedindo assim o exercício arbitrário dos poderes. Ganha enorme força a função legislativa que, como assevera Seabra Fagundes, está ligada “aos fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização”⁶⁸⁶. Incumbe, portanto, ao Poder Legislativo a produção de normas subordinadas à Constituição, de caráter geral e abstrato e de observância obrigatória em todo o território estatal e por todos.

Assim, as funções de execução a que se refere Seabra Fagundes: a função administrativa e a função jurisdicional⁶⁸⁷, devem ser exercidas nos limites da lei e da Constituição, segundo os seus parâmetros. A busca do bem comum, associada com a função administrativa, passa a consistir na tarefa de acomodar as determinações legais abstratas às situações individuais verificadas, ou seja, de concretizar a vontade expressa na lei⁶⁸⁸. A expressão da vontade estatal passa, então, por diversas etapas para se revelar. Cabe à Constituição a criação das instituições superiores da estrutura do Estado e a distribuição inicial de poderes para que, no momento seguinte, a lei estabeleça as demais instituições orgânicas estatais, dispondo sobre suas competências e os parâmetros para a sua atuação. Cada um desses órgãos ou entes administrativos poderá dispor de variados graus de autonomia para agir e, nesse sentido, cada um deles poderá estar habilitado a expressar, em alguma medida, a vontade estatal. Essa prerrogativa é chamada de discricionariedade.

A discricionariedade está presente nas decisões mais prosaicas. Por exemplo, não se conhece normas legais que disciplinem a montagem do menu a ser servido em jantares diplomáticos. Nesses casos, portanto — admitindo-se que a competência atribuída pela Constituição e pela lei à Administração Pública, para que trate das relações com outros Estados soberanos, inclui a permissão implícita para o oferecimento de jantares a autoridades estrangeiras —, há que se reconhecer amplo espectro discricionário ao agente que seja incumbido da tarefa. Poderá, então, selecionar livremente os ingredientes a serem preparados, as bebidas a serem servidas e demais aspectos inerentes a um jantar deste tipo.

⁶⁸⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 17.

⁶⁸⁷ “Enquanto o conceito da função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional. Constitui um delicado problema doutrinário fixar para cada uma destas o conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do direito, identificam-se como funções de execução. Assim, faz-se necessário estabelecer o feitiço peculiar da interferência de cada uma delas nos fenômenos executivos, distinguindo-as entre si como espécies do gênero funções de execução.” (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, pp. 19 e 20)

⁶⁸⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 20.

Pode ocorrer, todavia, que venha a ser aprovada uma lei proibindo a Administração Pública de adquirir bebidas alcoólicas. Se isso ocorrer e não houver nenhuma exceção legal aos jantares diplomáticos, o agente incumbido dos preparativos estará impedido de servir bebidas alcoólicas, ou, ao menos, de adquiri-las. Neste caso, sua discricionariedade terá sido limitada e esse limite deverá ser respeitado.

Pode-se imaginar, ainda, que lei venha a determinar que nesses casos sejam sempre servidas carnes de boi e peixe. A lei nesse caso não impedirá que seja servida carne de frango ou salada, mas imporá que o cardápio tenha sempre opção daquelas carnes específicas. Ainda haverá, portanto, espaço para a discricionariedade administrativa. Não só quanto à decisão de acrescentar outros ingredientes ao menu, mas também em relação às proporções a serem servidas. Deverá haver a mesma quantidade de carne de boi e peixe? Nesse caso, se mais pessoas optarem por carne de boi, poderá faltar carne para todos. Contudo, caso se opte por servir maior quantidade de carne de boi, poderá faltar peixe. A opção de preparar uma quantidade de carne de boi e peixe suficiente para servir a todos de cada uma das opções, certamente levará a um grande desperdício de comida e, conseqüentemente, nesse caso, de dinheiro público, pois acarretará grande sobra de alimentos ao final do jantar. Caberá ao gestor público encontrar o equilíbrio, de modo a tomar a decisão mais adequada ao objetivo de assegurar que todos tenham acesso à sua opção de preferência, sem gerar desperdícios indesejados. Esse tipo de tarefa não cabe ao Legislativo, que não tem como prever quantos convidados haverá em cada jantar, nem qual a preferência média a ser esperada em cada situação.

Assim, ainda que o legislador tenha optado por impor critérios e parâmetros para a elaboração do cardápio de jantares diplomáticos, ainda restará espaço para as decisões de gestão a serem tomadas pela Administração Pública. Afinal, é esse o seu principal papel: administrar os recursos públicos, de acordo com as necessidades e finalidades almejadas. As determinações legais deverão ser seguidas, mas caberá ao gestor público tomar decisões, baseando-se em sua experiência, nas informações disponíveis e em dados fáticos, que lhe pareçam os mais pertinentes. No caso do jantar, deverá, em cada caso, de acordo com os conhecimentos disponíveis sobre os convidados, estimar se haverá maior predileção pela carne de boi ou de peixe e assim decidir a quantidade mais adequada a ser adquirida de cada ingrediente, qual a melhor forma de preparo e se deve ou não ser incluída outra opção, como um prato vegetariano, por exemplo.

O exame de situações prosaicas, como essa, bem ilustra a extensão da discricionariedade em decisões administrativas. No que diz respeito aos serviços públicos, o

art. 175 da Constituição determina que cabe ao poder público, na forma da lei, a prestação dos serviços públicos, indicando em seu parágrafo único qual deve ser a abrangência da lei na disciplina dessa matéria. Caberá à lei, portanto, dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Pode-se afirmar, deste modo, que **não cabe à lei, mas sim à Administração Pública, definir a modelagem dos contratos de concessão de serviço público**, inclusive no que diz respeito à fixação das variáveis que comporão a sua equação econômico-financeira em cada caso, dentre as quais se inclui a **definição do prazo**⁶⁸⁹. Até mesmo porque seria impossível ao Poder Legislativo se debruçar sobre as circunstâncias específicas de cada caso concreto, de modo a estipular o prazo mais adequado para a concessão ou quaisquer outras condições que possam interferir na economia do contrato. Nesse sentido, o art. 18, I da Lei nº 8.987/95 deixa claro que o prazo da concessão deve ser estabelecido no edital da licitação, que é um ato administrativo.

⁶⁸⁹ Nesse mesmo sentido, as observações de Marcos Juruena: “Há entendimento de que a lei não pode fixar o prazo dos contratos, por representar invasão em competência administrativa. É certo que ao administrador cabe dimensionar o prazo contratual, com vistas à conciliação entre o retorno do investimento e a modicidade das tarifas.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46). Também Flávio Amaral Garcia adota esse posicionamento: “*Certo é que a fixação de prazos é matéria tipicamente contratual, e não legal. Admitir que o legislador estipule estrita e objetivamente o prazo de determinado contrato implica violação ao princípio da separação dos Poderes, e isso interfere indevidamente na gestão privativa do Poder Executivo na administração material dos interesses públicos.*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 222). Rafael Oliveira e Rafael Vêras corroboram esse entendimento: “*Ocorre que a fixação do prazo das concessões não é matéria de lei; ao ato normativo caberá, tão somente, fixar os prazos máximos e mínimos (v.g. art. 57 da Lei nº 8.666/1993 e art. 5º, I da Lei nº 8.987/1995) desses contratos de longo prazo. Essa competência é privativa do Poder Concedente que, ao examinar o empreendimento que será delegado à iniciativa privada, estipulará um prazo que integre a equação econômico-financeira do contrato de concessão, suficiente para que o concessionário obtenha o retorno econômico projetado quando da apresentação de sua proposta na licitação.*” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. **A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 145-162, set./out. 2015, pp. 152 e 153). Também Bernardo Strobel Guimarães assevera que “*compete ao Poder Concedente (i.e., à Administração) definir o prazo do contrato no ato justificador, sendo que esse elemento se corporifica no Edital e no Contrato.*” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações**. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50) Para Rafael Oliveira, “a fixação exata do prazo das concessões não é matéria de lei. Ao ato normativo caberá, tão somente, fixar os prazos máximos e mínimos desses contratos de longo prazo. Essa competência é privativa do poder concedente que, ao examinar o empreendimento que será delegado à iniciativa privada, estipulará um prazo que integre a equação econômico-financeira do contrato de concessão.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs)**. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019).

Não há dúvida, no entanto, de que o desempenho dessa função de Poder Concedente por parte da Administração Pública, embora revestido de discricionariedade, obrigatoriamente terá que atender aos parâmetros legais que venham a ser estabelecidos e obedecer aos limites que lhe sejam impostos, inclusive no que diz respeito à duração dos contratos⁶⁹⁰. A esse respeito, apesar de a lei geral das concessões de serviço público (Lei nº 8.987/95) não estabelecer limites para a fixação dos prazos contratuais, há várias leis específicas ou setoriais que o fazem. Pode-se referir a esse respeito à lei de parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004) que, em seu art. 5º, I fixou o limite mínimo de 5 (cinco) anos e o máximo de 35 (trinta e cinco)⁶⁹¹ para os contratos de concessão patrocinada e administrativa, incluindo as eventuais prorrogações. No setor elétrico, a Lei nº 9.074/95 limitou o prazo a ser estabelecido nos contratos de concessão, em seu art. 4º, estabelecendo também parâmetros e limitações temporais para as prorrogações, inclusive nos seus arts. 19 a 25. Mais recentemente, a Lei nº 12.783/2013, que tratou da prorrogação de concessões no setor elétrico, introduziu novas normas, que serão examinadas em mais detalhe no capítulo dedicado às prorrogações. Também a Lei nº 9.472/97, ao tratar do setor de telecomunicações, fixou, em seu art. 99, o prazo máximo de 20 (vinte) anos para a concessão do serviço público de telefonia fixa comutada, além de estabelecer regras e limites também para as prorrogações. No setor portuário, o Decreto nº 9.048/2017 estabeleceu em 70 (setenta) anos o prazo máximo de duração dos contratos de concessão, considerando as possíveis prorrogações.

Em geral, portanto, as leis estipulam parâmetros e limites a serem observados, reservando ao Poder Concedente o poder de tratar da modelagem a ser adotada em cada caso

⁶⁹⁰ “O que remanesce para o campo da lei é a possibilidade de prever prazos máximos e mínimos para determinados tipos contratuais (como expressamente previsto no art. 5º, I, da Lei nº 11.079/2004), limitando a discricionariedade do gestor à luz da realidade de cada segmento econômico.” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 223). No mesmo sentido: “Ocorre que a fixação do prazo das concessões não é matéria de lei; ao ato normativo caberá, tão somente, fixar os prazos máximos e mínimos (v.g., art. 57 da Lei nº 8.666/1993 e art. 5º, I, da Lei nº 8.987/1995) desses contratos de longo prazo. Essa competência é privativa do Poder Concedente que, ao examinar o empreendimento que será delegado à iniciativa privada, estipulará um prazo que integre a equação econômico-financeira do contrato de concessão, suficiente para que o concessionário obtenha o retorno econômico projetado quando da apresentação de sua proposta na licitação.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 145-162, set./out. 2015, pp. 152 e 153)

⁶⁹¹ No projeto de lei para instituição de uma nova lei geral das concessões, passa-se a prever apenas o prazo mínimo de 5 (cinco) anos, no caso das concessões administrativas; excluindo-se a limitação de um prazo máximo, segundo a dicção do art. 5º, §1º. Não há, no projeto, prazo máximo nem mínimo estabelecido para as concessões comuns e as patrocinadas. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo do relator ao Projeto de Lei nº 2.892**, de 2011. Institui a Lei Geral de Concessões. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoes> Web/prop_mostrarintegra?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-19-11-2019. Consultado em 25 de novembro de 2019)

específico⁶⁹². Bernardo Strobel Guimarães⁶⁹³ defende que, em razão do disposto no art. 22, XXVII da Constituição, que atribui competência à União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos, essa competência limitadora caberia apenas ao Poder Legislativo federal, sendo inconstitucionais leis estaduais ou municipais que pretendam limitar o exercício do que considera “*competência privativa do Executivo*”:

Leis que pretendem definir prazos máximos de vigência em nível diverso da legislação nacional, na verdade, implicam que o Legislativo dessas pessoas políticas restrinja o exercício de competência privativa do Executivo, assegurada em Lei que é vinculante para todos os entes federativos no que tange a normas gerais (cf. art. 22, XXVII c.c. art. 175 da CF/88)

Segundo sustenta, os casos em que a legislação federal não trata do assunto devem ser considerados como de silêncio eloquente, significando que o legislador reservou exclusivamente à Administração a tomada de tal decisão. Não nos parece que assista razão ao autor. Como se viu, o legislador federal ordinário optou por não estabelecer prazos mínimos ou máximos genericamente aplicáveis a todo tipo de contrato de concessão de serviço público. Isso não o impediu, todavia, de estabelecer em leis específicas, limites e parâmetros aplicáveis a setores e casos determinados. Obviamente, no entanto, o fez apenas em relação a serviços públicos de competência da União. Não teria cabimento que lei federal estabelecesse prazos especificamente aplicáveis apenas a serviços de competência de Estados ou Municípios⁶⁹⁴. Tendo em vista a autonomia política, administrativa e financeira desses entes

⁶⁹² “Nada impede que o legislador fixe um prazo máximo, desde que razoável, após o qual, se não for admitida a prorrogação, é obrigatória a licitação.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46). Em igual sentido, vide GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 51.

⁶⁹³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 51. No mesmo sentido: SCHWIND, Rafael Wallbach. Prazo de vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. *In*: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas**: teoria e prática, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, p. 47.

⁶⁹⁴ Tratando da fixação, pelo art. 42 da Lei nº 8.987/95, de um prazo máximo para as prorrogações provisórias de contratos de licitação firmados, antes da Constituição de 1988, sem licitação, Carlos Roberto Siqueira Castro enfrenta essa questão da abrangência do campo deixado à norma geral, nos termos do art. 22, XXVII da Constituição: “Da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito [art. 18 da Constituição] verifica-se que os Municípios dispõem de um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua Administração, nos limites da Constituição, sendo a autonomia uma prerrogativa intangível dos Municípios, capaz de autorizar, inclusive, a intervenção federal (a teor do artigo 34, VII, c, da Constituição Federal). Diante disso, se no âmbito federal entendeu-se, por intermédio da Lei nº 8.987/95, que o prazo mínimo de vigência dos contratos de concessão celebrados anteriormente à Constituição de 1988 seria de 24 (vinte e quatro) meses (...) é porque se verificou que aquele prazo mínimo atendia às necessidades da União Federal, o que não quer dizer tal prazo seja adequado à realidade de todos os Municípios que integram a federação.” (SIQUEIRA CASTRO,

políticos, assegurada pelo art. 18 da Constituição de 1988, e não havendo qualquer limitação na lei geral, caberá a eles, estabelecer em leis especiais, os prazos ou parâmetros que porventura entendam aplicáveis a serviços públicos determinados que estejam sob a sua responsabilidade⁶⁹⁵.

No que diz respeito à duração dos contratos de concessão, a Lei nº 8.987/95 determina, nos incisos I e XII do seu art. 23, que são cláusulas essenciais do contrato — cujo conteúdo será definido pelo Poder Concedente ao redigir a minuta contratual, que é um anexo obrigatório do edital de licitação — as relativas ao seu prazo e às suas condições de prorrogação. Há hipóteses, no entanto, em que o legislador extrapola o seu papel de instituir normas genéricas e abstratas e pretende adotar decisões a serem implementadas em casos concretos específicos.

Como se demonstrará abaixo, em mais detalhes, não é incomum a aprovação de leis que determinam a prorrogação de contratos de concessão cujos prazos estão em via de se encerrar. Isso tem acontecido, inclusive, no que se refere a contratos que sequer foram licitados na origem. A questão será enfrentada no subcapítulo 6.1.3, quando for examinada essa circunstância (ter sido originalmente licitado o contrato a ser prorrogado) como um dos requisitos para a prorrogação. Dedicar-se-á também um tópico próprio (subcapítulo 6.1.2) para o exame da competência para o ato de anuir, em nome do Poder Concedente, com a prorrogação contratual, quando se sustentará a impossibilidade de fazê-lo por meio de lei, já que decisões como essa sempre dependerão de um exame das circunstâncias de fato, a ser realizado pela Administração Pública, além de um juízo de conveniência e da adoção de

Carlos Roberto. **Direito Constitucional e regulatório**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 547 e 548)

⁶⁹⁵ Nesse sentido as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “*À falta de disposição legal, a matéria restou entregue à discricionariedade do Legislativo dos diversos poderes concedentes, os quais, em norma específica ou ao concederem autorização para os respectivos Executivos outorgarem concessão de tal ou tais serviços, fixarão o prazo máximo ou específico que repute adequado.*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 686). Mesma opinião é esposada por Marcos Juruena: “*O prazo máximo pode vir fixado genericamente, nas leis estaduais e municipais de concessões (já que a norma geral não o fez) ou na legislação específica para cada serviço.*” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46). Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicita que “*a competência da União se limita a legislar sobre normas gerais e, não exclui a competência suplementar das unidades menores (art. 24, §§1º e 2º), que mantêm seu espaço normativo próprio e inviolável sobretudo o que lhe seja específico ou peculiar, respeitando-se, portanto, nesse espaço, reservado à edição de normas específicas, a inteireza do princípio federativo. (...) o alcance e limite da norma geral prevista no art. 22, XXVII, CF, há de se prender, necessariamente, à natureza da competência específica genérica nela tratada, ou seja, a competência administrativa originalmente adstrita a cada unidade política para prestar os serviços públicos a seu cargo.*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Das normas de transição nas concessões de serviços públicos de transporte coletivos urbanos (um estudo de caso). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. IX, Direito das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 112)

providências que assegurem, em cada caso, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por fim, reconhecendo-se como atribuição da Administração Pública decidir, segundo os parâmetros e limites legais, quanto à modelagem da concessão, incluindo a fixação do seu prazo e eventuais prorrogações, evidentemente será necessário identificar a autoridade com competência para tomar tais decisões, que será a mesma competente, em cada caso, para autorizar a celebração do contrato. Ao julgar o *RESP n° 735.698*⁶⁹⁶, o Superior Tribunal de Justiça, considerou irregular o consentimento informalmente conferido por um agente público subalterno para que fosse alongado o prazo de execução de um contrato administrativo. Afirmou aquele tribunal superior que as prorrogações devem cumprir um rito formal, inclusive com a celebração do necessário termo aditivo, sendo imprescindível a expressa autorização da autoridade competente, sendo nulas as manifestações que não atendam a esses requisitos.

5.4. A fixação do prazo

5.4.1. O prazo como elemento essencial da equação econômico-financeira do contrato

Ao contrário do que se possa supor, a obrigatoriedade de que as concessões tenham sempre um prazo determinado não é algo inerente à sua natureza contratual. Na França, por exemplo, somente em 1993, com a aprovação da Lei n° 122/1993⁶⁹⁷ — conhecida como “*Loi Sapin*”, que promoveu diversas alterações no regime jurídico das delegações de serviço público⁶⁹⁸ —, é que se estabeleceu, pela primeira vez, uma norma exigindo que os contratos

⁶⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, REsp 735.698/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 18/12/2007, DJ 13/02/2008, p. 150.

⁶⁹⁷ FRANÇA. Lei n° 93-122, de 29 de janeiro de 1993. *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>. Consultado em 1 de abril de 2019.

⁶⁹⁸ Originária do antigo sistema de cartas (“*chartes*”), que eram conferidas pelos reis para conferir determinados privilégios, as delegações de serviço público (de que as concessões é uma das espécies) alcançaram grande desenvolvimento a partir do século XIX e somente no final do século XX tiveram uma disciplina legal mais consolidada: “*Hérité des compagnies à charte de l’époque mercantiliste, il s’est considérablement développé au XIX^e siècle, avec le régime des concessions ferroviaires — déléguées aux compagnies privées — ou encore celui des concessions de services urbains d’eau, de gaz, d’électricité. Les contrats de délégation lient une collectivité publique et un entrepreneur privé.*” (STOFFAËS, Christian. **L’Europe de l’utilité publique**: des industries de service publics rénovées dans l’Europe libérale. Rapport au Ministre de l’économie. Paris: ASPE, 1995, p. 51)

de delegação tivessem prazo determinado⁶⁹⁹. Na verdade, foi essa a lei que introduziu, pela primeira vez na França, a exigência de um procedimento público de seleção (licitação) para a escolha do concessionário⁷⁰⁰, já que anteriormente se entendia cuidar de um contrato *intuitu personae*⁷⁰¹, sendo livre a Administração Pública para decidir com quem contratar⁷⁰².

⁶⁹⁹ Essa norma, que foi materializada no art. 40 da *Loi Sapin* e posteriormente consolidada como art. 1411-2 do Código Geral das Coletividades Territoriais (*Code général des collectivités territoriales - CGCT*), encontra-se atualmente revogada pela Lei n° 2016-65, de 26 de janeiro de 2016. Antes da *Loi Sapin* não havia nenhuma limitação ou parâmetro legalmente estabelecido para a fixação do prazo dos contratos de concessão. Durante certo tempo, vigorou na França regulamentações ministeriais, que vinculavam as coletividades locais, nas quais se estabelecia cadernos de encargos padronizados, com a indicação de prazos máximos para cada tipo de concessão. Com o supressão dessa regulação administrativa, por lei de 1982, até que a *Loi Sapin* viesse a ser outorgada havia uma liberdade praticamente plena para a negociação dos prazos, como anota Hélène Hoepffner: “*Jusqu’à l’apparition de la Loi Sapin, les délégations de service public se négociaient de gré à gré, laissant aux parties une large marge d’appréciation quant à la détermination de la durée de leur contrat. Certes, antérieurement à la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, la fixation de la durée des délégations de service public des collectivités territoriales n’était pas entièrement libre, en raison de la soumission de ces collectivités à un régime de tutelle, articulé autour de cahiers des charges établis par les ministères, qui prévoyaient des durées maximales de contrat. Mais depuis la fin de ce régime, les délégations de service public étaient placées dans un régime de liberté quasi-totale, dans la limite cependant des normes communautaires encadrant la passation des concessions de travaux publics.*” (HOEPFFNER, Hélène. **La modification du contrat administratif**. Paris: LGDJ, 2009, p. 241)

⁷⁰⁰ “*En effet, les conventions de délégation de service public étaient traditionnellement conclues selon le principe de l’intuitu personae, c’est-à-dire sur la base d’une discussion entre la collectivité et l’entreprise choisie, qui permettait de ne pas les soumettre aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics. (...) Mais la multiplication des contestations apportées au système, a conduit à l’édiction d’une réglementation nationale, dans le cadre de la loi du 29 janvier 1993, déjà modifiée à deux reprises, relative à la prévention de la corruption.*” (AUBY, Jean-François. **La délégation de service public**. Paris: PUF, 1995, pp. 26 e 27) e “

⁷⁰¹ Ainda hoje, na França, após uma primeira fase objetiva de comparação das propostas, aquelas consideradas mais vantajosas passam a uma fase seguinte de livre negociação em que há um espaço considerável de discricionariedade da autoridade administrativa, que pode inclusive anuir com pequenas alterações no objeto contratual. Procura-se garantir a impessoalidade atribuindo-se a decisão a órgãos colegiados. Normalmente há uma comissão de negociação, formada por técnicos, que sugere a escolha de um determinado licitante para ser contratado, cabendo a decisão final a um comitê de deliberação (*commission de délégation*), constituído por membros eleitos da assembleia local (*Assemblée délibérante*). O procedimento é bem descrito em: BENCHENDIKH, François. **L’essentiel de la délégation de service public**. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2014, pp. 64 a 68. A esse respeito, as considerações de Stéphane Braconnier: “*Le négociation directe entre l’autorité délégante et son délégataire potentiel demeure, en dépit de la réforme opérée en 1993, au coeur du processus de conclusion des conventions de délégation de service public. Plus encore, le principe du libre choix du délégataire, dérivé du caractère intuitu personae de ces contrats, est expressément rappelé aux derniers alinéas des articles L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales et 38 de la loi du 29 janvier 1993. Il résulte toutefois de la réforme opérée en 1993 que la négociation et le choix du délégataire doivent être précédés d’une publicité préalable et d’une mise en concurrence destinée à assurer la transparence du processus de formation du contrat de délégation.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, pp. 515 e 516)

⁷⁰² A tradição de livre escolha dos concessionários na França, como observa Xavier Bezançon: “*Les contrats passés intuitu personae furent historiquement ceux qui comportèrent une délégation de mission publique. (...) En général sollicités par des personnes privées les rois établissent un cahier des charges des obligations respectives des parties dans l’acte valant contrat créateur de la mission en question, en justifiant longuement l’intérêt public du projet. La capacité technique et financière du futur titulaire à réaliser de contrat l’emporte sur toute considération dans l’immense majorité des cas.*” (BEZANÇON, Xavier. **Essai sur les contrats de travaux et de services publics**: contribution à l’histoire administrative de la délégation de mission publique. Paris: LGDJ, 1999, p. 219)

Não por acaso, tal lei, conhecida como a primeira lei francesa de transparência e combate à corrupção⁷⁰³, introduziu a obrigatoriedade da licitação e incluiu a necessária fixação de prazos nos contratos de concessão, como forma de combate a práticas de favorecimento indevido, identificadas após a explosão de alguns escândalos de corrupção naquele país, envolvendo exatamente contratos de delegação de serviços públicos⁷⁰⁴. Somente em 2009, com o julgamento do caso *Commune d'Olivet*⁷⁰⁵ pelo Conselho de Estado, houve a primeira manifestação jurisprudencial em que se reconheceu que as disposições da lei Sapin são aplicáveis inclusive em relação aos contratos firmados anteriormente à sua entrada em vigor. Hoje, estando tais dispositivos revogados, vigora o disposto no art. 34 da lei relativa aos contratos de concessão⁷⁰⁶, que reproduz o disposto na lei de licitações (*Code de la commande publique*), determinando-se que a duração do contrato de concessão deve ser fixada em função do montante dos investimentos e prestações demandadas do concessionário⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Mais recentemente foi publicada a Lei n° 1.691/2016, conhecida como “Loi Sapin 2”, que modificou substancialmente o regime de licitação para as compras governamentais na França de trouxe novas disposições para ampliar a transparência e os instrumentos de combate à corrupção. Segundo Guglielmi, “*Jusqu’à l’intervention du législateur au début des années 1990, l’autorité déléguée disposait par principe d’une grande liberté de choix qui poussait guère le juge administratif à distinguer les étapes et les composantes du choix. Mais, depuis les lois des 6 février 1992 et 29 janvier 1993, la liberté de choix a rencontré ses premières limites dans des textes, mais aussi une analyse juridique plus fine du processus de passation.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli. Droit du service public*. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 768)

⁷⁰⁴ Segundo Guglielmi, “*Cette disposition est inspirée par une volonté très nette de diminuer la durée des conventions, suspectée par les parlementaires de favoriser l’apparition de phénomènes de niche injustifiée ou de corruption.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli. Droit du service public*. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 801)

⁷⁰⁵ FRANÇA. Conselho de Estado. **Caso Commune d'Olivet**, n° 271737, julgado em 8 de abril de 2009 e publicado no recueil Lebon. *Dispositions législatives limitant la durée des délégations de service public (art. 40 de la loi du 29 janvier 1993 et art. 75 de la loi du 2 février 1995) - Application aux conventions conclues avant l’entrée en vigueur de ces dispositions législatives*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021345371>. Consultado em 1 de abril de 2019.

⁷⁰⁶ “*I. - Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l’autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.*” (FRANÇA. Legislação. **Lei n° 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Relative aux contrats de concession*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=cid>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

⁷⁰⁷ “*article L3114-7 – La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l’autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.*” (FRANÇA. **Lei n° 2018-1074**, de 26 de novembro de 2018. *Code de la commande publique*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&dateTexte=20190409>. Consultado em 8 de junho de 2019.)

Disposição similar consta no artigo 410º do Código dos contratos públicos de Portugal: “*I - O prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário.*” (PORTUGAL. **Decreto-Lei n° 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. *Código dos contratos públicos*. Disponível em http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf. Consultado em 8 de junho de 2019), assim como no apartado 6 do art. 29 da Lei n° 9/2017 da Espanha: “*6. Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de*

No Brasil, como se viu acima, é a própria Constituição que estabelece o conceito de que os serviços públicos só podem ser delegados aos particulares por contratos de concessão ou permissão de serviço público, os quais devem ter um prazo, certo e determinado, por força do quanto previsto em lei. Verificou-se também, no capítulo precedente, que cabe à Administração Pública, à luz das circunstâncias dos casos concretos, fixar o prazo a ser observado em cada contratação. Resta, portanto, averiguar **como deve se portar a Administração no desempenho dessa relevante missão de estipular o prazo dos contratos de concessão ou permissão de serviço público**, que faz parte de uma atividade mais abrangente, que é a modelagem das concessões, a qual envolve estabelecer todas as condições contratuais a serem oferecidas aos potenciais interessados em assumir um determinado serviço público a ser delegado pelo Estado à iniciativa privada.

Especialmente quando a delegação da prestação de um serviço público envolve investimentos de grande monta, normalmente concentrados no início do período contratual, a concessão se apresenta como um verdadeiro projeto de investimento⁷⁰⁸, ou *project finance* no conhecido jargão em língua inglesa. O Poder Concedente exige a construção, ampliação, modernização e/ou manutenção de uma infraestrutura, além da aquisição de equipamentos — o que normalmente envolve o dispêndio de recursos vultosos — e oferece à concessionária, em contrapartida, a possibilidade de explorar o serviço durante um tempo determinado, auferindo as correspondentes receitas, a fim de que ao final do contrato, tenha sido possível amortizar completamente o investimento realizado e extrair uma parcela de lucro para remunerar o capital aplicado.

A principal característica desse tipo de projeto é que os investimentos e as receitas são desencontrados no tempo. Em geral, há investimento de grande volume de recursos logo no início da concessão, muitas vezes na casa das dezenas ou centenas de milhões de dólares, podendo chegar a bilhões em casos especiais⁷⁰⁹, sendo que, muitas vezes, a receita só começa

los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.” (ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

⁷⁰⁸ MARTINS, António. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) accionista: uma perspectiva económica. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 322. Para Stéphane Braconnier, “*le partenariat entre le secteur public et le secteur privé se développe autour de concepts tirés de l’ingénierie financière, qui remettent en cause les cadres préétablis. Il n’existe plus, aujourd’hui, de contrats stéréotypés.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2^a ed. Paris: PUF, 2007, p. 501)

⁷⁰⁹ Um exemplo deste tipo pode ser encontrado na concessão administrativa, modalidade de parceria público-privada, concebida para a revitalização da área portuária da cidade do Rio de Janeiro, denominada Porto Maravilha, cujo contrato foi firmado pelo valor de R\$ 7,6 bilhões (sete bilhões e seiscentos milhões de reais),

a ser obtida após o período de implantação da infraestrutura necessária para a prestação do serviço. Outras vezes, já existe uma infraestrutura que pode ser explorada desde o início, a qual deve ser ampliada ou reformada. De todo modo, os fluxos de receitas são muito mais lentos do que as necessidades de desembolso, especialmente no início. Por essa razão, os projetos de investimento se diferenciam significativamente de outras formas de financiamento, já que muito dificilmente se valem apenas de capital próprio. São projetos concebidos para serem remunerados com o fluxo de caixa gerado pela própria exploração da infraestrutura envolvida. Como a demanda de capital é muito intensa e concentrada em momentos específicos, normalmente se trata de projetos fortemente alavancados, com grande endividamento⁷¹⁰. A utilização de capital de terceiros costuma oscilar entre 65% a 80% do capital total investido⁷¹¹.

A licitação de um projeto como esse envolve, portanto, uma fase importante de planejamento tanto por parte do Poder Concedente, na elaboração da modelagem mais adequada para oferecer o negócio ao mercado, como por parte dos licitantes interessados em assumir a condição de concessionários, os quais também deverão se preparar para poder apresentar uma proposta que seja competitiva e tenha chance de ser considerada a mais vantajosa pelos critérios de julgamento estabelecidos pelo Poder Concedente no edital, de modo que, caso seja a escolhida, resulte em um resultado adequado ao final do contrato de concessão a ser firmado, assegurando aos investidores a rentabilidade esperada.

Antes de proceder à licitação, o **Poder Concedente** precisa tomar uma série de decisões: qual deverá ser a duração do contrato a ser oferecido ao mercado é uma delas. Essa variável se associa a outras, como: se haverá cobrança de pagamento pelo concessionário em razão da obtenção da outorga ou se; ao contrário, haverá contrapartida a ser oferecida pelo poder público — como tipicamente ocorre nas concessões patrocinadas, segundo os termos do art. 6º da Lei nº 11.079/2004, que disciplina as parcerias público-privadas —; como serão as regras de reajuste e revisão das tarifas; se haverá ou não a possibilidade de cobrança de receitas alternativas, acessórias ou complementares ou será permitido o desenvolvimento de projetos associados; quando tais fontes não tarifárias de receitas forem autorizadas, qual será a

pelo prazo de 15 anos. A informação pode ser consultada em <https://www.portomaravilha.com.br/noticiasdetalhe/3663-de-onde-vem-o-dinheiro-do-porto-maravilha?> (Acesso em 6 jul. 2019).

⁷¹⁰ Mesmo porque o custo do capital de terceiros, normalmente instituições financeiras, costuma ser bem menor do que o custo do capital próprio, ou seja, do que a taxa de retorno esperada pelos acionistas da empresa responsável pelo investimento.

⁷¹¹ MARTINS, Ant3nio. *Project finance* e medidas de reequilbrio financeiro: uma nota anal3tica. **Revista de Contratos P3blicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 63-77, mar./ago. 2015, pp. 64 a 66.

destinação dos recursos auferidos, atribuindo-se percentuais a serem obrigatoriamente considerados para fins de modicidade tarifária; como deverão ser distribuídos os riscos, procurando elaborar uma matriz que os atribua do modo mais eficiente possível às partes, de acordo com as suas capacidades⁷¹²; e, até mesmo, qual o tipo de contratação mais adequada, podendo-se referir às concessões comuns ou àquelas descritas na lei de parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004): concessões patrocinadas e administrativas. Sem mencionar outros tipos específicos de contratos regulatórios, a que se refere Flávio Amaral⁷¹³, como os contratos de arrendamento, de *franchising* ou mesmo, em alguns casos, de concessão de uso de bem público ou outros.

Para subsidiar essas importantes e complexas decisões que precisa tomar⁷¹⁴, a **Administração Pública realiza uma série de estudos *ex ante***, envolvendo pareceres técnicos e levantamento de diversas informações, destacando-se o estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental, conhecido pela sigla EVTEA. Nesses estudos, entre outras coisas, se busca projetar qual é a demanda esperada para o serviço a ser prestado, de modo a dimensionar a infraestrutura e os investimentos necessários para atendê-la, assim como para estimar a receita potencial com a cobrança de tarifas. São feitas ainda avaliações macroeconômicas, de modo a tentar antecipar o comportamento da variação inflacionária,

⁷¹² “(...) *el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se realiza en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión, de modo que cada una de las partes asuma aquellos riesgos que está más preparada para atender.*” (ACEVEDO, Rafael Fernández. *Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional*. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 260). No mesmo sentido: “*A regra fundamental que deve orientar a alocação dos riscos está em atribuir o risco à parte com melhores condições para gerenciar a sua prevenção ou, não sendo isso possível, minimizar os prejuízos na hipótese de sua materialização*” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 338) e “(...) *um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar, isto é, há que se alocar o risco, de acordo com a sua natureza, àquele capaz de reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se concretizar, às expensas menores, ou suavizar os prejuízos resultantes. Em suma, deve suportar determinado risco aquele que detenha mais adequado controle sobre a gestão ou sobre os resultados oriundos de sua materialização.*” (ROCHA, Iggor Gomes. *Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles e GABARDO, Emerson (coords.). **Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 119).

⁷¹³ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014, pp. 61 a 67.

⁷¹⁴ “*O objeto desses ‘contratos concessionais’ é complexo, não envolvendo apenas uma relação bilateral que se realiza no tempo presente entre as partes, mas também um plexo de interações, atividades e investimentos que precisam se estender no tempo para a sua amortização.*” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 19)

preços, salários e taxas de juros, no período estabelecido para a duração do contrato, assim como a disponibilidade de capital para o financiamento.

Diante de tais dados, se procurará estimar o conjunto das despesas projetadas para o período, como aquelas relacionadas com o custo de implantação e ampliação da infraestrutura (CAPEX), o custo de manutenção e operação (OPEX) e o valor cobrado pela outorga, se for esse o caso; assim como as receitas que poderão ser obtidas, seja pela cobrança de tarifa, seja pela exploração de receitas alternativas, acessórias, complementares e projetos associados, assim como pelo pagamento de contrapartidas públicas, quando previstas, especialmente no caso de parcerias público-privadas.

Como se vê, grande parte desse trabalho de planejamento consiste em realizar projeções e estimativas, o que é necessariamente uma atividade sujeita a erros e imprecisões, pois se trata de tentar antecipar o futuro, que é sempre algo indeterminado e imprevisível. De todo modo, esse esforço é importante e quanto mais próximo da realidade forem tais estudos, mais eficiente tenderá a ser o modelo desenhado para a concessão. De acordo com essas projeções *ex ante*, caberá ao Poder Concedente estabelecer o modelo que lhe pareça ideal para assegurar sustentabilidade e eficiência ao projeto de investimento, de modo a atrair o maior número de interessados⁷¹⁵.

A oferta ao mercado se dá, então, com a publicação do edital de licitação, que deverá conter as informações levantadas pela Administração na fase de planejamento, as regras contratuais que disciplinarão a sua prestação e os procedimentos e critérios de julgamentos das propostas que, segundo o art. 15 da Lei nº 8.987/95, poderão ser: menor valor de tarifa, maior oferta de pagamento pela outorga, melhor proposta técnica ou uma combinação desses critérios, podendo, incluir, ainda, no caso das parcerias público-privadas, o menor valor de contrapartida pública, por força do quanto previsto no art. 12, II, alínea 'a' da Lei nº 11.079/2004.

Por se tratar de atividade complexa, que requer grande *expertise* e conhecimentos especializados nos mercados especificamente envolvidos, é comum a contratação de consultorias privadas para auxiliar o Poder Concedente no levantamento dos dados e na

⁷¹⁵ “Quanto à modelagem do objeto e das condições contratuais, a competitividade do certame deve ser analisada considerando a sustentabilidade e a eficiência do projeto de infraestrutura. Em razão da complexidade e da sofisticação típicas aos projetos de infraestrutura, a determinação do objeto e das condições contratuais abre-se a soluções jurídicas que garantam não apenas sua sustentabilidade, mas também a eficiência administrativa.” (SUNDFELD, Carlos Ari e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45)

construção dessa modelagem⁷¹⁶. Também os procedimentos de manifestação de interesse têm se revelado como um útil instrumento na fase de modelagem dos editais de licitação. Ao contrário do que ocorre nas licitações para compras ou contratações de serviços ordinários, nas quais aquele que apresenta o projeto básico ou executivo tem vedada a sua participação na licitação que se segue, por força da expressa proibição legal estabelecida no art. 9º, I da Lei nº 8.666/93; nos projetos de infraestrutura há certo consenso no sentido de que é desejável o maior incremento possível da permeabilidade, nessa fase de planejamento, às participações social e dos agentes de mercado⁷¹⁷.

Além da audiência pública, obrigatória em licitações de grande valor, referida no art. 39 da Lei nº 8.666/93, e da consulta pública obrigatória em todas as licitações de projeto de parceria público-privada, na forma do art. 39 da Lei nº 11.079/2004, a Lei nº 9.074/95 introduziu, em seu art. 31, a possibilidade de que particulares ofereçam ao Poder Concedente projetos básico ou executivo relacionados a projetos de concessão ou permissão de serviços públicos, mantendo o direito de participar nas licitação para assumir a atividade. O assunto veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 5.977/2006, já revogado pelo Decreto nº 8.428/2015, que disciplina atualmente esse tipo de procedimento, cujo objetivo é permitir que os interessados em participar da disputa por uma concessão, possam apresentar ao Poder Concedente projetos, levantamentos, investigações e estudos⁷¹⁸.

⁷¹⁶ No substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados, para a discussão de uma nova lei geral de concessões, incluiu-se, nos arts. 86 e seguintes, o procedimento da colação, por meio do qual tais especialistas poderão ser contratados por seleção simplificada, em que se exige apenas a “*consulta a três ou mais profissionais, empresas ou entidades de elevada especialização técnica*”. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo do relator ao Projeto de Lei nº 2.892**, de 2011. Institui a Lei Geral de Concessões. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-19-11-2019. Consultado em 25 de novembro de 2019)

⁷¹⁷ No substitutivo referente à nova lei geral de concessões, em discussão na Câmara dos Deputados, tanto o procedimento de manifestação de interesse (PMI), de iniciativa do poder público, como a manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP), quando a provocação se dá pelo setor privado, são incorporados ao texto do projeto de lei, nos arts. 91 a 97, havendo expressa autorização, no art. 96, para que os autores ou patrocinadores dos projetos venham a participar da licitação que porventura venha a ser instaurada. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo do relator ao Projeto de Lei nº 2.892**, de 2011. Institui a Lei Geral de Concessões. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-19-11-2019. Consultado em 25 de novembro de 2019)

⁷¹⁸ A elaboração desse material se fará por conta e risco daquele que teve a iniciativa, cabendo à Administração Pública decidir discricionariamente se aproveitará ou não as informações e sugestões apresentadas, como estabelecido pelo art. 2º da Lei nº 11.922/2009. Caso sejam aprovados e selecionados para serem aproveitados na fase de planejamento, para a modelagem do edital, o particular poderá ser ressarcido, cabendo ao Poder Concedente estipular o valor a ser oferecido. O particular terá, então, a faculdade de aceitar ou rejeitar o valor arbitrado pelo poder público. Nessa última hipótese, o Poder Concedente não poderá se valer do material disponibilizado, como dispõe o art. 15, *caput* e §2º do Decreto nº 8.428/2015. De todo modo, os custos incorridos diretamente pela Administração Pública, inclusive com a contratação de consultorias especializadas, ou com o pagamento de ressarcimento devido aos particulares em procedimentos de manifestação de interesse

A participações dos potenciais interessados nessa fase de planejamento — seja por meio de audiências e consultas públicas ou dos procedimentos de manifestação de interesse — tem se reputado cada vez mais como essencial ao sucesso do oferecimento desses projetos ao mercado, pois de nada adiantará oferecer um modelo que não desperte interesse ou atraia poucos participantes. Quanto maior for a competitividade, maior a probabilidade de êxito do projeto e a forma mais eficiente de assegurar essa atratividade é ouvindo previamente aqueles que poderão participar de uma futura licitação.

É importante considerar que, ao elaborar o edital de licitação e a minuta do contrato que será celebrado pelas partes, o Poder Concedente fixa uma série de variáveis que compõem a equação econômico-financeira. O art. 18, I da Lei nº 8.987/95, como já se destacou, determina que o edital da licitação deve conter o prazo da concessão. Deste modo, em princípio não se admite que o prazo seja uma variável definida pelo licitante. Em tese, no entanto, não parece haver empecilho para que a lei autorizasse a fixação da variável temporal dos contratos de concessão pela proposta vencedora na licitação, estabelecendo, por exemplo, o critério do oferecimento do prazo mais curto como um daqueles a serem usados para a identificação da proposta mais vantajosa. Essas são, no entanto, considerações *de lege ferenda*, já que o menor prazo não está elencado entre os critérios de julgamento do art. 15 da Lei nº 8.987/95. Não haveria, no entanto, nenhum empecilho de ordem constitucional para que fosse editada lei nesse sentido⁷¹⁹.

Deve-se ressaltar o fato de que um dos elementos mais importantes para a formação dessa equação econômico-financeira dos contratos de concessão é exatamente o prazo⁷²⁰.

poderão ser transferidos ao futuro concessionário, o que deverá estar devidamente previsto no edital, como expressamente permite o disposto no art. 21 da Lei nº 8.987/95.

⁷¹⁹ Vale referir a esse respeito, que o projeto de lei para a instituição de uma nova lei geral de concessões, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, estabelece, em seu art. 65, VIII, a possibilidade de adoção do critério de julgamento nas licitações referentes aos contratos de concessão, do “*menor prazo para a exploração do serviço público*”. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo do relator ao Projeto de Lei nº 2.892**, de 2011. Institui a Lei Geral de Concessões. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-19-11-2019. Consultado em 25 de novembro de 2019)

⁷²⁰ Sobre o tema, vide as seguintes considerações: “*O prazo da concessão é elemento da equação econômico-financeira inicial do contrato.*” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 25); “*O prazo é um dos elementos determinantes na conformação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de infraestrutura duradouros, em especial PPPs. A racionalidade desses contratos está diretamente ligada ao aporte privado de investimentos em serviços e infraestruturas públicas, com o operador econômico assumindo sua gestão e exploração visando à busca do lucro justo, o que é inteiramente justificado em economias de mercado orientadas pelos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 218); “*Enquanto elemento norteador da viabilidade do projeto, o prazo da concessão integra a equação econômico-financeira do contrato, condicionando-a e por ela sendo condicionado.*” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. *In:*

Como lembra Ana Paula de Barcellos, “o tempo (...) é particularmente relevante para as atividades econômicas: é no tempo que riscos, investimentos, receitas e resultados são avaliados”⁷²¹. No Brasil, por opção legislativa, a fixação dessa variável de prazo caberá necessariamente ao Poder Concedente. Na Europa, por exemplo, embora também não seja comum que os editais de licitação deixem para o licitante a definição do prazo, a Diretiva 2014/23/EU⁷²², de 26 de fevereiro de 2014, que estabelece parâmetros a serem seguidos pelos Estados nacionais quanto ao tema dos contratos de concessão⁷²³, expressamente reconhece a possibilidade de que a licitação utilize, como critério, a indicação do menor prazo de exploração do serviço necessário para amortizar os investimentos requeridos. Pode-se extrair de seu considerando 52 o trecho com a seguinte redação: “A duração máxima da concessão deverá ser indicada na documentação relativa à concessão, a menos que seja utilizada como um critério de adjudicação do contrato”.

De todo modo, é especialmente relevante a definição de qual deverá ser o prazo dos contratos de licitação a serem firmados e esse será, sem dúvida, um fator da maior importância a ser considerado pelos licitantes para a definição das propostas que irão apresentar⁷²⁴. Há, então, uma série de outras variáveis que somente são fixadas no momento

MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 216) e “O prazo integra a própria racionalidade econômica do ajuste, são contratos de investimento, cujo tempo é fator a ser considerado na equação do seu equilíbrio econômico-financeiro.” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo**: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 112);

⁷²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 173.

⁷²² A diretiva, em sua integralidade, pode ser consultada em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=pt> (acessado em 28 de junho de 2019).

⁷²³ Quanto aos diferentes tipos de normas existentes no direito europeu e especialmente à natureza das diretivas, que, ao contrário dos regulamentos, não têm aplicabilidade direta nos ordenamentos jurídicos nacionais e apenas fixam parâmetros de harmonização das legislações de cada país membro, deixando liberdade para que cada um dos Estados encontre a forma que entender mais adequada para cumprir suas prescrições, vide: REIS, Márcio Monteiro. **Mercosul, União Europeia e Constituição**: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 173 e seguintes.

⁷²⁴ “É com base em prazos, e suas possibilidades de prorrogação, que concedentes estimam receitas com outorgas e definem a política tarifária, licitantes formulam propostas, concessionários acatam novas obrigações e realizam investimentos, dentre outros.” (FREITAS, Rafel Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 292). Tratando do direito francês, Nathalie Vinci também se refere ao fato de que o prazo deve estar previsto no contrato e deve ser previamente conhecido por todos os licitantes para que possam apresentar suas propostas: “(...) les conceptions de délégation de service public devront donc avoir une date de fin. Celle-ci doit être prévue au contrat, et da durée, nous le verront plus loin, est une caractéristique essentielle devant être annoncée et portée à la connaissance des candidats au moment de la mise en concurrence.” (VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, p. 9)

em que for selecionada a proposta considerada mais vantajosa. Pode caber aos licitantes, inclusive, a determinação de mais de uma dessas variáveis, as quais deverão ser indicadas em sua proposta, como o valor da tarifa a ser cobrada dos usuários, o valor do pagamento a ser realizado pela outorga ou da contrapartida a ser paga pelo parceiro público. Conclui-se, assim, que **somente com a definição da proposta vencedora é que estará definitivamente consolidada a equação econômico-financeira do contrato de concessão**⁷²⁵, a qual deverá ser respeitada até a sua extinção, como asseguram o art. 37, XXI da Constituição e art. 10 da Lei nº 8.987/95.

Nesse aspecto, deve-se considerar que, **encerrada a fase de planejamento do poder público**, com a publicação do edital da licitação, acompanhado da minuta do contrato a ser firmado, **se inicia a fase de preparação das propostas por parte dos interessados**. Cada um dos licitantes, então, irá realizar os seus próprios estudos e levantamentos, dentre os quais se destaca o plano de negócios. Procurarão examinar, diante das condições fixadas pelo Poder Concedente, qual a proposta mais vantajosa que podem oferecer. Caberá a cada licitante propor como fixar as variáveis deixadas em aberto na minuta contratual. O objetivo de cada licitante ao formular sua proposta será o de assegurar para si condições mínimas aceitáveis, inclusive quanto à rentabilidade do negócio. Ao montar o seu projeto de investimento, o licitante certamente irá considerar que as despesas e as receitas esperadas são desconhecidas no tempo. Tendo em vista que as concessões e parcerias público-privadas normalmente são contratadas por longos períodos, é possível que haja momentos com grande necessidade de investimento e baixa receita e outros em que se preveja receitas em montantes elevados, com

⁷²⁵ Ao tratar do “*momento da definição do equilíbrio econômico-financeiro*”, Marçal Justen Filho afirma que “*a equação econômico-financeira se delineia a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11º ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 542) Celso Antônio Bandeira de Mello ainda adota a teoria do ato-condição e entende que “*a concessão é uma relação complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários*”; de um ato condição, por meio do qual o concessionário adere a essas condições e, de um contrato, que englobaria apenas as variáveis contidas na proposta apresentada pelo concessionário que, segundo sua concepção, consistiria na garantia da equação econômico-financeira. Para usar a teoria defendida pelo ilustre administrativista, diríamos que, nesse caso, o equilíbrio econômico-financeiro seria obtido pela relação de proporcionalidade entre o regulamento de serviço e as cláusulas contratuais. (Vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 674) Também na França, Stéphane Braconnier chama a atenção para o fato de que o prazo é um dos elementos essenciais da concessão e deve, portanto, estar definido no edital de licitação: “*La durée de la convention de délégation de service public constitue une des caractéristiques essentielles, qualitatives et quantitatives, des prestations à effectuer par le délégataire. C’est pourquoi elle doit être précisément indiquée aux candidats dans le cahier des charges, le projet de contrat ou le document de consultation.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 513)

baixa demanda de aportes. A depender de sua disponibilidade de capital próprio e capacidade de endividamento, o licitante fará um planejamento de uso de capital de terceiros, com os respectivos custos financeiros a serem levados em conta, assim como também considerará qual a rentabilidade mínima esperada pelos acionistas quanto ao uso do capital próprio.

Além de analisar as projeções apresentadas pelo Poder Concedente, os licitantes procurarão realizar suas próprias estimativas, especialmente naqueles casos em que o risco deva ser assumido pelo concessionário. Assim, além de um plano de investimento, normalmente se faz necessária a elaboração de um plano de financiamento, em que serão consideradas as fontes de recursos para fazer frente aos desembolsos necessários e um plano de exploração, em que serão considerados os fluxos de receitas e despesas, inclusive com manutenção e operação, ao longo do período contratual⁷²⁶. Vários outros elementos também serão considerados como o comportamento esperado da inflação e do mercado nacional e local, no que se refere à evolução de preços e salários, taxa de juros, demanda e uma série de outros possíveis indicadores impactantes.

Diante das condições fixadas pelo Poder Concedente no edital de licitação, caberá aos licitantes determinar qual a rentabilidade mínima aceita pelos seus acionistas para participar do negócio, o que dependerá de fatores como a percepção dos riscos envolvidos naquela operação específica, os riscos genericamente identificados em fazer negócio no Brasil — conhecido pelo jargão risco-Brasil — e as taxas de juros pagas no mercado financeiro para grandes investimentos. Evidentemente, a rentabilidade ordinária obtida em fundos de investimento disponibilizados no mercado, com baixo risco, funciona como um piso para a taxa interna de retorno (TIR) exigida pelos acionistas das empresas que se interessam em explorar concessões de serviço público, já que não faria sentido assumir os riscos e ônus de uma operação complexa como a gestão de um serviço público, para auferir a mesma taxa de remuneração que poderia ser obtida com a aplicação dos recursos junto a um banco confiável. Também é uma informação relevante o custo do capital de terceiros, ou seja, a taxa de juros que poderá ser negociada a incidir sobre o total do endividamento projetado para fazer frente aos investimentos necessários, ao lado da parcela de capital próprio que será empregado.

De posse dessas informações, o exercício a ser realizado por cada um dos licitantes será o de procurar projetar os fluxos de todas as receitas esperadas para o projeto, assim como de todos os desembolsos que serão necessários para fazer frente às obrigações a serem

⁷²⁶ MARTINS, António. *Project finance* e medidas de reequilíbrio financeiro: uma nota analítica. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 63-77, mar./ago. 2015, p. 64.

assumidas pelo concessionário⁷²⁷ e a distribuição desses fluxos de caixa e de despesas no tempo, de modo que seja possível trazê-los a valor presente e compará-los.

Nesse ponto, o **prazo a ser fixado para o contrato de concessão desempenha um papel essencial**. Como se trata de projetos de longo prazo e os recursos financeiros têm valor variável no tempo, é preciso estabelecer um marco de comparação, que é fixado no momento presente. Aplica-se então uma fórmula matemático-financeira pela qual se submete esses fluxos de receitas e despesas a uma taxa de desconto, que variará de acordo com a distância de determinada entrada ou saída de recurso do momento atual⁷²⁸. Quanto mais afastada do momento atual, maior a taxa de desconto a ser aplicada. Assim, obtém-se o valor presente líquido (VPL) do projeto como um todo, cotejando-se o total dos desembolsos previstos, com o total das receitas projetadas. Evidentemente, é essencial que as receitas superem os desembolsos e a diferença entre esses valores é que resultará na definição da taxa interna de retorno (TIR) do projeto de investimento.

Como se vê, o prazo desempenha um papel crucial para a definição da própria atratividade do negócio e consistirá em elemento essencial da equação econômico-financeira do contrato a ser firmado⁷²⁹, o que restará ainda mais claro no capítulo seguinte, quando forem examinados os critérios que devem ser observados para a sua fixação.

5.4.2. Os critérios para a fixação do prazo

Apesar de não existir nenhuma limitação na Lei nº 8.987/95 quanto à qual deve ser a duração dos prazos do contrato de concessão⁷³⁰, depois da promulgação da Constituição de 1988 não há mais nenhuma dúvida, diante da redação de seu art. 175, quanto ao fato de que sua duração deve ser limitada no tempo. Essa constatação, ao contrário do que pode parecer,

⁷²⁷ MARTINS, António. *Project finance e medidas de reequilíbrio financeiro: uma nota analítica*. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 63-77, mar./ago. 2015, p. 65.

⁷²⁸ PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 431.

⁷²⁹ “(...) a equação econômico-financeira se constitui dentro de um elemento de tempo.” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50)

⁷³⁰ Segundo observação de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, “até por não importar comprometimento de recursos orçamentários, pois a remuneração do concessionário se dá com a exploração econômica do serviço concedido, a lei não fixou prazo máximo de vigência desses contratos.” (SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte - RDPE**, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013)

não é algo evidente. Como já se referiu, no passado recente não eram incomuns os casos de concessões contratadas por prazo indeterminado ou de concessões que, tendo sido contratadas por um período específico, continuavam em operação mesmo após o termo contratual estabelecido, com base em acordos informais junto à Administração Pública, consolidando-se como verdadeiras concessões de fato. O art. 42, §2º da Lei nº 8.987/95 reconheceu expressamente esse estado de coisas e procurou regularizar para o futuro a situação, tendo encontrado forte resistência, como demonstra a jurisprudência que se examinará à frente, quando se for cuidar do regime jurídico das prorrogações dos contratos de concessão.

Já se afirmou quem é o responsável por fixar o prazo para os contratos de concessão de serviço público: a autoridade administrativa competente, observando os parâmetros e limites impostos pela legislação aplicável. Mais especificamente, a autoridade administrativa encarregada de editar o edital de licitação, que trará como anexo obrigatório a minuta do contrato a ser assinado⁷³¹. Resta saber, então, como deve ser fixado o prazo do contrato de concessão de serviço público e quais devem ser os critérios utilizados para se identificar o prazo mais adequado. O critério mais evidente, sem dúvida, é aquele que toma por base os estudos econômico-financeiros, de modo a perquirir qual o tempo necessário para a amortização dos investimentos que deverão ser realizados pelo concessionário.

Ao tratar da realidade espanhola, García de Enterría⁷³², depois de relatar experiências pretéritas mal sucedidas, refere ao fato de que a legislação mais moderna daquele país exige que os prazos a serem estabelecidos para cada concessão deverão ser objeto de estudos específicos e faz referência ao Real Decreto-lei nº 4/2000 que, ao instituir medidas urgentes nos setores imobiliário e de transportes, determinou que sua duração “*a partir de ahora habrá de fijarse en cada caso, ‘de acuerdo con las características y necesidades del servicio y atendiendo a los plazos de amortización de vehículos e instalaciones’, entre un mínimo de seis años y un máximo de quince*”. Segundo o art. 29, apartado 6, da Lei 9/2017⁷³³, que

⁷³¹ É o que expressamente determina o art. 18, XIV da Lei nº 8.987/95.

⁷³² ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. II. 13ª ed. Madri: Thomson Civitas, 2006, pp. 763 e 764.

⁷³³ “Artículo 29 (...) 6. Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.” (ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

disciplina atualmente os contratos do setor público na Espanha, o prazo dos contratos de concessão devem ser calculados em função das obras e serviços que constituam o seu objeto e não poderão superar o tempo razoável para que o concessionário recupere o seu investimento.

No mesmo sentido, pode-se referir ao Código dos contratos públicos de Portugal (Decreto-Lei nº 18/2008), cujo art. 410⁷³⁴, ao tratar das concessões de obras públicas e de serviços públicos, estabelece que “o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário”. Na França, a Lei de Concessões, de 2016, em seu art. 34 determina que os contratos de concessão devem ter a duração limitada, a qual deve ser estabelecida em função dos investimentos a cargo do concessionário⁷³⁵. O mesmo preceito consta do recente código de compras públicas, aprovado em dezembro de 2018 e cuja vigência se iniciou em abril de 2019, que, ao tratar das concessões, também afirma a necessidade de que sejam limitadas no tempo e que o seu prazo “seja determinado em função da natureza e do montante das prestações ou dos investimentos exigidos do concessionário”⁷³⁶. Também a Diretiva 2014/23⁷³⁷ da União Europeia, que trata

⁷³⁴ “Art. 410º (Prazo) 1 - O prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário; 2 - Na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista, sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo; 3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o prazo inicial da concessão pode ser prorrogado com fundamento na necessidade de assegurar a amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário, nos termos previstos no artigo 282.º.” (PORTUGAL. Legislação. **Decreto-Lei nº 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. Código dos contratos públicos. Disponível em http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf. Consultado em 8 de junho de 2019)

⁷³⁵ “Article 34 - I - Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.” (FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Relative aux contrats de concession*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=cid>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

⁷³⁶ “La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.” (FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2018-1074**, de 26 de novembro de 2018. *Code de la commande publique*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&dateTexte=20190409>. Consultado em 10 de julho de 2019.)

⁷³⁷ “Artigo 18º (Duração da concessão) 1. As concessões têm uma duração limitada. A autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante calcula a duração em função das obras ou serviços solicitados ao concessionário. 2. Para as concessões de prazo superior a cinco anos, a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos. Os investimentos tomados em conta para efeitos do cálculo incluem tanto os investimentos iniciais como os investimentos realizados durante o prazo da concessão.” (UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/23/UE**, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. Relativa

da adjudicação dos contratos de concessão, estabelece, em seu art. 18, que “*as concessões têm uma duração limitada*” e que a sua duração deve ser calculada “*em função das obras ou serviços solicitados ao concessionário*”. Anteriormente, a Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário⁷³⁸ já havia estabelecido que:

O princípio da proporcionalidade exige também que se concilie concorrência e equilíbrio financeiro; a duração da concessão deve, então, ser fixada de forma a não restringir ou limitar a livre concorrência para lá do necessário à garantia de amortização dos investimentos e a uma remuneração razoável dos capitais investidos, mantendo, ao mesmo tempo, para o concessionário, um risco inerente à exploração.

Na França se admite até mesmo o controle pelo juiz administrativo quanto ao prazo estipulado para os contratos de concessão, de modo a evitar que sejam fixadas durações excessivas, que possam gerar vantagens indevidas para os concessionários. Tal controle, no entanto, deve atingir apenas aqueles erros que sejam manifestos e evidentemente extrapolem os limites de razoabilidade⁷³⁹.

Apesar de não haver norma claramente estabelecida no mesmo sentido no direito brasileiro, resta claro que o prazo é um dos elementos conformantes da equação econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público⁷⁴⁰. É essencial, portanto, para a sua estipulação, que sejam considerados os investimentos a serem realizados pelo concessionário em razão das obrigações que assumirá. Deste modo, durante a modelagem da concessão, o Poder Concedente deverá, à luz das informações, projeções e estimativas que estiverem disponíveis nos estudos econômicos realizados, ponderar qual o valor presente do total de desembolsos que se espera que o concessionário seja obrigado a realizar e, diante das fontes de receitas à sua disposição e considerando uma taxa interna de retorno que pareça adequada, verificar qual será o prazo necessário para a amortização desses investimentos.

Note-se que não se trata apenas de avaliar a necessidade de amortizar os bens reversíveis, de que se cuidará em capítulo próprio desta tese, mas o conjunto de todos os

à adjudicação de contratos de concessão. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=pt>. Consultado em 10 de julho de 2019)

⁷³⁸ Publicada no Jornal Oficial nº C 121 de 29/04/2000 p. 0002 – 0013.

⁷³⁹ “*Deux séries d’observations résultent de ces dispositions qui, compte tenue de leur souplesse, laissent aux cocontractants une marge de négociation d’autant plus large que le juge administratif se contente d’effectuer sur ces durées un simple contrôle de l’erreur manifeste d’appréciation.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 511). No mesmo sentido: “*Néanmoins, depuis l’intervention du fondement législatif unifiant la catégorie, il a rappelé qu’il se reconnaît le pouvoir d’apprécier une éventuelle erreur manifeste d’appréciation portant sur la durée de tels contrats.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 801)

⁷⁴⁰ “*O prazo é um dos elementos determinantes na conformação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de infraestrutura duradouros, em especial das PPPs.*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 217)

investimentos que o concessionário deverá realizar, inclusive em atividades de operação e manutenção, assim como os seus custos administrativos e todo e qualquer desembolso que se vislumbre como necessário durante o período da concessão, como, por exemplo, os pagamentos que sejam exigidos em contrapartida da outorga. Por outro lado, também não deve ser considerada apenas a receita oriunda da cobrança de tarifa, mas todo e qualquer benefício recebido pelo concessionário, como as previsões de recebimento de receitas alternativas, complementares e acessórias, os recursos estimados oriundos da exploração de projetos associados que sejam autorizados no âmbito da concessão e eventuais subsídios ou contrapartidas a serem oferecidas pela própria Administração Pública, notadamente nos casos de parcerias público-privadas.

Quanto às receitas não tarifárias que podem ser auferidas em uma concessão de serviço público, Letícia Queiroz oferece excelente sistematização quanto às suas diferentes espécies⁷⁴¹. Segundo a classificação que adota, **receitas alternativas** são aquelas que, ainda que estejam diretamente relacionadas ao objeto do serviço prestado, não são cobradas do seu usuário direto e se configuram, muitas vezes, como a principal fonte de receita da concessão, apresentando-se, portanto, como uma verdadeira alternativa à cobrança da tarifa. É o que ocorre, por exemplo, com a cobrança realizada pelas concessionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens, as quais não cobram tarifa de seus ouvintes ou telespectadores⁷⁴², extraindo seu faturamento de uma fonte alternativa de recursos, que é a exploração de atividade publicitária nos intervalos de sua programação regular. Note-se que, neste caso, o usuário usufrui gratuitamente do serviço, que é integralmente custeado por receitas alternativas. Há outros serviços públicos nos quais também é possível a exploração de atividades publicitárias. É comum observar, por exemplo, o uso da carroceria dos ônibus que prestam serviços públicos de transporte para a exibição de propagandas comerciais. O mesmo se dá nos espaços das estações de trem, metrô, barcas, rodoviárias ou aeroportos. Nesses casos, no entanto, apesar de estar relacionada ao objeto da concessão e depender da utilização dos bens que lhe estão afetos, essa fonte de receita não exclui a cobrança de tarifa dos usuários, de modo que se configuram como uma **receita acessória**, assim como as oriundas

⁷⁴¹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, pp. 148 e 149.

⁷⁴² “(...) aspecto marcante do serviço público de radiodifusão e da sua concessão, é a ausência de recebimento de remuneração pelo concessionário por parte dos usuários.” (ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles e GABARDO, Emerson (coords.). **Direito da Infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012).

do pagamento pelo uso da faixa de domínio de rodovias ou ferrovias por terceiros não usuários, por exemplo para a instalação de postes de eletricidade, gasodutos ou eletrodutos para a passagem de cabos de internet ou, ainda, o uso da própria infraestrutura para finalidade não relacionada ao objeto do serviço, como a fixação de antenas em edificações para a transmissão de sinais de telefonia celular. Por fim, são

receitas complementares aquelas que não se relacionam com a prestação do serviço, nem se valem da infraestrutura a ele associada, como, por exemplo, as receitas financeiras, oriundas de investimentos mantidos em instituições bancárias, assim como subsídios ou contrapartidas recebidos diretamente do Poder Concedente.

Por fim, os **projetos associados** à concessão são aqueles que, com características técnicas e financeiras autônomas, se associam à atividade prestada em regime de serviço público, embora com ela não se confundam. Mantém sua natureza de atividade econômica privada, mas se integram àquele serviço público, potencializando os seus ganhos⁷⁴³. Isso ocorre, por exemplo, quando se associa a um aterro sanitário uma usina de geração de energia elétrica para o aproveitamento do biogás a ser gerado; ou quando o Poder Concedente permite ao concessionário a exploração de um empreendimento imobiliário em bem imóvel da concessão especialmente valorizado em razão das melhorias implementadas pelo serviço, o que pode ocorrer, entre outros exemplos, em terrenos usados nas escavações para a implantação de infraestrutura do metrô. São muitos comuns projetos dessa natureza, por exemplo, associados à exploração de infraestruturas aeroportuárias, com a implantação, na área do aeroporto, de centros comerciais, centros de convenções, hospitais e até mesmo zoológicos e parque de diversões, como se tem notícia.

Fica claro, portanto, que a definição do prazo das concessões deve ser realizada pelo Poder Concedente após um exame detido dos principais elementos da equação econômico-financeira do contrato. Contudo, esse não é o único fator que deve ser levado em conta. Uma questão importante a ser considerada diz respeito à vida útil do ativo, especialmente quando a prestação do serviço se baseia em uma infraestrutura principal. Em geral, não faz sentido

⁷⁴³ “É claro que, fixada sua natureza como atividade econômica em sentido estrito, tais atividades não estarão submetidas ao mesmo regime jurídico da concessão, na acepção de que não se submetem ao regime jurídico do serviço público. Como atividade econômica em sentido estrito, estão subjugadas ao disposto no art. 170 da Constituição (caput e parágrafo único). Contudo, estarão economicamente integradas com a concessão, sujeitas, portanto, a determinadas prerrogativas administrativas de controle e fiscalização (artigos 29, I, 30 e 31 da Lei nº 8.987/95). Na medida em que a prestação destas atividades gera receita à prestação do serviço público, passa a integrar a equação econômico-financeira da concessão, merecendo daí a tutela administrativa correspondente.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121-148, jan./mar. 2008)

estabelecer um prazo para a concessão maior do que a duração restante da vida útil da infraestrutura de base. Assim, especialmente nos casos em que se procede a uma nova licitação para a exploração de uma infraestrutura já amortizada, deve-se tomar o cuidado de avaliar qual o período ainda disponível para a sua vida útil. Se o contrato for firmado por período mais longo do que o adequado, é possível que, ao final da concessão, surjam variados problemas em razão do seu esgotamento ou se revelem imprescindíveis investimentos vultosos para a implantação de uma infraestrutura nova no final do prazo do contrato, o que, como já vimos, não é recomendável.

Por outro lado, a não ser nos casos de infraestruturas com vida útil especialmente longa⁷⁴⁴, pode não ser adequado fixar um prazo muito inferior à sua vida útil estimada. Caso comporte vários períodos sucessivos de concessão, não haverá maiores problemas. Em outros casos, no entanto, pode ser recomendável aproximar o termo final da concessão do final da vida útil da infraestrutura, pois assim, sabendo que irá explorá-la até momento próximo de seu esgotamento, o concessionário terá estímulos para realizar os serviços de manutenção adequados e adotar os cuidados com a operação, buscando uma relação de custo-benefício eficiente em suas decisões⁷⁴⁵.

Especialmente no Brasil, onde frequentemente são praticadas **taxas de juros** bastante elevadas, também é importante considerar que não é vantajoso para a Administração Pública o estabelecimento de prazos especialmente longos para as concessões. Isso porque, como vimos na parte final do subcapítulo 5.4.1 acima, nas avaliações econômicas que realizam para participar das licitações, os interessados em assumir a concessão estimam um fluxo de receitas e um fluxo de desembolsos distribuídos no tempo e calculam o valor presente desses valores. O cálculo desse valor presente se faz pela aplicação de uma taxa de desconto, que será tanto mais elevada quanto mais distante os valores se encontrarem do momento atual.

⁷⁴⁴ Na Nota Técnica Final RTS/004/2014, elaborada pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, para a primeira revisão tarifária da Sabesp, por exemplo, afirmou-se à p. 38, ter sido adotada a premissa de uma vida útil de 44 anos para os ativos resultantes de investimentos novos. A nota pode ser consultada em [http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/BD85ACBFF3D37A0D83257CC2006A52D1/\\$File/NT_RTS_004_2014.pdf](http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/BD85ACBFF3D37A0D83257CC2006A52D1/$File/NT_RTS_004_2014.pdf) (Acesso em 10 jul. 2019). No caso da usina hidrelétrica de Itaipu, consta na página eletrônica da empresa Itaipu Binacional a informação de que “*estudos geológicos apontam uma vida útil de no mínimo 200 anos*”, o que pode ser conferido em <https://www.itaipu.gov.br/sala-de-imprensa/perguntas-frequentes> (Acesso em 10 jul. 2019). Os exemplos constam em: PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 431 e 432.

⁷⁴⁵ PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 432.

Essa taxa de desconto compreensivelmente acompanha as taxas de juros constatadas no país. Embora na conjuntura atual estejam em patamar bastante mais reduzido, já foram aplicadas no Brasil taxas de desconto da ordem dos 23 a 27%, quando da primeira rodada de concessões rodoviárias. Deste modo, especialmente em projetos cujos investimentos são concentrados no início do período da concessão, quanto mais afastadas no tempo estiverem as receitas estimadas, menos relevância elas terão para os cálculos de amortização elaborados na fase de preparação das propostas, pois serão fortemente impactadas pelas taxas de desconto. A consequência, portanto, é que, a partir de um determinado ponto “*o acréscimo de prazo (...) terá um efeito muito pouco significativo em termos de viabilidade econômico-financeira do projeto*”⁷⁴⁶.

Deve-se considerar, ainda, o **alongamento das linhas de crédito** para o financiamento de infraestruturas, disponíveis no mercado financeiro local. Isso porque, também não adiantará prever longos prazos de duração do contrato de concessão, se o futuro concessionário não encontrar meio de financiar o seu investimento por um período de tempo equivalente⁷⁴⁷. As instituições financeiras, como se sabe, exigem a demonstração de um fluxo de caixa proporcional às parcelas do financiamento vincendas em cada mês. Assim, se o prazo do endividamento for muito inferior ao período calculado para a sua amortização, que levará em conta a integralidade do prazo contratual, dificilmente os fluxos gerados serão suficientes para lastrear o empréstimo, exigindo o aporte de maior volume de recursos próprios, o que além de encarecer o projeto, pelo custo normalmente elevado do capital próprio dos investidores, ainda reduzirá a atratividade do negócio. Deste modo, a fixação de prazos demasiadamente extensos pode acabar tendo um efeito contrário ao esperado. Segundo Lucas

⁷⁴⁶ PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 431.

⁷⁴⁷ Como ressalta Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho, esse é um dos grandes desafios dos projetos de implementação de concessões de longo prazo no Brasil, especialmente relacionadas à implementação de infraestrutura, que usualmente demandam investimentos vultosos que impõe prazos alongados de amortização: “*Com um mercado de capitais com volumes ainda restritos, um baixo nível de poupança interna, forte presença estatal no funding de longo prazo e um sistema bancário concentrado (com passivos predominantemente de curto prazo), a disponibilidade de recursos de longo prazo e os instrumentos daí decorrentes mostram o lado desafiador do financiamento dos investimentos.*” (OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. Financiamento de longo prazo e mercado de capitais em investimentos de infraestrutura: novas concessões e parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 358)

Prado e Luís Felipe Valerim, por essa razão, “*no Brasil, dificilmente se justificariam contratos de concessão por prazos superiores a 30 anos*”⁷⁴⁸.

Por outro lado, em alguns casos, a própria **premissa da amortização integral ao final do prazo** pode ser questionada⁷⁴⁹. Isso ocorre especialmente naqueles projetos em que o investimento não é concentrado no início do período da concessão, mas diluído ao longo de toda a sua duração, como por exemplo, no caso das distribuidoras de energia elétrica, gás canalizado ou companhias de água e esgoto, que necessitam investir constantemente na rede para acompanhar o crescimento vegetativo da população; ou empresas de telecomunicações, em que os constantes avanços tecnológicos impõe um fluxo contínuo de investimentos em modernização, sem os quais sua rede rapidamente se torna obsoleta. Tendo em vista que os investimentos provavelmente continuarão elevados no final do período da concessão e que os benefícios gerados, especialmente pelos investimentos realizados nos últimos anos, se perpetuarão muito além da duração da concessão atual, exigir sua completa amortização dentro desse período poderá onerar excessivamente a equação econômico-financeira do contrato, causando uma elevação indesejada das tarifas. O mais racional nesses casos pode ser, portanto, prever, desde o início, o pagamento de uma indenização ao final do prazo contratual⁷⁵⁰, preferencialmente a ser arcada pelo novo concessionário, a quem seria transferida essa obrigação por meio da incorporação no edital e respectivo contrato de uma

⁷⁴⁸ PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 429.

⁷⁴⁹ “*Aliás, questiona-se até mesmo a premissa de que o investimento precisa ser amortizado integralmente no prazo da concessão de maneira que, ao final, não exista saldo residual a ser indenizado.*” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 425). Na França, Nathalie Vinci relata jurisprudência do Conselho de Estado que reconhece a possibilidade de que a modelagem da concessão reconheça, na partida, a necessidade de indenização ao final, rejeitando, então, a premissa de amortização integral como obrigatória: “*Toutefois, de Conseil d’État a jugé qu’il n’est pas nécessaire que la durée initiale permette d’amortir intégralement ces investissements, le délégataire pouvant être indemnisé de la part non amortie à l’issue de la convention [CE, 4 juillet 2012, Communauté d’agglomération de Chartres Métropole (CACM), Veolia eau – Compagnie générale des eaux, req. 352417]*” (VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, p. 11)

⁷⁵⁰ “*Enfin, il est possible de prévoir une durée plus courte que celle de l’amortissement économique des investissements du délégataire en la compensant par le versement à celui-ci d’une indemnité de fin de contrat.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 804). Rafael Schwind também aborda a questão, afirmando que “*é perfeitamente possível que o prazo do contrato de PPP não seja suficiente para a amortização integral do investimento.*” (SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010)

obrigação, atribuída ao sucessor, referente ao pagamento pelo valor da outorga, em montante equivalente ao devido para o concessionário *sainte*⁷⁵¹.

A fixação do prazo de um contrato de concessão imporá sempre, de qualquer forma, a consideração e o exame de uma série de fatores, dentre os quais a formação de uma equação econômico-financeira para o contrato e a definição do montante dos investimentos esperados são apenas alguns exemplos. Essa decisão, apesar de ser fundada em aspectos técnicos, possuirá certamente um grau elevado de discricionariedade. Cabe, portanto, à Administração Pública, a quem a compete, fundamentá-la adequadamente e demonstrar as razões que presidiram as suas escolhas⁷⁵². Infelizmente essa não tem sido a prática recorrente na

⁷⁵¹ “*Esse problema é particularmente relevante nos casos em que o nível de investimento permanece relevante ao longo da concessão, especialmente nos seus últimos anos. Pretender, nesses casos, a amortização integral dos investimentos no prazo da concessão implicaria (a) aumentos tarifários relevantes nos últimos anos de vigência contratual e/ou (b) o início da remuneração do investimento muito antes de sua efetiva realização. (...) a alternativa mais razoável, nessas hipóteses, parece ser a previsão de pagamento por meio de cobrança de valor de outorga a ser pago pelo novo concessionário.*” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 426)

⁷⁵² Nos dizeres de Antônio Carlos Cintra do Amaral, “*O prazo da concessão de serviço público não pode ser livremente estipulado. Ele deve resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira. Deve ser estabelecido em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimentos, menos receitas alternativas e acessórias. O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do contrato em sua totalidade*” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 86). No mesmo sentido, Flávio Amaral Garcia sustenta que “*O prazo nos contratos de infraestrutura duradouros não pode ser fixado aleatoriamente ou, mesmo, orientado por critérios que se afastem da equação dinamizada pelos vetores dos investimentos e custos alocados no projeto e o tempo necessário para a sua amortização. Desse aspecto advém a importância de que a definição do prazo seja objeto de motivação clara, congruente, racional e transparente, que permita aos operadores econômicos avaliar a coerência e sua razoabilidade com os demais elementos que integram o núcleo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (...)*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 219) Também Rafael Vêras e Leonardo Coelho tratam do assunto, afirmando que “*(...) o estabelecimento do período de tempo em que tal espécie contratual vigorará vem sendo constantemente estabelecido, de forma aleatória, pelo poder público. Por ocasião dos procedimentos licitatórios, são estabelecidos números ‘cabalísticos’, representados, por exemplo, pela expressão ‘este contrato terá vigência de 25 anos’, e mandamentos, acriticamente repetidos, do tipo ‘e será prorrogado, por uma única vez, por igual período, a critério do Poder Concedente’.* São expressões que parecem esclarecedoras, mas que, na verdade, causam toda a sorte de insegurança jurídica para quem pretende aportar investimentos em contratos de longo prazo. Daí a relevância de se afirmar, desde logo, que os prazos dos contratos de concessão não devem ser fixados de forma imotivada.” (FREITAS, Rafel Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 283). Para Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Guzela, “*(...) o prazo estipulado para a vigência contratual não constitui decisão randômica ou meramente discricionária do Poder Concedente. Isso porque não será ele determinado aleatoriamente, mas estabelecido em observância a complexos cálculos e estudos envolvendo engenharia econômico-financeira. O emprego de técnicas adequadas resultará no lapso de tempo ideal, capaz de garantir a amortização dos investimentos então previstos, de gerar receitas necessárias à consecução do empreendimento e de conferir adequada remuneração do capital investido pelo concessionário. Tal prazo é assim ajustado com base em critérios objetivos e não pode ser inferior ou superior àquele necessário à realização do projeto concessionário.*” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.)

realidade brasileira e, em geral, se observa a fixação de prazo para as concessões de forma mais ou menos aleatória, baseada na tradição, em costumes e em uma certa percepção empírica daqueles que são incumbidos de orientar esse tipo de decisão⁷⁵³.

Como já há muito adverte Antônio Carlos Cintra do Amaral, “*na prática, nem sempre a fixação do prazo tem sido sustentada em um sólido embasamento econômico*”⁷⁵⁴. Deve-se exigir, no entanto, que haja mais reflexão a esse respeito e que, na fase de planejamento, haja um **esforço de motivação quanto à fixação dos prazos contratuais**, demonstrando-se qual o racional que recomenda o prazo fixado em cada caso. Não se deve tolerar, portanto, prazos fixados arbitrariamente, com base em usos e costumes e sem levar em conta os aspectos específicos de cada modelo de contratação. O prazo dos contratos de concessão deve ser fixado à luz do estudo de viabilidade econômica elaborado, devendo estar adequadamente motivada a decisão que aprovar a modelagem como um todo, que inclui, obviamente, a definição do aspecto temporal.

6. Prorrogação

6.1. Aspectos gerais

6.1.1. Quando se justifica

Como já se viu, o modelo de regulação dos serviços públicos no Brasil é o de regulação contratual por agências. Isso significa que sempre haverá um contrato firmado entre o Poder Concedente e um concessionário, o qual terá necessariamente um prazo certo e determinado (ou, ao menos, determinável). Deve-se reconhecer, no entanto, que ainda são raros na prática brasileira os exemplos de concessões que se encerram pelo decurso de prazo. Isso se deve, em parte, pelo fato de que as concessões voltaram a ser utilizadas com maior

Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 217)

⁷⁵³ “*Nada obstante, o estabelecimento do período de tempo em que tal espécie contratual vigorará vem sendo constantemente estabelecido, de forma aleatória, pelo poder público. Por ocasião dos procedimentos licitatórios, são estabelecidos números ‘cabalísticos’, representados, por exemplo, pela expressão ‘este contrato terá vigência de 25 anos’, e mandamentos, acriticamente repetidos, do tipo ‘e será prorrogado, por uma única vez, por igual período, a critério do Poder Concedente.’*” (FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 283)

⁷⁵⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87.

frequência, a partir da década de 90, quando se consolidaram como um importante instrumento de regulação. São, portanto, ainda pouco frequentes os casos em que se esgotaram completamente os prazos estipulados e possibilidades de prorrogação dessa nova leva de concessões. Por outro lado, também é necessário reconhecer que há uma certa cultura enraizada na prática jurídica, não só no Brasil, mas também em outros países que se valem dos contratos de concessão, de prolongamento indeterminado dos prazos, por meio de prorrogações sucessivas. Nathalie Vinci, autora de uma das poucas monografias que estudam o fim dos contratos de delegação de serviço público⁷⁵⁵, examinando a realidade francesa, se refere ao julgamento do caso *Commune d'Olivet*⁷⁵⁶, pelo Conselho de Estado, como um marco para que os diversos agentes envolvidos tomassem consciência de que, em algum momento, os contratos de concessão devem ser encerrar:

L'arrêt du Conseil d'État du 8 avril 2009 "Compagnie générale des eaux c/ Commune d'Olivet" a fait certainement prendre conscience aux collectivités délégantes et aux délégataires que les contrats de délégation de service public, même les plus anciens, surtout ces derniers, devaient non seulement à un moment donné prendre fin, mais surtout que ce terme devait être organisé. En effet, les contrats de délégation de service public étant généralement de durée longue et les conditions et modalités de sortie n'étant pas forcément prévues au moment de la passation, sortir d'une délégation, quel que soit d'ailleurs le mode de gestion choisi pour la suite, n'est jamais aisé, tant les paramètres à prendre en compte sont nombreux.

O caso *Commune d'Olivet* é particularmente interessante, porque, tendo reconhecido que havia contratos de concessão firmados anteriormente à promulgação da Lei Sapin, cujos prazos haviam sido estipulados de maneira arbitrária⁷⁵⁷, o Conselho de Estado determinou que caberia ao juiz administrativo aplicar a nova lei mesmo aos contratos em curso. Estabeleceu-se que os prazos restantes deveriam ser recalculados de acordo com o volume de

⁷⁵⁵ VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, p. 5.

⁷⁵⁶ FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Commune d'Olivet**, nº 271737, julgado em 8 de abril de 2009 e publicado no recueil Lebon. Dispositions législatives limitant la durée des délégations de service public (art. 40 de la loi du 29 janvier 1993 et art. 75 de la loi du 2 février 1995) - Application aux conventions conclues avant l'entrée en vigueur de ces dispositions législatives. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021345371>. Consultado em 1 de abril de 2019.

⁷⁵⁷ Hélène Hoepffner, em tese dedicada à modificação dos contratos administrativos, ao tratar da modificação de sua duração, dá especial atenção aos contratos de concessão e afirma que, antes da lei Sapin houve, até 1982, um sistema de regulação ministerial, que vinculava as coletividades locais, por meio dos quais havia normas administrativas que estabeleciam prazos máximos para os contratos. No entanto, entre a revogação desse regime e o advento da lei de transparência e combate à corrupção, em 1994, que determinou a fixação dos prazos proporcionalmente aos investimentos e restringiu as prorrogações, houve um período de liberdade quase absoluta, que resultou em abusos. (HOEPFFNER, Hélène. **La modification du contrat administratif**. Paris: LGDJ, 2009, p. 241) No mesmo sentido: "La durée des conventions de délégation de service public a suscité bon nombre d'interrogations au regard notamment de durées parfois excessives de certains contrats bien supérieures à la durée d'amortissement des installations réalisées, conventions qui d'ailleurs étaient renouvelées par tacite reconduction." (BENCHENDIKH, François. **L'essentiel de la délégation de service public**. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2014, p. 69)

investimentos a serem amortizados, já incluindo eventuais prorrogações, assegurando-se que não fossem geradas rendas indevidas para o concessionário incumbente, devendo-se, nesses casos, proceder a uma nova licitação⁷⁵⁸.

Não há dúvida de que o estabelecimento de prazos para a duração das concessões causa transtornos, não só para o concessionário, como para a própria Administração Pública. Nesse sentido, como se demonstrou na Parte I desta tese, é possível adotar modelos de regulação para os serviços públicos que não se utilizem de contratos e, portanto, não se submetam a prazos pré-definidos. O sistema atual de regulação das *public utilities* nos Estados Unidos, que se vale das agências reguladoras, sem que haja vínculos contratuais com os prestadores de serviço, poderia facilmente ser adaptado para as atividades qualificadas como serviços públicos no Brasil. No subcapítulo 5.2 acima, procurou-se demonstrar algumas das principais vantagens e desvantagens de se optar pelo modelo contratual. No final das contas, trata-se de uma opção legislativa. No Brasil, na verdade, uma opção deixada ao legislador pelo constituinte, ao consagrar no art. 175, o modelo contratual, usualmente amalgamado em nosso ordenamento jurídico também ao modelo de agências reguladoras, o que produziu o modelo misto, atualmente em vigor.

Uma das características mais relevantes desse modelo, como já se destacou anteriormente, no subcapítulo 5.2.2 acima, é a segurança jurídica oferecida aos concessionários, por meio de um compromisso contratual formalmente estabelecido por um prazo pré-determinado, durante o qual o Poder Concedente se obriga a respeitar a equação econômico-financeira contratada. Em países em desenvolvimento, esse modelo contratual pode representar uma significativa vantagem. Se reconhecidamente, um dos principais problemas para a atração de investidores ao Brasil é exatamente a falta de segurança jurídica, pode-se imaginar que essa percepção fosse ainda mais aguda caso a exploração dessas atividades, sujeitas a uma intensa regulação, se dessem sem a proteção de um vínculo contratual.

Pode-se especular, assim, que seja essa uma das principais razões pelas quais acabou se consolidando no Brasil o modelo contratual. A associação desse modelo ao de agências

⁷⁵⁸ “(...) le Conseil d’État a mis un terme aux délégations conclues avant 1993 ou 1995 (...) d’une durée très longue et susceptible de générer des rentes économiques indues en l’absence de charges à amortir. (...) déterminer de manière précise la procédure à suivre par le juge saisi d’une convention conclue antérieurement à l’entrée en vigueur de l’article 40 de la loi Sapin. (...) prévoit que la durée des délégations de service public doit être limitée et fixée en fonction de la nature des prestations ou des investissements réalisés par le délégataire.” (VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, pp. 22 e 23)

reguladoras pode ser explicada, também, pelo objetivo de criar, no país, um ambiente jurídico mais familiar aos investidores estrangeiros (notadamente os norte-americanos) que se intencionava atrair quando das reformas neoliberais dos anos 90, quando foram introduzidas no Brasil as agências reguladoras que, dotadas de autonomia, poderiam exercer suas funções técnicas menos sujeitas à ingerência político-partidárias⁷⁵⁹. **Amalgamaram-se, assim, ambos os modelos** e a regulação dos serviços públicos, no Brasil, continuou se valendo dos contratos, por meio dos quais o Estado assume um compromisso firme, formal e com prazo certo, de respeitar uma equação econômico-financeira decorrente das condições contratadas; assim como das agências reguladoras, instituições bem conhecidas dos investidores internacionais — os quais se pretendia atrair —, o que conferia certa segurança quanto à atuação técnica do regulador.

O aprazamento do vínculo estabelecido entre o concessionário e o Poder Concedente, no entanto, não produz apenas efeitos benéficos, como já se expôs. É preciso considerar, no entanto, que tendo havido a opção do constituinte pelo modelo contratual a prazo certo, não se revela correto criar mecanismos legais, jurisprudenciais ou doutrinários, que conduzam à possibilidade de adoção de prorrogações sucessivas e ilimitadas. Como ficou claro no subcapítulo 5.3 acima, ainda que pudesse haver vantagens em adotar um modelo sem prazo determinado, o modelo brasileiro de regulação de serviços públicos, consiste em limitar as concessões no tempo. Assim, a advertência de Nathalie Vinci, relacionada à realidade francesa, pode ser perfeitamente transposta para a realidade brasileira, permitindo que se afirme a necessidade da tomada de consciência por parte dos operadores jurídicos nacionais de que as concessões, em algum momento, devem ter um fim. É imprescindível, ainda, que esse momento possa ser determinado previamente. Ou seja, em todo e qualquer contrato de concessão, deve ser possível indicar qual a data a partir de quando não haverá mais nenhuma possibilidade de extensão do prazo contratual, qualquer que seja a sua finalidade.

Se o prazo dos contratos deve ser certo e determinado, permitir que suas prorrogações sejam sucessivas, sem que se possa determinar um limite máximo de tempo que possam

⁷⁵⁹ Gustavo Binbenbojm retrata muito bem esse contexto: “Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 198, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. (...) o modelo de Estado empresário (...) foi substituído (...) pelo modelo de Estado regulador (...). O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país (...). Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249)

alcançar, seria uma forma de subverter a limitação temporal dos contratos. Essa é uma das principais razões pela qual não se admite que mesmo as prorrogações extraordinárias, ainda quando fundadas na necessidade de reequilibrar a economia dos contratos de concessão, possam ocorrer de maneira automática ou sem que se sujeitem ao parâmetros e limites contratuais e legais, como será tratado no subcapítulo 6.2.2.1 abaixo.

É preciso reconhecer, por outro lado, que a redação do próprio art. 175 da Constituição autoriza expressamente as prorrogações dos contratos de concessão e permissão de serviço público, as quais são legítimas. Nesse sentido, deve-se admitir que há situações em que prorrogar o contrato pode ser mais vantajoso do que licitar. Há diversas razões que podem levar a essa conclusão, como a possibilidade de manter, em tempos de crise e de retração de investimentos, condições vantajosas contratadas anteriormente; permitir o reequilíbrio do contrato, sem aumentar tarifas nem onerar o orçamento público; adaptar condições estipuladas em contratos complexos, sem lapso de continuidade; manter em operação um bom prestador de serviço e tantas outras listadas no subcapítulo 5.2.1 acima, que podem ser identificadas em determinados casos concretos e fundamentar decisões quanto à prorrogação de contratos em vigor. No entanto, tendo em vista que já ficou claro que o ordenamento constitucional brasileiro impõe que os contratos de concessão tenham um prazo e que, mesmo sendo possível a sua prorrogação, em algum momento será imperioso realizar uma licitação visando a uma nova contratação, é preciso ter em mente que a avaliação que deverá ser feita não é “se” o contrato deverá ser encerrado ou não, mas sim, “quando” isso deverá ocorrer.

A decisão pela prorrogação, portanto, é apenas uma decisão pela postergação do momento de extinção do contrato, o qual deverá ocorrer em algum momento. Assim, por exemplo, as razões que dizem respeito ao desestímulo ao concessionário que, sabendo que a relação jurídica que o autoriza a prestar o serviço será inexoravelmente encerrada, independentemente de sua eficiência e a existência de incentivos perversos, ao final do prazo contratado, para uma acentuada redução dos investimentos em operação, devem ser relativizadas, já que prorrogar o contrato não corrigirá tais falhas, mas apenas adiará os seus efeitos.

Outros aspectos podem ser mais relevantes, como a consideração sobre os custos de transação envolvidos na desmobilização de um concessionário em atividade e nos preparativos de uma licitação e uma nova contratação⁷⁶⁰, com o inerente custo de aprendizado

⁷⁶⁰ Sobre os custos de transação nas contratações públicas, especialmente em contratos de concessão de serviço público, vide: OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de**

do concessionário entrante e o risco de que o novo concessionário preste um serviço de pior qualidade do que o que vem sendo desempenhado pelo atual. Nesses casos, é cabível uma avaliação conjuntural, pois tanto os custos de realização de uma nova licitação, como os riscos de que não apareça um licitante tão capacitado como o concessionário atual podem variar bastante no tempo. Deste modo, a Administração Pública pode, diante de uma conjuntura econômica desfavorável, concluir que a prorrogação do contrato, nas mesmas condições, é uma alternativa que atende melhor ao interesse público do que proceder à licitação, na convicção de que, em um momento futuro, haverá condições mais favoráveis para a licitação.

A opção constitucional-legislativa, adotada no Brasil, ao estabelecer um prazo máximo para os contratos de concessão, incluindo as suas possíveis prorrogações, tem o objetivo, como se viu, de forçar a Administração Pública a, em algum momento, recorrer ao mercado em busca de soluções mais vantajosas para a prestação dos serviços públicos, além de funcionar como uma espécie de válvula de escape a permitir reformulações abrangentes do modelo contratual e regulatório, sem o risco de oneração dos cofres públicos ou de causar prejuízos aos interesses dos usuários; além de atender ao princípio da isonomia, propiciando que, de tempos em tempos, potenciais interessados possam disputar a delegação do serviço.

É a concorrência entre os potenciais interessados, sem dúvida, o melhor instrumento para revelar, de modo mais claro, quais as condições mais vantajosas que o mercado pode oferecer. Quanto mais tempo se demora para recorrer a esses mecanismos, mais se distancia da realidade de mercado e mais difícil se torna tentar reproduzi-la por meio de metodologias regulatórias, como as revisões tarifárias, cujo resultado final vai se distanciando também cada vez mais do resultado real que seria produzido pela ação direta das forças do mercado. Para Rafael Pinho de Moraes, decidir não realizar uma licitação e optar por prorrogar um contrato de concessão envolve um custo de oportunidade, a ser devidamente considerado⁷⁶¹. Deste

longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, pp. 125 a 136.

⁷⁶¹ “(...) renovar concessão não é sem ônus – apesar de parecer como tal para muitos dos presentes, inclusive atuais formuladores de política pública. Esta solução de simplicidade, ainda que com contrapartidas em termos de investimentos ou mesmo em direitos de outorga que revertam aos cofres públicos, nunca é sem ônus. E a fundamentação básica é o conceito de **custo de oportunidade**, ou seja, ainda que renovar não onere os cofres públicos – inclusive se economizam os gastos de realizar nova licitação – se está deixando de ter um ganho. E este ganho potencial é o próprio fundamento para que as concessões tenham prazo finito. Em 20, 25 ou 30 anos, muita coisa muda: a tecnologia evolui, velhos players somem, novos players surgem etc. As concessões não são por prazos ainda maiores (nem tampouco infinitas) justamente para permitir a substituição da empresa incumbente por um novo concessionário eventualmente mais eficiente – e esta maior eficiência se reverte em maior direito de outorga aos cofres públicos, melhor serviço à população, pedágios mais baratos etc. Claro que

modo, embora seja legítima a opção legislativa de permitir sucessivas prorrogações e a opção administrativa de concretizá-las em determinados casos, é importante ter em mente que, em algum momento, deve ser traçado um limite temporal intransponível, obrigando a Administração Pública a ouvir o mercado novamente, o que é feito por meio de uma nova licitação.

Enquanto existir, no entanto, a possibilidade de prorrogar o contrato, caberá à Administração Pública avaliar se, naquele momento, considerado aquele contrato especificamente, é ou não vantajosa a prorrogação. A opção pela licitação deve ocorrer sempre que se considerar que são maiores as chances de, recorrendo ao mercado, obter-se uma solução melhor que a atual. Evidentemente, não há uma fórmula que permita acertar sempre, mas isso vale para a maior parte das decisões discricionárias que devem ser tomadas cotidianamente pelos governantes. O que se preconiza é um esforço de avaliação, o mais informada possível, antes que decisões quanto à prorrogação ou não de contratos de concessão de serviço público sejam tomadas⁷⁶².

Nem sempre a via da licitação será o melhor caminho. Prorrogar pode sim, devido a uma série de circunstâncias, se revelar a decisão mais correta. Não deve, no entanto, a decisão de prorrogar o contrato ser fundada na mera comodidade da Administração Pública de não precisar organizar uma nova licitação. Como já se asseverou, licitar é a regra, uma imposição decorrente do quanto disposto no art. 175 da Constituição. A prorrogação, admitida na mesma norma constitucional, dependerá, por conseguinte, de um necessário exame de vantajosidade. Assim, mesmo quando possível juridicamente a prorrogação, só se deve prorrogar um contrato quando a Administração concluir que proceder à licitação não levaria a resultados

é possível que o concessionário incumbente participe e eventualmente ganhe de novo sua mesma concessão, mas eliminar a realização de nova concorrência do ponto de vista econômico é dar de presente um monopólio para uma empresa privada (possivelmente menos eficiente) em detrimento do erário e da população.” (MORAIS, Rafael Pinho de. Empurrando concessões com a barriga. In: **Jota**, Brasília: 21 de agosto de 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empurrando-concessoes-com-a-barriga-21082019. Acesso em 8 de novembro de 2019 – grifou-se)

⁷⁶² Como adverte Egon Bockmann Moreira, “*o diferimento poderá ocorrer nos casos em que o contrato esteja desequilibrado e que seja mais razoável e eficiente incrementar seu prazo que promover expressivo aumento na tarifa (...). Ou nos exemplos em que, devido a questões extraordinárias, algumas obras não puderam ser entregues até o dies ad quem. Ou mesmo nos casos em que seria economicamente ineficiente promover nova licitação, em vista da pouca atratividade do serviço quando do seu término (por exemplo, em razão do excesso de oferta pública no respectivo setor) ou em razão do alto valor de indenização a ser desembolsado pelo concedente. O que há de comum a esses exemplos é a necessidade de estudos técnicos minuciosos, a instruir o respectivo procedimento administrativo, que expliquem e justifiquem a decisão administrativa da prorrogação.”* (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8987/95. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133)

mais vantajosos para o interesse público⁷⁶³. É necessário, portanto, que — do mesmo modo que ocorre por ocasião da fixação original do prazo do contrato de concessão — também a decisão de prorrogar e por quanto tempo fazê-lo seja precedida de estudos e análises necessárias para uma decisão informada⁷⁶⁴. Não se deve admitir decisões arbitrárias ou aleatórias⁷⁶⁵. Como toda decisão administrativa, essa também deverá ser motivada⁷⁶⁶ e fundamentada em uma análise conjuntural prévia, juntamente com o exame de todos os requisitos jurídicos de que se cuidará em seguida. Como adverte Ana Paula de Barcellos, tal motivação deverá, ainda, levar em conta os argumentos apresentados por eventuais

⁷⁶³ Como bem apontado por Ana Paula de Barcellos, o juízo discricionário da Administração Pública está limitado pela racionalidade e boa-fé, de modo que se exige “*que a Administração considere efetiva e racionalmente os eventos imprevistos ocorridos e seu impacto, tendo em conta os fins que a ordem jurídica pretende alcançar com a regulação em tela. Isto é, a Administração deverá levar em consideração esses dados ao decidir sobre a prorrogação ou não dos prazos discutidos. (...) deverá a Administração avaliar se, diante desses novos elementos, a prorrogação de prazos anteriormente fixados, nos limites da lei, é a solução que contribui melhor para a realização dos fins pretendidos pela regulação.*” (BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 180 e 181)

⁷⁶⁴ A respeito do direito português que, nesse caso, se assemelha ao brasileiro, Lino Torgal considera ser imprescindível para a prorrogação, que “*se verifique um conjunto de circunstâncias excepcionais, em determinado sector de atividade, que deponha credivelmente no sentido de ser mais vantajoso — econômico-financeira e/ou socialmente — que a Administração estenda o prazo da concessão, em vez de reassumir diretamente a atividade em causa ou de promover a organização de um novo procedimento concorrencial, dirigido à celebração de um novo contrato.*” (TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 238)

⁷⁶⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8987/95. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133 e TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 258.

⁷⁶⁶ “*(...) a exigência de fundamentação da declaração administrativa de prorrogação do prazo valerá mesmo que não se encontre expressamente prevista nos clausulados dos contratos de concessão. Trata-se — dizemo-lo de novo — de um corolário de princípios gerais do ordenamento jurídico-administrativo.*” (TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 242). No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos: “*(...) cabe à Administração demonstrar, tendo em conta, de um lado, as finalidades que a ordem jurídica define e, de outro, as possibilidades que a mesma ordem jurídica lhe confere no que diz respeito a prorrogar ou não determinados prazos, qual a melhor solução à luz dos fatos supervenientes, decidindo motivadamente sobre a prorrogação ou não do prazo em discussão.*” (BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 183), Egon Bockmann: “*O que há de comum a esses exemplos é a necessidade de estudos técnicos minuciosos, a instruir o respectivo procedimento administrativo, que expliquem e justifiquem a decisão administrativa da prorrogação.*” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8987/95. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133) e Rafael Schwind: “*O primeiro requisito para que ocorra a prorrogação prevista contratualmente é o de que o órgão ou entidade competente deve fundamentar a vantagem da prorrogação em comparação à realização de nova licitação.*” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Prazo de vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas**: teoria e prática, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, p. 60). O próprio Tribunal de Contas da União tem decidido nesse sentido, vide: BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.253/2015**. Plenário. Relator Min. José Mucio Monteiro, processo nº 003.379/2015-9.

interessados, devendo-se não apenas apresentar as razões que levaram à decisão adotada, como também aquelas que justificaram ter afastado possíveis soluções alternativas, especialmente quando eram as preferidas por particulares que houverem se manifestado nesse sentido⁷⁶⁷.

6.1.2. Competência para prorrogar

A competência para anuir, em nome do Poder Concedente, com a prorrogação do contrato, que também deve ser desejada pelo próprio concessionário, como se verá a seguir, também deve ser exercida pela Administração Pública, de acordo com os parâmetros e dentro dos limites estabelecidos na lei e no contrato originalmente firmado. O Poder competente para estabelecer a modelagem contratual e fixar o seu prazo, também será competente para decidir quanto à prorrogação. Essas são competências tipicamente administrativas, atribuídas ao Poder Executivo, como examinado acima, no subcapítulo 5.3.3. Deste modo, assim como não cabe à lei, mas sim à Administração Pública,⁷⁶⁸ definir a modelagem dos contratos de concessão de serviço público, também não se admite que lei determine prorrogações de contratos específicos, as quais devem ser avaliadas à luz das circunstâncias de cada caso concreto e da presença de razões de interesse público que a justifiquem.

Nada obstante, deve-se reconhecer que não são raros os exemplos de legislação que pretende alcançar diretamente determinados casos concretos, vinculando a atuação da Administração Pública, sem lhe deixar espaço para realizar uma avaliação do contexto fático.

⁷⁶⁷ “(...) a motivação deve incluir não apenas as razões que apoiam a solução que a Administração pretende implementar — seja ela a prorrogação ou a não prorrogação —, mas também as razões que, a seu juízo, afastam eventuais argumentos que advogavam solução oposto àquela final adotada pela Administração.” (BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 185)

⁷⁶⁸ “Entendemos, em primeiro lugar, que a prorrogação de concessões só pode ser feita pela própria Administração Pública, em razão do princípio da separação dos poderes e de a prorrogação ter que envolver negociações para evitar desequilíbrio econômico-financeiro favorável ao concessionário.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 554). No mesmo sentido: “(...) não é válida nem sequer a cogitação a propósito de adiamentos “tácitos” ou “normativos” — eles devem advir de ato formal celebrado por concedente e concessionário, que atenda aos respectivos pressupostos fático-jurídicos” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8987/95. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 132); “Nesse sentido, a prorrogação só pode ser feita pela Administração Pública, sendo inconstitucional a prorrogação efetivada pela lei.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Oliveira Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 224); “(...) podemos concluir, a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, par. Ún., I; e 223, que o Poder Executivo possui competência exclusiva para prorrogar o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público.” (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 153)

A própria lei geral de concessões (Lei nº 8.987/95) estabeleceu, em seu art. 42, §2º, norma de caráter transitório, referente aos contratos firmados antes de sua promulgação, determinando que “*as concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior*” deveriam permanecer válidas pelo prazo que fosse necessário para a preparação de uma licitação.

Inicialmente, chama a atenção a referência a concessões em operação com o prazo vencido. A rigor, vencido o prazo originalmente estabelecido e sem que tenha sido formalizada a prorrogação, o contrato de concessão já se extinguiu e o serviço já deveria ter sido revertido para o Poder Concedente ou delegado a um novo concessionário. Antes da Constituição de 1988, no entanto, sabe-se que não era incomum que certas concessões continuassem a ser exploradas pelo concessionário original mesmo após o esgotamento do prazo contratado, com base em acordos informais entabulados com o poder público. O que pretendeu o legislador, ao que parece, foi reconhecer essa realidade e assentir com um prazo para que o Poder Concedente pudesse se organizar e planejar adequadamente as próximas licitações, de modo a regularizar todos esses casos de contratos vencidos, ou com prazos indeterminados⁷⁶⁹.

Nota-se, no entanto, que na parte final do disposto em seu art. 42, §2º foi estipulado um prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) meses para essa prorrogação legal. Como já se afirmou, **não cabe à lei determinar prazos ou prorrogações**, mas apenas indicar os parâmetros e limites para que a Administração Pública o faça. Poder-se-ia, então, interpretar tal norma transitória como tendo autorizado o Poder Concedente a tolerar situações que não estivessem de acordo com o novo regime jurídico estabelecido naquela lei, pelo tempo necessário para que pudessem ser adotadas as providências preparatórias⁷⁷⁰. Tratar-se-ia de

⁷⁶⁹ A situação, na prática, prolongou-se por bastante tempo. Pode-se consultar a respeito, parecer de Carlos Roberto Siqueira Castro, datado de 2008, no qual se examina a constitucionalidade de lei complementar municipal de 1988 que havia prorrogado permissões para exploração do serviço de transporte coletivo de passageiros no Município do Rio de Janeiro, pelo prazo de 10 anos, prorrogável automaticamente por iguais períodos, havendo, ainda, a referência à notícia de que a Câmara de Vereadores do Município do Rio de Janeiro pretendia editar lei “*renovando as atuais permissões [outorgadas sem licitação, anteriormente à Constituição de 1988] por mais dez anos, objetivando, assim, remunerar os investimentos realizados pelos atuais permissionários, que prestam o serviço desde 1968.*” (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **Direito Constitucional e regulatório**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 1163 a 1166)

⁷⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal já admitiu esse tipo de prorrogação extraordinária, apenas pelo tempo razoável para viabilizar uma nova licitação, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 412.921, tendo, no caso concreto em exame entendido se tratar de lei inconstitucional, por ter prorrogado o contrato por período além do prazo razoável para a realização de novo procedimento licitatório. (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal. Primeira Turma. **RE 412.921 AgR**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/02/2011, DJe-048, divulgado em 14/03/2011 e publicado em 15/03/2011)

uma espécie de prorrogação de emergência, autorizada por lei, em que o concessionário que já estava explorando o serviço poderia continuar exercendo a atividade até que uma nova solução conforme à lei fosse tornada viável.

A parte final da norma, contudo, ao estabelecer o prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) meses para a prorrogação, cria, na verdade, uma espécie de prorrogação automática de contratos, uma vez que dissocia tal prorrogação de um exame da Administração Pública quanto à sua necessidade. Nesse ponto, parece haver violação direta ao disposto no art. 175 da Constituição, que impõe a realização de licitação para a delegação de serviços públicos. Ora, se o Poder Concedente está apto a assumir o serviço ou já tem condições de contratar com um novo concessionário, qual seria a razão para que fosse respeitado um período mínimo de vinte e quatro meses para a prorrogação? Enquanto a Administração Pública não dispuser de alternativa que garanta a continuidade do serviço público, pode ser justificável que mantenha uma solução de fato que, embora irregular, permite o atendimento da população que, de outra maneira, restaria desatendida. Como expressamente prevê atualmente o art. 20 da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42)⁷⁷¹, o gestor público não deve atuar apenas com base em valores jurídicos abstratos, perdendo de vista as consequências práticas de sua decisão. Não faria sentido, portanto, afastar o concessionário e interromper a prestação do serviço ou torná-lo deficiente. Todavia, dissociado da existência de razões fáticas deste tipo, havendo possibilidade de regularizar a prestação do serviço público, não há nada que justifique a manutenção de uma concessão irregular, cujo prazo já se encontra expirado ou que sequer possui prazo determinado.

A inconstitucionalidade do art. 42, §2º da Lei nº 8.987/95, no entanto, jamais chegou a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo sido questionada a constitucionalidade da Lei nº 11.445/2007 — que deu nova redação a parágrafos do art. 42 da Lei nº 8.987/95 —, pela *ADIN nº 4.058*⁷⁷², proposta em 2008, seu julgamento só veio a ocorrer em fevereiro de 2019. Tendo em vista que já havia sido superado o limite temporal estabelecido no art. 42, §3º, que fixara em 31 de dezembro de 2010 o prazo máximo de validade para as concessões a que se referia o §2º, o Supremo Tribunal entendeu que a ação havia perdido o seu objeto. De

⁷⁷¹ A redação atual do art. 20 da Lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB foi conferida pela Lei nº 13.655/2018 e, portanto, entrou em vigor muitos anos depois da promulgação da Lei nº 8.987/95. No entanto, o espírito que norteou a disposição contida no art. 42, §2º da Lei geral de concessões parece ser o mesmo da LINDB: assegurar que as decisões administrativas levem em conta as consequências que produziram, devendo-se evitar, ao máximo, a adoção de soluções que contrariem o interesse público.

⁷⁷² BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal. Pleno. **ADI 4058**, Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 19/12/2018, DJe-030 divulgado em 13/02/2019 e publicado em 14/02/2019.

todo modo, em relação ao disposto no §1º o pedido foi julgado parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição, no seguinte sentido:

A retomada do serviço pelo poder concedente pode ensejar, assim, tanto sua prestação pela própria Administração Pública quanto uma nova delegação a terceiros, a qual deverá cumprir a supramencionada exigência de realização de licitação. Qualquer entendimento capaz de dispensar procedimento licitatório para nova delegação não se conforma com o mandamento constitucional.

Verifica-se, portanto, a preocupação do Supremo Tribunal Federal com o fato de que o contrato de concessão não pode se prolongar indefinidamente. Deve ter um fim. Neste momento, uma nova contratação não poderá prescindir, em hipótese nenhuma, da necessária licitação. Há, no entanto, outros exemplos de leis que determinam prorrogações automáticas dos contratos de concessão, dispensando a análise do caso concreto pela Administração Pública e desconsiderando, por exemplo, possíveis distorções que possam ser geradas em relação à equação econômico-financeira do contrato. São frequentes exemplos deste tipo envolvendo concessões de transporte público, especialmente em âmbito municipal e estadual, em que leis sucessivas prorrogam automaticamente contratos — muitas vezes firmados sem licitação, antes da promulgação da Constituição de 1988 — levando ao prolongamento indefinido de sua vigência. A título meramente exemplificativo, pode-se referir à Lei nº 2.831/97, do Estado do Rio de Janeiro, cujo art. 45 foi redigido da seguinte forma:

Art. 45 - As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga. (...)

§ 2º - As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização as licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 60 (sessenta) meses, contados da data da publicação desta Lei.

Veja-se que, neste caso, a redação se assemelha muito àquela da Lei geral de concessões. No entanto, neste caso o prazo transitório se estende para um período mínimo de 60 (sessenta) meses, bastante superior ao já alargado prazo de 24 (vinte e quatro meses) previsto na legislação federal. As mesmas razões expostas anteriormente para sustentar a inconstitucionalidade do art. 42, §2º da Lei nº 8.987/95 se aplicam à lei fluminense. Embora não tenha havido declaração de inconstitucionalidade da norma federal, a jurisprudência dos tribunais superiores tem reconhecido a inconstitucionalidade de diversas normas municipais e estaduais dessa natureza, que pretendem prorrogar automaticamente os contratos de concessão, independentemente do exame de cada caso concreto pela Administração Pública.

Já em 1989, pouco tempo depois da promulgação da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar na *ADI nº 118* para afastar a aplicação de norma da constituição do Estado do Paraná, que assegurava às concessionárias do serviço de transporte coletivo de passageiros, “*o direito de dar continuidade aos mesmos serviços que vinham prestando, mediante prorrogações ou renovações das respectivas delegações*”⁷⁷³. Em outro caso oriundo do Estado do Paraná, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a *ADI nº 3.521*⁷⁷⁴, julgou inconstitucionais os artigos 42 e 43 da Lei complementar nº 94/2002 daquele Estado, por entender que, ao autorizar a manutenção de outorgas vencidas ou que estivessem em vigor com prazo indeterminado, havia violado o preceito constitucional do art. 175, que exige a observância do princípio da licitação para a delegação de serviços públicos. Em caso mais recente, ao julgar o *ARE nº 869.007*⁷⁷⁵, o Supremo Tribunal Federal afirmou que:

3. É pacífica a orientação do Supremo Tribunal Federal de que, nos termos do art. 175, caput, da Constituição Federal, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou a permissão da exploração de serviços públicos. Destarte, são inconstitucionais as prorrogações de concessão e de permissão que vão de encontro à referida premissa, inclusive as de contratos formalizados antes de 5 de outubro de 1988.

Quanto ao reconhecimento de que a decisão de prorrogar ou não o contrato se encontra no âmbito de discricionariedade da Administração Pública, pode-se referir aos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *MS nº 24.785*⁷⁷⁶ e do *RMS nº 34.203*⁷⁷⁷, quando se afirmou que “*a discricionariedade da prorrogação é uma das marcas mais acentuadas do contrato administrativo*”. Tratando de modo genérico dos contratos administrativos em geral, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal afirmou

⁷⁷³ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **ADI 118 MC**, Relator Min. Aldir Passarinho, Relator para acórdão Min. Néri da Silveira, julgado em 25/10/1989, DJ 03/12/1993, p. 26337.

⁷⁷⁴ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **ADI 3.521**, Relator Min. Eros Grau, julgado em 28/09/2006, DJ 16/03/2007, p. 20, RT v. 96, n. 861, 2007, p. 95-106.

⁷⁷⁵ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **ARE 869.007 ED-AgR**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 05/05/2017, processo eletrônico, DJe-111, divulgado em 25/05/2017 e publicado em 26/05/2017.

⁷⁷⁶ “*Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova licitação. A escolha do período a ser prorrogado, realizada de acordo com o disposto no contrato celebrado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração.*” (BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **MS 2.4785**, Relator Min. Marco Aurélio, Relator para acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 08/09/2004, DJ 03/02/2006)

⁷⁷⁷ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RMS 34.203**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 21/11/2017, processo eletrônico DJe-053, divulgado em 19/03/2018 e publicado em 20/03/2018.

no RE nº 573.556⁷⁷⁸ que “*não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público, mas simples expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, quando embasada na lei*”.

Já o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que “de acordo com o art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, deve a Administração promover certame licitatório para novas concessões de serviços públicos, não sendo razoável a prorrogação indefinida de contratos de caráter precário”⁷⁷⁹. Especificamente nos casos das permissões e concessões de serviços de transporte coletivo de passageiros, o tribunal firmou sua jurisprudência no sentido de que “é indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988”⁷⁸⁰.

Pode-se referir, ainda, à Lei nº 10.684/2003, cujo art. 26 alterou a redação da Lei nº 9.074/95 para incluir dispositivo determinando que, ao término do prazo das concessões aduaneiras e terminais alfandegados, seus contratos deveriam ser prorrogados pelo prazo de dez anos e as Leis nºs 9.648/98 (art. 3º), 10.577/2002 (art. 1º), 11.668/2008 (art. 7º) e 12.400/2011 que, sucessivamente prorrogaram contratos de franquia firmados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e empresas que administravam postos avançados dos Correios (agências franqueadas)⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RE 573.556 AgR**, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 14/02/2012, acórdão eletrônico DJe-047, divulgado em 06/03/2012 e publicado em 07/03/2012.

⁷⁷⁹ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp 1374541/RJ**, Relator Ministro Gurgel de Faria, julgado em 20/06/2017, DJe 16/08/2017. No mesmo sentido: BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no REsp 1358747/RJ**, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015 e BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp 1374348/RJ**, Relator Ministro Gurgel de Faria, julgado em 02/02/2017, DJe 17/02/2017.

⁷⁸⁰ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 886.925/MG**, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 06/11/2007, DJ 21/11/2007, p. 325. No mesmo sentido: BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1354802/RJ**, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013 e BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1418651/RJ**, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016.

⁷⁸¹ O tema é bem examinado em SUNDGELD, Carlos Ari. O paradoxo da licitação. **Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios**, vol. 2, nº 8 (abr./mai. 2012). São Paulo: IOB, 2012. Ao examinar a questão, o Tribunal de Contas da União julgou inconstitucional a Lei nº 10.577/2002, afirmando, no item 51 do Acórdão nº 574/2006 que “*Além de conflitar diretamente com os preceitos constitucionais acima, a prorrogação dos contratos de franquia ofende gravemente os princípios constitucionais da isonomia ou da impessoalidade, já que a ausência de licitação ceifou o direito de outros interessados na prestação do serviço público postal. Em consequência, o princípio constitucional da eficiência também não foi observado, pois deixou-se de obter a melhor proposta possível para a prestação do serviço. Por fim, ressalte-se que ao renovar esses contratos, a Administração deixou de recolher valores pecuniários pela outorga do serviço ao particular, o que no caso das*

Mais paradigmático é o exemplo das concessões de radiodifusão de som, prorrogadas diretamente pela Lei nº 5.785/72⁷⁸², as quais, como se verá em capítulo seguinte, não constituem o melhor exemplo, já que sequer há cobrança de tarifa nesse caso, sendo a receita auferida pela concessionária quase que exclusivamente oriunda de receitas alternativas. Nesse último caso, o Poder Concedente não se compromete com a manutenção da equação econômica do contrato e a regra — constitucionalmente estabelecida para esses casos em seu art. 223, § 2º — é a prorrogação, denominada pela Constituição como renovação. Para não renovar essas concessões, a Administração Pública depende de autorização de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional. De todo modo, *a contrario sensu*, a Constituição autoriza o Poder Concedente a não renovar tais concessões, desde que obtenha o apoio de dois quintos dos membros do Congresso Nacional. O quórum necessário, portanto, é menor do que o exigido para a aprovação das leis ordinárias.

Deste modo, parece-nos que uma iniciativa legislativa que busque interferir diretamente no prazo de contratos administrativos, prorrogando-os independentemente de uma decisão administrativa específica, confronta o texto constitucional vigente. Assim, lei que pretenda impedir o Poder Concedente de buscar a aprovação para não renovar a concessão — cujo quórum é inferior ao de aprovação das leis ordinárias, com rito distinto — subverte a norma constitucional. Note-se que a prerrogativa para tomar esse tipo de decisão no caso concreto deve ser sempre do Poder Executivo, mesmo porque pode se revelar necessária a extinção do contrato, por exemplo, para a reordenação do serviço e alteração do regime vigente, como aventado anteriormente no subcapítulo 5.2.1.

Conclui-se, portanto, que, ainda que se reconheça ao Poder Legislativo o poder de conformar a atuação da Administração Pública, estabelecendo os parâmetros e os limites que devem ser observados tanto para a modelagem dos contratos de concessão e permissão de

ACC-II deverão representar montantes significativos.” (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 574/2006**. Plenário. Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha, processo nº 012.751/2002-7). Posteriormente, reexaminando o caso, em sede de recurso de reexame, o Tribunal reafirmou sua decisão e asseverou, no item 64 do Acórdão nº 2.447/2007, que “*A saída para que não haja um ‘apagão postal’ não é a edição de leis inconstitucionais, mas, sim, a realização imediata de licitação para a outorga de permissão aos particulares que desejem operar agência dos Correios.*” (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.444/2007**. Plenário. Relator Min. Guilherme Palmeira, processo nº 012.751/2202-7)

⁷⁸² “*Art 1º - As concessões e permissões para execução dos serviços de radiodifusão sonora que, em decorrência do art. 117 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), foram mantidas por mais 10 (dez) anos, contados da publicação da referida lei, ficam automaticamente prorrogadas pelos seguintes prazos:*” (BRASIL. Legislação. **Lei nº 5.785**, de 23 de junho de 1972. *Prorroga o prazo das concessões e permissões para a execução dos serviços de radiodifusão sonora que especifica e dá outras providências.* Publicada no DOU de 23 de junho de 1972).

serviço público, com a fixação de seus respectivos prazos; como para a definição das condições necessárias para a sua prorrogação; a decisão final, adotada em cada caso concreto, deverá sempre ser tomada por meio de ato administrativo, o qual deverá examinar os aspectos fáticos de cada concreto à luz das disposições legais — e, no caso das prorrogações, também das disposições contratuais — aplicáveis.

6.1.3. Requisitos

Como adverte Lino Torgal, o leque de pressupostos autorizadores da prorrogação contratual dependerá do quanto disposto em cada contrato a ser especificamente considerado. Trata-se, certamente, de “*matéria relegada para a autonomia contractual da Administração*”⁷⁸³. Há, no entanto, alguns requisitos que se impõe e que deverão sempre ser considerados. Procuraremos identificar alguns deles no presente capítulo.

Inicialmente, deve-se reconhecer a necessidade de que a prorrogação esteja prevista em lei. O art. 175 da Constituição, ao tratar da matéria, deixa claro que caberá à lei dispor sobre “*o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação*”. Assim, se é certo que as prorrogações dos contratos de concessão ou permissão de serviço público são expressamente admitidas pela Constituição, deve-se frisar que é à lei que cabe definir as hipóteses em que isso será possível e estabelecer o regime jurídico aplicável, com a indicação de parâmetros, condições e limites a serem observados pela Administração Pública quando for examinar cada um dos casos concretos em que se cogitar quanto à prorrogação desses contratos.

Ao reconhecer a necessidade de **autorização legislativa** para a prorrogação dos contratos de concessão⁷⁸⁴, deve-se considerar, portanto, que é prerrogativa do legislador decidir que, em certos casos, não será possível prorrogar o contrato. Examinando essa questão, Flávio Amaral, mesmo admitindo que isso pode causar dificuldades para a execução contratual, reconhece que “*tornar o prazo inflexível e, portanto, improrrogável é opção posta à disposição do legislador ou, mesmo, do gestor público quando conforma a relação contratual*”⁷⁸⁵. Não deve causar espécie que, em determinados casos, não seja possível

⁷⁸³ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 236.

⁷⁸⁴ “(...) a possibilidade de prorrogação precisa contar com respaldo legal específico.” (BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177)

⁷⁸⁵ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 227.

estender a duração do contrato além do tempo originalmente estipulado. Na verdade, para que a prorrogação seja possível, é preciso que esteja autorizada tanto pela lei, quanto pelo contrato, como se verá a seguir.

Resta saber se a necessária autorização legislativa precisa estar contida em lei específica — que trate de cada setor da economia ou de cada uma das espécies de serviço público — ou se basta uma previsão legal genérica. A esse respeito, parece assistir razão a Marcos Juruena, que dispensa a necessidade de lei específica, desnecessária até mesmo no que diz respeito à própria delegação do serviço público⁷⁸⁶. Como se viu no capítulo anterior, a decisão a ser tomada em cada caso concreto é uma típica competência administrativa. Assim, desde que expressamente admitidas, ainda que genericamente, tanto na Constituição como na legislação ordinária, as prorrogações podem ser livremente disciplinadas nos contratos a serem firmados, a não ser que haja restrição legal específica. A alusão genérica contida no inciso XII do art. 23 da Lei nº 8.987/95, que inclui dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “às condições para a prorrogação do contrato”; assim como a determinação contida no art. 5º, I da lei nº 11.079/2004, que determina que os contratos de parceria público-privada devem conter cláusula dispondo sobre o “o prazo de vigência do contrato (...), incluindo eventual prorrogação”, nos parece fornecerem suporte legal suficiente para que os contratos respectivamente das concessões comuns ou das concessões especiais, da lei de PPP, possam prever as hipóteses de prorrogação, se assim a Administração entender conveniente quando da elaboração de sua minuta.

Deve-se referir, no entanto, a precedente do Tribunal de Contas da União, em que se exigiu autorização legal específica, tendo sido a negada a possibilidade de prorrogação de contrato de concessão do setor rodoviário, em decorrência da ausência de previsão legal prévia referente especificamente àquele setor⁷⁸⁷:

a.1) à prorrogação ilegal da vigência do contrato, em função da ausência de respaldo no art. 4º da Lei 13.448/2017 – que veda o prolongamento da duração da vigência dos contratos de concessão rodoviária, salvo se houver previsão no edital ou no contrato original, o que não se verifica no caso concreto – bem como da impossibilidade de prorrogação dos contratos dessa natureza firmados previamente a edição da MP 752/2016, que originou a Lei 13.448/2017, seja sob o pretexto de que a extensão seria necessária para o reequilíbrio econômico-financeiro ou qualquer outra finalidade, em função da **ausência**

⁷⁸⁶ “A delegação do serviço público mediante concessão configura ato de gestão, que, na sistemática constitucional da separação de Poderes, cabe, principiologicamente, ao Poder Executivo.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48)

⁷⁸⁷ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.247/2018**. Plenário. Relator Min. Augusto Nardes, processo nº 031.581/2015-3.

prévia de regulamentação legal do art. 175, § único, inciso I, da Constituição Federal para o setor rodoviário;

Tratava-se, no caso acima, de examinar a legalidade de alterações que se pretendia fazer no contrato de concessão para a exploração da rodovia que liga as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, a Via Dutra, que foram rejeitadas pelo tribunal administrativo, em vista de se ter entendido que configurava “*burla ao processo licitatório, uma vez que levaria a profundas mudanças nas relações contratuais vigentes, transfigurando um contrato primordialmente de operação rodoviária para um essencialmente de execução de obra pública*”. Questionou-se, ainda, a falta de previsão contratual específica para a prorrogação pretendia, de modo que não parece ter sido a ausência de respaldo em lei específica o principal motivo que embasou a decisão adotada. Parece de qualquer forma equivocada a afirmação do Tribunal de Contas da União no sentido de que as prorrogações dos contratos de concessão dependeriam de autorização por lei específica de cada setor. O tema é bastante relevante, já que, não custa recordar que, segundo norma do art. 92 da Lei nº 8.666/93, “*admitir (...) prorrogação contratual (...) sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais*” é conduta tipificada como crime, com previsão de pena de detenção de dois a quatro anos e multa. É importante, portanto, que a jurisprudência administrativa e judicial que enfrente o tema ofereça segurança jurídica aos gestores que precisarão tomar decisões deste tipo.

Além da autorização legislativa que, como sustentamos, pode ser genérica, para que os contratos de concessão possam ser prorrogados, é imprescindível que haja **previsão no edital ou contrato**⁷⁸⁸. Como se viu acima, no subcapítulo 5.3.3, ao tratar da competência para a definição do prazo dos contratos de concessão, trata-se de função a ser desempenhada pelo Poder Executivo, nos termos da lei, ou seja, o Poder Legislativo poderá impor limites mínimos ou máximos para a sua duração e definir parâmetros a serem seguidos para a sua fixação, mas a decisão em cada caso caberá à Administração Pública. Essa decisão administrativa se exerce em dois tempos. No primeiro momento, quando a Administração

⁷⁸⁸ “(...) a prorrogação deve estar prevista no edital e na minuta do contrato, anexa ao instrumento convocatório (art. 23, XII, da lei nº 8.987/1995)” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 91); “O que parece fora de dúvida é a obrigatoriedade de o instrumento convocatório da licitação e o contrato estabelecerem expressamente a possibilidade de o prazo contratual ser prorrogado.” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 229) e “Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista, expressamente, no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha.” (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 183)

elabora a modelagem da concessão e define qual será o seu prazo, assim como se serão ou não possíveis prorrogações e em quais condições⁷⁸⁹. Essas regras contratuais deverão ser do conhecimento de todos os licitantes e interessados na licitação. Sua formalização pode se dar no próprio edital e/ou na minuta de contrato que o acompanha, mas é imprescindível que a informação esteja disponível previamente à licitação, já que se trata de dado relevante para a avaliação quanto ao interesse em contratar. O segundo momento de exercício da discricionariedade administrativa ocorre quando, ao término do prazo contratual inicialmente ajustado, a Administração deverá avaliar se é ou não o caso de, à luz da situação de fato posta e das regras legais e contratuais incidentes, prorrogar aquele contrato.

Questiona-se, a esse respeito, se o regime contratualmente estabelecido para as prorrogações pode ou não ser objeto de alterações unilaterais ou consensuais do contrato, já durante a sua execução. Esse tema específico será tratado mais à frente, mas já se adianta o entendimento esposado nesta tese quanto à impossibilidade deste tipo de modificação futura. Devem estar previstas, portanto, no edital ou na minuta do contrato elaborado pela Administração, as condições para a prorrogação, quando for possível, não se admitindo modificações contratuais posteriores desse regime.

Deve-se referir ao fato de que há alguns autores que admitem, em situações excepcionais, que mesmo diante de hipóteses em que não é possível extrair da redação das cláusulas contratuais uma autorização para a prorrogação, seria possível autorizá-la em decorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis⁷⁹⁰. No caso das prorrogações para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, há inclusive uma significativa parcela da doutrina que sustenta não se tratar nesse caso propriamente de prorrogação, mas de um outro tipo de extensão de prazo, com finalidade específica, subordinado, portanto, a regime jurídico diverso. Esse tema será tratado mais à frente, no subcapítulo 6.2.2.1, podendo-se adiantar, desde já a posição adotada no sentido de que, apesar de ser possível distinguir entre várias espécies de prorrogação, segundo as suas diversas finalidades, há um regime jurídico comum

⁷⁸⁹ “É o contrato de concessão, destarte, que definirá os termos e as condições da prorrogação, sendo temerário o recurso a afirmações doutrinárias genéricas sobre esse assunto e descoladas da legislação setorial pertinente.” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 433)

⁷⁹⁰ Exemplificativamente, pode-se referir à doutrina de Luiz Alberto Blanchet: “Há, ainda, consoante aludimos inicialmente, situações nas quais as prorrogações são admissíveis embora não previstas no contrato, sempre que provocadas por fatores supervenientes, imprevisíveis e não subordinados à vontade do concessionário. Estes fatores justificarão a prorrogação sempre que ficar patente o comprometimento da prestação adequada (merecendo especial menção a permanência e continuidade) do serviço se a concessão não vier a ser prorrogada.” (BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessões de serviço público**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 126)

a todas elas que deve ser respeitado. Deste modo, diante de uma vedação genérica em lei ou no respectivo contrato, não se deve admitir, a nosso ver, nenhum tipo de prorrogação, qualquer que seja a sua finalidade.

Mais do que isso, é possível afirmar que basta o silêncio do contrato para que a prorrogação seja interdita. A regra em qualquer tipo de contratação pública é que seja precedida de licitação. Para afastar esse princípio geral é necessário, portanto, que haja expressa determinação nesse sentido, tanto para que seja possível a contratação direta, como ocorre nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, expressamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, como nos casos de prorrogação. A esse respeito, note-se que, como já ressaltado anteriormente, o art. 23, XII da Lei nº 8.987/95, referiu como uma das cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público àquela que discipline as condições para a sua prorrogação. Deste modo, diante da omissão do contrato a esse respeito, nos parece que se deve considerar esse como um **silêncio eloquente**, extraído-se daí a vedação a qualquer tipo de prorrogação^{791 792}.

A jurisprudência tem seguido também nesse sentido. Ao proferir o Acórdão nº 2.200/2015⁷⁹³, o Tribunal de Contas da União entendeu que é condição objetiva para a prorrogação, “*o contrato possuir previsão expressa*” nesse sentido. Mais recentemente, no Acórdão nº 738/2017⁷⁹⁴, deixou claro que:

1. A prorrogação da vigência do contrato de concessão para além do prazo inicialmente ajustado, em detrimento de nova licitação, somente é lícito caso haja expressa autorização do instrumento convocatório e do contrato, bem assim comprovação de que é a solução que melhor atende ao interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou o tema e reconheceu, no julgamento do *RMS 24.118*, a existência de vício na prorrogação de contrato administrativo, declarando sua nulidade “*na medida em que não havia previsão, no edital do certame que a*

⁷⁹¹ “*O edital e o contrato podem ou não prever a possibilidade de prorrogação, o que, em muitos casos, se justifica e se recomenda. Se não contiver previsão, sou da opinião de que ela não é possível.*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 168). Nesse mesmo sentido, vide GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 230.

⁷⁹² Há, todavia, divergência na doutrina, havendo autores que defendem a solução contrária: “*Tal espécie de prorrogação deverá encontrar amparo contratual, seja na existência de cláusula que admita a prorrogação ou na inexistência de cláusula que expressamente a vede.*” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. **Prorrogações contratuais em contratos de concessão**. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 212)

⁷⁹³ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.200/2015**. Plenário. Min. Relatora Ana Arraes, processo nº 024.882/2014-3.

⁷⁹⁴ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 738/2017**. Plenário. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, processo nº 014.689/2014-6.

autorizasse”, tendo a cláusula autorizadora sido incluída por termo aditivo ao contrato, o que impossibilitara, à época da licitação, que eventuais interessados tivessem acesso à informação quanto à possibilidade de prorrogação, como se extrai do voto do Ministro relator Teori Zavascki⁷⁹⁵. Nesse caso, enfrentou-se questão mais sensível, já adiantada na abertura deste tópico, pois, apesar de originalmente não haver previsão contratual, essa foi posteriormente inserida por aditivo contratual.

Ainda mais polêmico se torna o assunto, quando se cogita da possibilidade de que as condições contratuais vigentes venham a ser alteradas diretamente pela lei, para viabilizar uma prorrogação que não encontra previsão contratual. Já se afirmou, a esse respeito, que não se admitem prorrogações realizadas diretamente pela lei, já que dependem de exame a ser realizado pela autoridade administrativa quanto à situação de fato. No entanto, para que a Administração Pública possa tomar essa decisão, é preciso que haja uma autorização legal, ainda que genérica. Essa lei, naturalmente, poderá estabelecer parâmetros a serem observados pela Administração ao tomar sua decisão no caso concreto ou condições a serem exigidas do concessionário que deseje prorrogar o seu contrato. Do mesmo modo, para que o contrato possa ser prorrogado, é preciso que ele contenha cláusula contratual prevendo essa possibilidade. **A alteração da cláusula que disciplina o regime jurídico das prorrogações, sem base em inovação legislativa**, apenas por deliberação administrativa, já foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça, como referido acima. Também o Tribunal de Contas da União, ao examinar o caso da alteração do contrato de concessão para a construção de uma nova pista na Serra das Araras, na Via Dutra, já teve oportunidade de rejeitar essa possibilidade⁷⁹⁶. A questão que se pretende examinar agora é se lei superveniente poderia alterar o regime de prorrogação originalmente previsto no contrato, regido pela legislação vigente à época em que foi firmado.

Há quem sustente que a natureza regulamentar das cláusulas que estabelecem os prazos e condições para a prorrogação dos contratos administrativos as tornam mutáveis, de modo que seria possível alterar seu conteúdo com o contrato em andamento, desde que por

⁷⁹⁵ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **RMS 24.118/PR**, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008, DJe de 15/12/2008.

⁷⁹⁶ “Nota-se que dezesseis anos após o início da avença foi inserida no contrato, por meio de aditivo, a possibilidade de prorrogação; entretanto, considerando-se que as cláusulas essenciais do contrato (como a em questão) não devem ser alteradas, não cabe consentir a viabilidade da modificação do prazo de vigência” (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.247/2018**. Plenário. Relator Min. Augusto Nardes, processo nº 031.581/2015-3)

meio de lei⁷⁹⁷. Não nos parece que seja esse o caso. Por um lado, é verdade que as cláusulas que fixam o prazo são cláusulas regulamentares. Por essa razão, reconhece-se ao Poder Concedente a prerrogativa de encerrar antecipadamente o contrato, encurtando o seu prazo por decisão unilateral, motivada por razões de interesse público, como ocorre na encampação; ou como sanção aplicada ao concessionário, como ocorre nos caso de caducidade. Igualmente, se reconhece a sua prerrogativa de anuir com a sua prorrogação. São coisas bastante distintas, no entanto, praticar atos unilaterais ou negociais que estendam ou encurtem o prazo do contrato e alterar o regime contratual que estabelece as condições em que isso pode ser feito. A nosso ver, **modificar esse regime jurídico**, com o contrato em curso, **permitindo a prorrogação sem que o contrato original o previsse; ou alterando as condições em que ela poderá ocorrer**, equivaleria a uma violação dos princípios de vinculação ao edital e da isonomia⁷⁹⁸, criando para o concessionário uma situação que não foi oferecida aos demais licitantes e desvirtuando a própria lógica contratual⁷⁹⁹. Esse tipo de procedimento seria inaceitável, da mesma forma que a desnaturação do objeto, de que se cuidará no subcapítulo 6.1.4 abaixo, ao tratar dos seus contornos como limite para as prorrogações.

Deve-se referir, todavia, que há exemplos recentes de alterações legislativas do regime de prorrogação de contratos de concessão que têm sido admitidas pela jurisprudência. Em

⁷⁹⁷ “Assim sendo, a cláusula de prorrogação pode ser considerada uma cláusula regulamentar dos contratos de concessão de serviço público e não uma cláusula econômica, motivo pelo qual o Poder Concedente pode alterar, unilateralmente, seu conteúdo no interesse do serviço, notadamente para definir novas condições para a prorrogação.” (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 235)

⁷⁹⁸ Essa é, por exemplo, a posição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “(...) o prazo da concessão não é elemento contratual do ato. Compreende-se nas cláusulas regulamentares, pelo que o concedente pode, em razão de conveniência e oportunidade — portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário —, extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isso praticar qualquer ilícito”. O autor, no entanto, rejeita a possibilidade de inclusão da disciplina quanto à prorrogação em momento posterior à licitação: “(...) seria inviável qualquer dilatação do contrato, a menos que referida na minuta de contrato que integrar o edital.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 688). Também Marçal Justen Filho, ao tratar do tema, refere à mutabilidade das cláusulas que tratam da vigência dos contratos, chamando a atenção para a possibilidade de sua extinção antecipada. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 165). Letícia Queiroz também examina a natureza das cláusulas do contrato de concessão, classificando como regulamentares aquelas que tratam do prazo e como contratuais as que tratem das hipóteses fáticas de configuração do dever de equilíbrio. (ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, p. 118)

⁷⁹⁹ Curioso observar, nesse sentido, que Felipe Guimarães, que expressamente admite a alteração do regime jurídico das contratações, com o contrato em curso, rejeita a possibilidade de criação por lei da possibilidade de prorrogação não prevista originalmente em contrato. (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 241 e 242). As situações não nos parecem distintas. Em ambos os casos, cuida-se de alterar um regime jurídico, permitindo a prorrogação que era vedada ou impedindo a prorrogação que era permitida.

todos os casos identificados, no entanto, a lei inovou para restringir as condições em que o contrato pode ser prorrogado. Pode-se referir, exemplificativamente, aos julgamentos dos *MS n° 20.468*⁸⁰⁰, *MS n° 21.465*⁸⁰¹ e *MS n° 20.432*⁸⁰², que se referem à aplicação da Lei n° 12.783/2013⁸⁰³, que tratou da prorrogação de concessões do setor elétrico, condicionando-as à inserção de novos investimentos ou inclusão de parâmetros, metas de qualidade ou condições inexistentes originalmente. Os impetrantes alegavam que teriam direito à prorrogação automática de seus contratos, por terem cumprido todas as condições previstas nas cláusulas contratuais. Deste modo, não poderia a Administração Pública negar tal prorrogação com base em lei posterior, a qual não poderia contrariar o contrato, que consistiria em ato jurídico perfeito, nem o direito, supostamente, já adquirido pelo concessionário à prorrogação.

A existência ou não de direito adquirido à prorrogação contratual será examinada mais à frente, em capítulo seguinte. Por ora, interessa observar que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já expressou entendimento no sentido de que a lei posterior pode sim alterar o regime jurídico das prorrogações de concessões de serviço público. No entanto, tais decisões dizem respeito a essas hipóteses em que a lei nova apenas restringiu o campo de discricionariedade para a decisão administrativa. A premissa de que se valeu nesses julgados é a de que o concessionário não tinha um direito adquirido à prorrogação do seu contrato, que dependeria ainda de um exame de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A

⁸⁰⁰ “9. Ora, a decisão transitada em julgado dispôs que o prazo seria de 15 anos prorrogáveis por igual período, ou seja, consignou tão somente a possibilidade de prorrogação por mais 15 anos, não havendo, dessa forma direito líquido e certo a tal prorrogação, uma vez que esta é faculdade outorgada à Administração, exercida segundo critérios de conveniência e oportunidade. Assim, ao reconhecer a possibilidade de prorrogação das permissões originais, o juízo nada mais fez do que declarar a expectativa de direito dos autores na aludida prorrogação, que não pode nem deve ser confundida com o direito a tal prorrogação.” (BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, **MS 20.468/DF**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 11/12/2013, DJe 05/02/2014)

⁸⁰¹ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, **MS 21.465/DF**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 13/12/2017, DJe 18/12/2017.

⁸⁰² BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, **MS 20.432/DF**, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. para acórdão Ministro Herman Benjamin, julgado em 24/06/2015, DJe 15/02/2016.

⁸⁰³ Sobre a inconstitucionalidade da Lei n° 12.783/2013, não relacionada às regras de prorrogação, mas sim à desnaturação do seu objeto, ao alterar um regime de livre comercialização da energia gerada por um sistema de cotas, com tarifa regulada, vide: REIS, Márcio Monteiro. Implantação do regime de cotas para as concessões de usinas de geração hidrelétrica (Lei n. 12.783/2013): prorrogação ou nova contratação? In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, Tomo IV**, pp. 329 a 344. Rio de Janeiro: Synergia, 2015. Tratando da MP 579/13, que foi convertida posteriormente na Lei n° 12.783/2013, Floriano de Azevedo Marques, defende a inexistência de inconstitucionalidade em suas normas referentes à prorrogação, pois “já encontrava previsão legal e contratual lícitas, válidas e vigentes”, o que tornava a MP apenas “desnecessária e inconveniente”. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a medida provisória n° 579/2012. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (org.) **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 906)

lei nova, portanto, apenas alterou os parâmetros a serem levados em conta pela autoridade administrativa. Não teria havido, portanto, violação a direito do concessionário, pois, de todo modo, na relação administrativa de natureza contratual, sempre deverá prevalecer a decisão de mérito da Administração Pública⁸⁰⁴:

1. Na relação contratual privada, a interpretação que uma das partes faz do contrato não se sobrepõe à interpretação atribuída pela outra. Se não for dirimida pelo consenso ou por uma solução de compromisso, a controvérsia será decidida pelo Judiciário quando provocado. **Na relação administrativa de natureza contratual, prevalece a interpretação adotada pela Administração Pública. Trata-se do que a doutrina chama de "prerrogativa da decisão unilateral executória", a revelar a subordinação de quem contrata com o Poder Público.** Em se tratando do setor elétrico, a subordinação do concessionário em relação ao poder concedente se revela também pela natureza do sistema. A geração é só uma das fases do processo de fornecimento de energia. Quem a explora depende de quem controla o todo. Com efeito, a geração da energia só tem sentido se puder ser transmitida, distribuída e comercializada. *Quid*, se o poder concedente desfizer a integração no sistema da geradora de energia ? A usina não terá meios de operar. Por isso, indeferindo o pedido de prorrogação, o poder concedente deve assumir, "imediatamente, a operação das centrais geradoras, para garantir a sua continuidade e regularidade" (nona subcláusula da cláusula décima terceira - e-stj, fl. 96).

O que o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado recentemente, portanto é que pode o legislador, a qualquer tempo, interferir nos parâmetros que devem ser observados pela Administração Pública para a prática de um ato administrativo discricionário. Assim, se a legislação anteriormente vigente e o texto original do contrato lhe permitiam um campo amplo de alternativas, o legislador pode restringir as opções disponíveis. Isso não significa, de modo algum, que esteja o legislador autorizado a criar direitos subjetivos novos para o concessionário, que não possam ser extraídos do contrato, pois aí haveria violação aos princípios da vinculação ao edital de licitação e da isonomia.

Desdobramento interessante desta questão diz respeito, ainda, a uma exigência adicional mencionada por alguns autores. Para que o contrato de concessão seja prorrogado, não basta que haja cláusula anterior prevendo essa possibilidade, é necessário também que o contrato a ser prorrogado tenha sido ele próprio licitado. Diante da exigência contida no art. 175 da Constituição de que os contratos de concessão e permissão de serviço público sejam submetidos à prévia licitação, interpreta-se que **apenas os contratos licitados seriam prorrogáveis**⁸⁰⁵. Não se estenderia, portanto, aos contratos firmados anteriormente à Constituição de 1988 sem a realização prévia de licitação a autorização constitucional para a

⁸⁰⁴ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, **MS 20.432/DF**, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. para acórdão Ministro Herman Benjamin, julgado em 24/06/2015, DJe 15/02/2016.

⁸⁰⁵ Sobre o tema, com um apanhado de diversas decisões que interditam a prorrogação quando o contrato original não tiver sido firmado mediante prévia licitação: GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 123 a 128.

prorrogação, que teria como premissa a existência de um certame licitatório na origem do contrato inicial.

Como já se referiu, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou esse tema ao julgar o ARE nº 869.007⁸⁰⁶, no qual afirmou que “é imprescindível prévia licitação para a concessão ou a permissão da exploração de serviços públicos”, de modo que “são inconstitucionais as prorrogações de concessão e de permissão que vão de encontro à referida premissa, inclusive as de contratos formalizados antes de 5 de outubro de 1988”.

Esse tema causou alguma polêmica quando a Lei nº 12.783/2013, resultante da conversão da Medida Provisória nº 579/2012, estabeleceu condições para uma nova prorrogação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, que já eram existentes por ocasião da promulgação da Lei nº 8.987/95 e foram prorrogadas nos termos dos arts. 17, §5º, 19 e 22 da Lei nº 9.074/95 e Decreto nº 1.717/95, tendo os seus prazos finais sido estendidos para termos entre os anos de 2015 e 2017, conforme o caso. Tratava-se de saber se a lei poderia — como, de fato, o fez — propiciar uma nova prorrogação dessas concessões, que haviam sido outorgadas originalmente sem licitação e cujos contratos originais não previam novas prorrogações. Claramente se nos afigura que a prorrogação, em 2015, de contratos firmados antes da Constituição de 1988, sem terem sido precedidos de licitação, feriria o disposto em seu art. 175. Não se conhece, no entanto, até esta, data nenhuma decisão judicial que tenha afastado, por inconstitucional, a aplicação dessa norma.

Deve-se referir, ainda, que, para que seja prorrogado, é imprescindível que **o contrato esteja vigente**. O advento do termo contratual é causa de extinção dos contratos de concessão, se não fosse por outras razões, por força do disposto no art. 35, I da Lei nº 8.987/95. Assim, uma vez atingido o termo final da sua duração e extinto o contrato não será mais possível cogitar de sua prorrogação. Caso a Administração Pública continue tendo interesse no objeto daquele contrato, deverá providenciar contratação nova, ainda que emergencial, se for esse o caso, podendo até firmar esse novo contrato emergencial com o mesmo concessionário⁸⁰⁷.

Ao examinar termo aditivo que havia prorrogado contrato administrativo já expirado, após o encerramento da sua vigência, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela sua

⁸⁰⁶ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **ARE 869.007 ED-AgR**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 05/05/2017, processo eletrônico, DJe-111, divulgado em 25/05/2017 e publicado em 26/05/2017.

⁸⁰⁷ Sobre as prorrogações e contratações em situação de emergência se cuidará no subcapítulo 6.2.2.3 abaixo.

nulidade absoluta⁸⁰⁸. Alexandre Aragão também afirma que, para ser prorrogado, é necessário que o contrato se encontre vigente. No entanto, admite exceção para os casos em que haja sido praticado, pela Administração Pública, ato suscetível de gerar objetivamente a confiança legítima do contratado na prorrogação do prazo contratual. Nesse caso, caberia ou a sua indenização ou a prorrogação do contratado, a depender do interesse público⁸⁰⁹. Não nos parece, no entanto, que a prorrogação seja uma alternativa juridicamente viável, pois uma vez extinto o vínculo, não há como prorrogá-lo, ainda que houvesse interesse público em fazê-lo na época apropriada. Poderá haver indenização daquele que teve a sua expectativa legítima quebrada, assim como deverá ser apurada a eventual responsabilidade disciplinar daqueles que deram causa à violação do interesse público. A prorrogação, no entanto, não será possível⁸¹⁰.

Como já se referiu, a competência administrativa para tomar a **decisão discricionária** quanto à prorrogação ou não de um contrato de concessão de serviço público se exerce em dois tempos. No momento inicial, de modelagem do projeto de concessão, cabe à Administração dispor genericamente e, ainda no plano abstrato, se haverá ou não possibilidade de prorrogação ao final do período contratual inicialmente avençado e quais as condições para que isso ocorra, sempre respeitando os parâmetros e limites impostos pela lei. No segundo momento, lhe caberá a tarefa de, à luz das disposições legais e das normas contratuais pactuadas com o concessionário, decidir, analisando as circunstâncias do caso concreto, se é ou não conveniente, naquele momento, anuir com a prorrogação do contrato. Para tanto, deverá avaliar as outras opções disponíveis, essencialmente: organizar uma nova licitação para a contratação do próximo concessionário que, poderá ou não ser o mesmo, a depender do resultado do certame licitatório, ou assumir diretamente a prestação do serviço, por meio dos órgãos ou entes que compõem a própria Administração Pública.

⁸⁰⁸ “4. Afigura-se juridicamente impossível, tanto a possibilidade de convalidação de ato administrativo que visa formalizar Termo Aditivo à contrato findo, como de dar a essa prestação de serviço a conotação de contrato verbal. Devendo, pois, ser encarado como contratação irregular.” (BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1.111.084/RJ**, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 02/06/2015, DJe de 18/12/2015)

⁸⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013, p. 370.

⁸¹⁰ “Elle suppose ainsi, de manière tout a fait logique, que le consentement à la prorogation se fasse avant que le terme soit échu car, à son échéance, le terme produit automatiquement son effet: la relation contractuelle s'éteint instantanément. La modification du terme ne peut donc être envisagée que par rapport à un engagement en cours d'exécution.” (HOEPFFNER, Hélène. **La modification du contrat administratif**. Paris: LGDJ, 2009, p. 226). No mesmo sentido: GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 197.

Esse exame comparativo com as alternativas disponíveis será obviamente sempre exigível. Pode ser necessário, todavia, proceder também ao exame de outras circunstâncias de fato ou de direito que interfiram na decisão administrativa. Por exemplo, caso se trate de uma prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, será necessário avaliar comparativamente a prorrogação diante das outras modalidades de correção do desequilíbrio identificado, como o aumento da tarifa, a redução de investimentos ou o pagamento de uma indenização com recursos orçamentários ao concessionário, por exemplo. Quando se tratar de uma prorrogação emergencial, deve ser analisada a viabilidade de se firmar um contrato emergencial com outro prestador e as condições contratuais que se poderia obter nessas circunstâncias, os custos de transição para uma troca de concessionário que firmará um contrato por prazo curto em decorrência da situação de urgência, ou ainda a possibilidade de assumir emergencialmente a prestação direta do serviço enquanto organiza uma licitação definitiva.

Há autores que entendem, como já se mencionou, que quando se trata de reequilibrar a economia do contrato, a ampliação do prazo não é propriamente uma prorrogação e se submete a regime jurídico distinto. Nesse sentido, sustentam que, nesses casos, haveria um direito adquirido do concessionário não somente ao reequilíbrio do seu contrato, mas também a que esse reequilíbrio se desse por meio de uma prorrogação contratual. Não compartilhamos desse entendimento, pelas razões que serão expostas abaixo, no subcapítulo 6.2.2.1, que cuidará dessa espécie de prorrogação. A nosso ver, qualquer que seja a espécie de prorrogação de que se trate — categoria na qual se inserem todas as modalidades de ampliação do prazo inicialmente estipulado — a decisão final, tomada em cada caso concreto, à luz das circunstâncias de fato, caberá sempre à autoridade administrativa e será sempre discricionária⁸¹¹. Ainda que o concessionário tenha direito adquirido ao reequilíbrio do seu

⁸¹¹ “(...) a decisão no sentido ou não da prorrogação deverá ser tomada na forma prevista e pelo agente público definido como competente pelas normas pertinentes. Por fim, é como a jurisprudência destaca ao tratar do tema, a prorrogação de prazos envolve um componente importante de discricionariedade a cargo da Administração Pública.” (BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177); “Sem prejuízo disso, pode-se dizer que, na maioria dos setores de infraestrutura, há a prerrogativa discricionária do Poder Concedente em definir o momento e o conteúdo da extensão do prazo da concessão, não havendo a priori um direito subjetivo do concessionário à sua prorrogação.” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434) e “A prorrogação é faculdade do poder concedente, que só deverá efetuar-se se o concessionário estiver cumprindo bem suas obrigações e a tarifa for compatível com o nível econômico da maioria dos usuários do serviço, mas sempre dependendo do exame de conveniência e oportunidade da

contrato, por exemplo, decidir se a correção necessária se dará por meio de uma prorrogação (caso o concessionário também esteja de acordo) ou por outra modalidade qualquer que seja juridicamente disponível e economicamente viável, é uma prerrogativa da Administração Pública, segundo sua avaliação quanto ao atendimento do interesse público.

Há decisões jurisprudenciais, no entanto, que consideram vinculado o ato administrativo que defere a pretensão do concessionário à prorrogação do contrato de concessão. No julgamento do *MS 21.465*⁸¹² o Superior Tribunal de Justiça denegou a segurança, por entender que a Administração Pública estava adstrita às condições previstas em lei. Deste modo, tendo havido alteração do regime legal, tornando mais restritivas as condições para a prorrogação, as cláusulas contratuais anteriores não poderiam prevalecer em sentido contrário à nova regra legal. No entanto, apesar de não ter usado esse argumento como razão de decidir, o Superior Tribunal de Justiça afirmou naquela ocasião que o deferimento da prorrogação de prazo é um ato vinculado. Por tudo o que se expôs anteriormente, não parece ser esse o melhor entendimento.

Apesar de envolver uma decisão administrativa discricionária, a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público não pode ser realizada de modo unilateral. Para que o contrato seja prorrogado será necessário o **consenso** entre as partes⁸¹³. O ato discricionário da Administração Pública não será propriamente de prorrogação do contrato, mas de anuência

medida.” (AZEVEDO, Eurico de Andrade e ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 101)

⁸¹² “3. Ainda que o deferimento da prorrogação de prazo seja um ato vinculado, ele está adstrito às condições previstas em dispositivo normativo. Caso sobrevenha uma mudança no regime jurídico, desde que não haja afetação direta do equilíbrio econômico-financeiro, o Executivo está obrigado a implementar as novas balizas, em clara manifestação de seu poder de império, também presente nas relações contratuais. 4. No âmbito da implementação de políticas públicas, a tutela de uma situação individual não pode afetar as condições de competitividade dos demais players. Ao contrário da narrativa da impetrante, a recusa do Poder Concedente em prorrogar o contrato *sub judice* não perfaz ato arbitrário.” (BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **MS 21.465/DF**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 13/12/2017, DJe 18/12/2017)

⁸¹³ Nesse sentido, vide as seguintes considerações doutrinárias: “*Ponto incontestado é que a prorrogação do prazo não é uma daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente impostas pela Administração Pública ou mesmo, no caso de recusa da sociedade empresária contratada, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa.*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 236); “*Além disso, a prorrogação não poderá, a nosso ver, ser administrativamente imposta ao concessionário, dependendo, em qualquer caso, a sua efetivação de uma manifestação de vontade deste, formulada nos termos fixados no contrato. (...) não são admissíveis prorrogações forçadas do prazo do contrato por acto unilateral do concedente.*” (TORRALBA, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 244 e 245) e “*(...) a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão de serviço público tem natureza jurídica de um ato administrativo lato sensu, mais precisamente de um negócio jurídico administrativo, isto é, de uma declaração de vontade destinada a produzir os efeitos jurídicos queridos pelos declarantes (Poder Concedente e concessionária).*” (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 128 e 129.

à prorrogação, que será formalizada não por um ato unilateral, mas por um ato negocial firmado entre as partes: um **aditivo** ao contrato⁸¹⁴. Segundo Jacintho Arruda Câmara, o interesse público, examinado pelo Poder Concedente, e o interesse econômico do concessionário “*deverão estar, mais uma vez, em sintonia para que a relação seja estendida por igual período*”⁸¹⁵. Como lembra Marçal Justen Filho — que não admite a prorrogação do contrato de concessão que não para a recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro —, “*o concessionário tem o direito de encerrar sua atuação no término do prazo contratual*”⁸¹⁶.

Em geral, cabe ao concessionário, dentro de um período de prazo previamente indicado, apresentar um requerimento para a prorrogação do contrato, quando lhe interesse, devendo a Administração Pública deliberar à luz do direito, dos fatos e das razões de conveniência e oportunidade. Frequentemente os contratos de concessão estabelecem expressamente procedimentos deste tipo, estipulando o marco temporal que deverá ser observado para a formulação do pleito. Nada impede, no entanto, que a iniciativa para a prorrogação seja da própria Administração Pública, tudo dependerá dos termos do contrato e da avaliação de conveniência e oportunidade que se fizer. De todo modo, para que o contrato seja prorrogado sempre será necessária a existência de consenso.

Pode-se cogitar de hipótese em que esse consenso entre as partes seja formado no momento de celebração do contrato. Como já se referiu, a discricionariedade administrativa se exerce, no que diz respeito à prorrogação, em um primeiro momento quando são redigidas as

⁸¹⁴ Nesse sentido, vide: CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 212 e GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 236. Também já decidiu assim o Superior Tribunal de Justiça, exigindo a formalização de um aditivo para que se concretize: “*Ao admitir a prorrogação, estabelecendo o legislador, adredemente, nos diversos incisos do § 1º do art. 57, as causas possíveis, sem abandono do rigor formal do prazo contratual previsto, os quais devem ser fielmente cumpridos, inclusive no tocante à prorrogação. Esta, nas hipóteses permitidas, exige formalidade, assim como o contrato, o que se faz por termo aditivo.*” (BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 735.698/RJ**, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 18/12/2007, DJ 13/02/2008, p. 150)

⁸¹⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contrato administrativo**. V. 6, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 348. Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro também mencionam a necessidade de “*comum acordo com os concessionários*” para que possa ocorrer a prorrogação do contrato de concessão. (PINHEIRO, Armando Castelar e RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferrovias**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017, pp. 145 e 146). No mesmo sentido: GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 770; FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 575 e MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, p. 213.

⁸¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 574.

cláusulas contratuais e, em um segundo momento, quando a decisão final é tomada. Isso também é verdade quanto à declaração de vontade do concessionário, que é expressa em um primeiro momento, quando firma o contrato, obrigando-se por suas cláusulas e, em um segundo momento, quando pleiteia ou anui com a prorrogação. Nada impede que qualquer uma das partes opte por autovincular-se, quando da celebração do contrato, assumindo a obrigação contratual pela prorrogação em determinadas condições. É o que ocorre, do ponto de vista da Administração com as prorrogações premiais, de que se cuidará no subcapítulo 6.2.1.2 abaixo. Também o concessionário poderá, a depender da redação das cláusulas contratuais, estar obrigado à prorrogação do contrato. Essa, no entanto, não é a regra, sendo o momento de formação do consenso, em geral, próximo do termo final do prazo inicialmente ajustado.

Embora não seja esse o caso atualmente no Brasil, pode-se perquirir também quanto à hipótese em que a lei determina a prorrogação obrigatória do contrato em determinadas circunstâncias. Desde que esse regime estivesse vigente quando da celebração do contrato original, não haverá nenhuma violação do necessário consenso, pois ambas as partes conheciam essa condição quando se obrigaram. Na Espanha, por exemplo, em decorrência de expressa previsão legal, contida no art. 29, apartado 2 da Ley 9/2017⁸¹⁷, que disciplina os contratos do setor público naquele país, a prorrogação é sempre uma prerrogativa da Administração Pública, cabendo-lhe decidir unilateralmente a respeito, obrigando-se o concessionário a acatá-la nos termos em que previsto no contrato. Sua concordância se dá, sempre, de forma antecipada desde o momento da celebração contratual.

Por fim, não faria sentido prorrogar um contrato que não estivesse sendo executado a contento. Desse modo, um dos requisitos que tem sido indicados para a prorrogação é o **desempenho adequado** por parte do concessionário. Para que a Administração Pública possa sequer cogitar quanto à conveniência e oportunidade de prorrogação de um contrato de concessão de serviço público que esteja em curso, será imprescindível, por óbvio, que o concessionário atual esteja demonstrando boas condições de prestação do serviço. Caso o seu desempenho não venha se revelando adequado, evidentemente não será possível sustentar o

⁸¹⁷ “Artículo 29. 2 (...) La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses” (ESPAÑA. Legislação. Ley 9/2017, de 8 de novembro de 2017. Ley de Contratos del Sector Público. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

interesse público em estender o prazo de sua contratação. A questão é muito bem posta por Lino Torgal⁸¹⁸, cujas considerações, embora calcadas no direito português, adaptam-se perfeitamente ao direito brasileiro:

Só se justificará, na verdade, a prorrogação do contrato no caso de o desempenho passado do concessionário ser francamente satisfatório, de tal maneira que a execução da relação contratual tenha permitido suplantar ou, pelo menos, alcançar, com distinção, os objetivos definidos pela Administração. A actuação meramente suficiente ou regular do concessionário não fundamentará a atribuição do benefício da prorrogação do prazo; e, muito menos, isso sucederá quando haja, nesse histórico, sinais claros de impressivos de incumprimento (ou de cumprimento deficiente) do contrato. A prorrogação, a dar-se, deverá, em suma, estribar-se num critério marcadamente meritocrático.

Exigir o desempenho adequado do concessionário para que a prorrogação do contrato de concessão de serviço público possa ocorrer, nada mais é do que concretizar o princípio do atendimento ao interesse público. Como já se afirmou, a decisão da Administração Pública de anuir com a prorrogação será uma decisão discricionária. No entanto, como toda decisão dessa natureza será vinculada à finalidade de interesse público, do qual não se poderá desviar. Caso haja deficiências graves na execução do contrato, que comprometam a qualidade da prestação do serviço, se não houver prévia extinção do contrato por caducidade, a Administração Pública deverá buscar outra solução para a continuidade do serviço público quando do advento do prazo contratual.

O ideal é que o contrato estabeleça critérios objetivos de aferição do desempenho do concessionário, voltados especialmente para aferir a possibilidade de prorrogação do contrato. De todo modo, a avaliação a ser realizada pela Administração Pública deve ser pautada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Não é, portanto, qualquer pequena irregularidade cometida em contratos complexos de longa duração, que deverão levar à inabilitação do concessionário para seguir atuando, mas sim inadimplências, omissões e irregularidades que tenham o condão de comprometer a prestação dos serviços. Tais critérios, quando devidamente descritos no contrato, não devem, por outro lado, serem entendidos, em hipótese nenhuma, como condições aptas a criar para o concessionário, quando cumpridas, o direito adquirido à prorrogação. Só se deve entender vinculado o Poder Concedente à prorrogação — que nesse caso será premial — quando o contrato for explícito nesse sentido.

⁸¹⁸ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 236. No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 554; GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 232 e PINHEIRO, Armando Castelar e RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferrovias**. 1º ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 169. Para Felipe Guimarães, caso as falhas identificadas sejam culposas, será necessária a caracterização de uma culpa grave para que se obste a prorrogação (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 210 a 213).

6.1.4. Limites quanto aos reflexos da prorrogação no objeto contratual

Os contratos de concessão e permissão de serviço público, como os contratos em geral, podem ser modificados durante o período de sua execução. Como espécie de contratos administrativos, poderão ser modificados unilateralmente pela Administração e, caso haja consenso, também poderão ser modificados pela vontade das partes. O momento da prorrogação pode ser também — e normalmente é — uma oportunidade para outros tipos de alteração contratual. Como já se afirmou anteriormente, o prazo é um dos principais elementos da equação econômico-financeira do contrato. Assim, é natural que, ao modificar a sua duração, outras modificações se façam necessárias como forma de compensação para corrigir um desequilíbrio que seja causado pela prorrogação⁸¹⁹; isso quando não é ela própria a medida pela qual se pretende restituir o equilíbrio ao contrato.

São comuns, portanto, aditivos de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público que, em alguma medida, também provocam algum impacto no objeto contratual, inserindo investimentos não originalmente previstos, acrescentando obrigações ou encargos anteriormente inexistentes ou realizando outros tipos de ajustes ou adaptações. Tais **alteração do objeto** são perfeitamente aceitáveis, desde que não o desnaturem, não o transforme em algo distinto do que era, em uma contratação diferente daquela que foi oferecida ao mercado por ocasião do certame licitatório⁸²⁰. Deve-se ter em mente que “*como regra, novos objetos deveriam ser objetos de novos contratos, precedidos de procedimentos licitatórios específicos*”, como bem afirma Ana Paula de Barcellos, embora reconheça que contratos de longa duração podem impor o atendimento de novas necessidades que se apresentem e

⁸¹⁹ Floriano Azevedo Marques afirma expressamente que a prorrogação “*é, em si, um fator de desequilíbrio contratual, e não de reequilíbrio*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 167 e 168)

⁸²⁰ Segundo Alexandre Aragão, “*A alteração do contrato ou do marco regulatório não pode chegar a fazer com que o próprio objeto do contrato passe a ser outro, já que o concessionário vencedor da licitação passaria a prestar serviços diversos dos serviços para os quais concorreu. Não poderia, por exemplo, uma empresa de telefonia móvel ter o seu contrato de prestação de serviços a uma empresa pública alterado para deixar de prestar esses serviços e passar a prestar serviços de provimento de internet.*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39). No mesmo sentido são as observações de Egon Bockmann: “*(...) a ampliação do prazo não pode implicar outro contrato, que desrespeite o objeto e o conteúdo do original.*” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8987/95**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 132). Tratando das alterações qualitativas nos contratos administrativos em geral, Marcos Juruena adverte que “*não cabe é a descaracterização do objeto inicial*” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual: licitações – contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 409)

demandem adaptações, admitindo-se, portanto, que “*o poder concedente poderá alterar, observados determinados limites, o objeto do contrato para atender ao interesse público*”⁸²¹. Em sua concepção, essas alterações serão possíveis apenas naquelas situações em que não for viável licitar de forma autônoma o novo objeto, revelando-se imprescindível a sua incorporação ao contrato em curso⁸²². Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “*a prorrogação não pode mascarar uma nova concessão, para cuja outorga há que se passar pelas fases obrigatórias, inclusive escolha impessoal da concessionária*”⁸²³.

Obviamente, não seria possível, por exemplo, que uma concessão para explorar o serviço de transporte coletivo urbano por ônibus fosse transformada em concessão para exploração do transporte metroviário. Os limites não são, no entanto, assim tão claros, pois já se atribuiu, por aditivo firmado com a concessionária do serviço de transporte metroviário no Rio de Janeiro, por exemplo, a obrigação de disponibilizar algumas linhas de ônibus para integração com estações do metrô. Floriano Azevedo Marques considera interdita qualquer pretensão de modificação do contrato que possa adulterar o seu objeto, assim considerado “*o conjunto de pressupostos negociais (ex. o valor econômico, não meramente nominal da tarifa) e o rol de obrigações subjacentes à outorga*”⁸²⁴. Para o referido autor, é inadmissível que, sob o pretexto da prorrogação, se pretenda realizar uma verdadeira novação dos contratos de concessão, alterando-se completamente as bases segundo as quais foi pactuado⁸²⁵.

Exemplo recente de transformação indevida do objeto contratual, como condição para a prorrogação do contrato, pode ser encontrado na Lei nº 12.783/2013, cujo art. 1º, §1º determinou que, para que fossem possíveis as prorrogações das concessões de geração de energia hidrelétrica de que ali se cuidava, os concessionários incumbentes deveriam aceitar

⁸²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 191 e 192.

⁸²² BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 193.

⁸²³ “*Mas a prorrogação não pode mascarar uma nova concessão, para cuja outorga há que se passar pelas fases obrigatórias inclusive escolha impessoal da concessionária, nem desconstratar aquela originalmente ajustada, de tal modo que a concessionária não disponha de qualquer dos direitos inicialmente avençados.*” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60)

⁸²⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Alteração em contrato de concessão rodoviária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas - RTrib**, São Paulo, n. 44, 2002, p. 210.

⁸²⁵ “*A prorrogação não pode significar a outorga de nova concessão, em bases completamente distintas das originalmente pactuadas. Se assim fosse, estaríamos admitindo uma novação, com atribuição de um novo pacto concessório (pois que em bases distintas) com o mesmo particular, ferindo inclusive o dever de preceder a concessão de certame licitatório, o que em alguns casos é inclusive mandatário e impassível de exceção.*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 169)

novas condições contratuais, que transformavam completamente o regime jurídico de comercialização da energia produzida⁸²⁶. Assim, usinas que comercializavam livremente a sua energia, por meio de contratos bilaterais negociados diretamente com os compradores no ambiente de comercialização livre (ACL) ou participando dos leilões promovidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL no ambiente de comercialização regulado (ACR); caso quisessem ter a possibilidade de ver os seus contratos prorrogados, deveriam aceitar passar a operar sob um regime de intensa regulação. O novo sistema de comercialização, imposto pela legislação recente, implica em assumir a obrigação de disponibilizar toda a sua garantia física⁸²⁷ para ser entregue às concessionárias de distribuição de energia elétrica, por meio de cotas a serem alocadas pela ANEEL, segundo critérios a serem definidos pelo Poder Concedente⁸²⁸. A remuneração das usinas hidrelétricas passaria a se dar, conseqüentemente, por tarifa regulada, a ser definida pela agência reguladora, com base apenas nos custos de operação e manutenção.

Como se vê, a lei acabou impondo aos concessionários que pretendessem ter os seus contratos prorrogados, a execução de um objeto contratual inteiramente distinto daquele originalmente pactuado em seus contratos, o que viola não apenas a autonomia da vontade, como o próprio princípio licitatório⁸²⁹. Nesse sentido, ainda que se entenda favoráveis aos concessionários as novas condições contratuais, não se pode admitir como legítima a alteração contratual, exatamente por desnaturar o objeto contratual que foi licitado. Comentando a lei de licitações e referindo, portanto, genericamente aos contratos administrativos, Marçal Justen Filho afirma que “o art. 58 não autoriza a Administração a desnaturar a contratação nem a lhe dar configurações substancialmente distintas daquelas adotadas no ato convocatório”⁸³⁰.

⁸²⁶ Tratando dessa questão e sustentando a inconstitucionalidade desses aspectos da Lei nº 12.783/2013, vide: REIS, Márcio Monteiro. Implantação do regime de cotas para as concessões de usinas de geração hidrelétrica (Lei n. 12.783/2013): prorrogação ou nova contratação? In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, Tomo IV**, pp. 329 a 344. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

⁸²⁷ Garantia física é o volume e potências máximas de energia que uma usina está autorizada a negociar, a qual é definida por ato do Ministério das Minas e Energia, segundo critérios técnicos.

⁸²⁸ Lei nº 12.783/2013: “art. 1º (...) § 3º As cotas de que trata o inciso II do § 1º serão revisadas periodicamente e a respectiva alocação às concessionárias e permissionárias de distribuição será formalizada mediante a celebração de contratos, conforme regulamento do poder concedente.”

⁸²⁹ “Do contrário, estar-se-ia impondo às concessionárias a execução de um contrato projeto, ou seja, de um outro objeto contratual e, conseqüentemente, de um outro contrato, violando a autonomia da vontade (...) e os princípios licitatórios (...). Se passaria a existir, materialmente um novo contrato, ele teria que ser licitado.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 41)

⁸³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11º ed. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 511 e 512.

No caso das geradoras de energia elétrica, a novel legislação importou não apenas em um desequilíbrio contratual, mas em verdadeira substituição da equação econômico-financeira do contrato por outra, inteiramente distinta da original, composta por fatores diferentes e obedecendo a uma lógica distinta⁸³¹, já que se substituiu um regime de comercialização livre de energia por um sistema de tarifa regulada e alocação de cotas pela agência reguladora⁸³²:

(...), o regime instituído após a prorrogação não contém nenhum traço nem das condições anteriormente existentes para obtenção de receita, nem da composição dos seus custos. Revela-se, portanto, um contrato novo, inteiramente inédito em relação ao anterior, fazendo-se imperiosa, portanto, a realização de uma licitação, que teria a função de fixar a nova equação econômico-financeira do contrato.

Não há como se admitir que um contrato de concessão possa ter a sua equação econômico-financeira completamente transformada, alterando-se a própria lógica econômica do contrato⁸³³. Se o Poder Concedente entendia que o modelo do projeto concessório não atendia mais ao interesse público e era necessário substituí-lo, o momento mais adequado para fazê-lo era precisamente o advento do termo contratual. A decisão correta, no entanto, teria sido a elaboração de uma nova modelagem com o seu oferecimento ao mercado, por meio de um processo de licitação. Jamais se poderia ter procedido à prorrogação dos contratos nos termos em que foi feito. O que se verificou, na verdade, foi a celebração de novos contratos, com os concessionários antigos, sem licitação.

Curiosamente, no entanto, apesar das diversas ações judiciais que trataram da aplicação da Lei nº 12.783/2013, notadamente propostas por concessionários atuais irredimidos com a alteração, por lei posterior, das condições de prorrogação e, muitas vezes, alegando violação a um suposto direito adquirido à prorrogação dos contratos, não se conhece jurisprudência que tenha enfrentado a constitucionalidade da lei diante da desnaturação do objeto e da substituição da equação econômico-financeira original. Outros casos, no entanto, não têm escapado da apreciação dos tribunais, em sede administrativa ou judicial. Tratando das

⁸³¹ “Os elementos que compõem a equação econômico-financeira, por conseguinte, não podem ser suprimidos ou trocados por variáveis outras não integrantes da equação original, mas unicamente compensados proporcionalmente entre si.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 36)

⁸³² REIS, Márcio Monteiro. Implantação do regime de cotas para as concessões de usinas de geração hidrelétrica (Lei n. 12.783/2013): prorrogação ou nova contratação? In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, Tomo IV**, pp. 329 a 344. Rio de Janeiro: Synergia, 2015, p. 350.

⁸³³ “Não estamos de forma alguma a afirmar que as condições de prestação de serviços públicos concedidos não possam ser alteradas, mas sim que eventuais alterações têm limites e não podem desnaturar a equação econômica licitada.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27) e

prorrogações antecipadas autorizadas no setor portuário, por exemplo, o Tribunal de Contas da União já expressou preocupação quanto ao “*risco de que a repactuação desses contratos, para compatibilizá-los aos novos regramentos, implique alterações de tal monta que acabem por transfigurar os contratos originais, configurando, assim, burla à licitação*”⁸³⁴.

Em outro caso, concernente à prorrogação do contrato de concessão da rodovia que liga o Rio de Janeiro a São Paulo (Via Dutra), o mesmo Tribunal de Contas da União teve oportunidade de considerar ilegal tal pretensão, em decorrência do nível de alterações pretendidas no contrato original, que importavam, na verdade, em uma pactuação nova, a qual deveria, portanto, ser precedida de licitação⁸³⁵:

Ainda quanto à burla a licitação, enfatiza-se que, caso se optasse pela prorrogação da avença para financiar as novas obras, observar-se-ia um desvirtuamento ainda mais intenso do contrato, pois, além de serem alteradas as obrigações da concessionária, também se modificariam o prazo, a TIR e as regras regulatórias, o que resultaria em essencialmente um novo contrato, não precedido do devido processo licitatório.

Tratando dos contratos administrativos em geral, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que a prorrogação de um contrato não pode transformá-lo em um contrato novo, sob pena de nulidade⁸³⁶:

3. Prorrogar contrato é prolongar o prazo original de sua vigência com o mesmo contratado e nas mesmas condições. Termo aditivo a contrato administrativo que fixa novo período de prestação de serviço mas mediante novas condições, não previstas no contrato original, introduzidas mediante negociação superveniente à licitação, constitui, não uma simples prorrogação de prazo, mas um novo contrato. Nas circunstâncias do caso, considerada sobretudo a especificidade do objeto contratual (que não é de simples prestação de serviços), o Termo Aditivo representou uma contratação sob condições financeiras inéditas, não enquadrável na exceção prevista no pelo art. 57, II da Lei 8.666/93 e por isso mesmo nula por violação às normas do processo licitatório.

A impossibilidade de que lei posterior altere o regime jurídico das prorrogações, de que se cuidou acima, não passou despercebida ao Ministério Público Federal, tendo sido um dos fundamentos para a propositura da *ADIN nº 5.991*⁸³⁷, em face da Lei nº 13.448/2017, em curso no Supremo Tribunal Federal e ainda pendente de julgamento. Alega o autor a inconstitucionalidade da lei, tendo em vista ter alterado “*os critérios e conceitos que, nos*

⁸³⁴ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.200/2015**. Plenário. Min. Relatora Ana Arraes, processo nº 024.882/2014-3.

⁸³⁵ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.247/2018**. Plenário. Relator Min. Augusto Nardes, processo nº 031.581/2015-3.

⁸³⁶ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **RMS 24.118/PR**, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008, DJe de 15/12/2008.

⁸³⁷ A petição inicial pode ser consultada em http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5522428. Consultada em 2 de dezembro de 2019.

termos do contrato vigente, constituem condicionantes para a concessionária pleitear a prorrogação contratual”, tendo sido estabelecido um “*novo conceito — mais brando — de serviço adequado*”.

O tema também é largamente estudado em outros ordenamentos jurídicos e a análise do direito comparado fornece alguns parâmetros interessantes quanto aos limites a serem respeitados nas modificações pretendidas do objeto contratual. Para Williamson, alterações substanciais realizadas por ocasião de uma prorrogação podem violar, inclusive, a isonomia entre os participantes da licitação referente à contratação original, pois cria condições novas que não eram conhecidas pelos licitantes, podendo gerar vantagens indevidas ao vencedor, que não eram conhecidas pelos competidores e, se fossem, poderiam ter produzido um resultado distinto para o processo seletivo⁸³⁸:

(3) Falta de paridade de lances durante a renovação do contrato. Para que não seja significativamente prejudicada a competição quando da renovação de um contrato, a sua participação na execução contratual não deve colocar os vencedores da concorrência original em uma vantagem substancial sobre os não-vencedores. Como já abordado de modo mais genérico (Peacock e Rowley, 1972, p. 242; Williamson, 1975, pp. 26-35), no entanto, e como expressamente desenvolvido no contexto da CATV na subseção seguinte, há razões para acreditar que a paridade de licitação em momentos de renovação não será obtida.

Ao tratar dessas modificações, Helène Hoepffner admite que o objeto contratual seja adaptado, retificado ou ajustado, rejeitando a possibilidade de que seja trocado, substituído por outro objeto, inteiramente distinto do anterior. É possível refinar os seus contornos, mas não se pode atentar contra a sua essência, impondo modificações excessivas e irrazoáveis⁸³⁹. Guglielmi recorda que as prorrogações não consistem em novação contratual. Elas se dão por meio de aditivos contratuais, de modo que devem respeitar o contrato original e não pretender

⁸³⁸ “(3) *Lack of bidding parity during contract renewal. Lest meaningful competition at the contract renewal interval be upset, participation in contract execution should not place winners of the original competition at a substantial advantage over nonwinners. As discussed generally elsewhere (Peacock and Rowley, 1972, p. 242; Williamson, 1975, pp. 26-35), however, and as expressly developed in the context of CATV in the following subsection, there are reasons to believe that bidding parity at contract renewal intervals will not obtain.*” (WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 83)

⁸³⁹ “(...) *le pouvoir de modification unilatérale ne doit ni dénaturer ni modifier les conditions essentielles du contrat, notamment pas son objet. L’Administration peut adapter, rectifier ou ajuster l’objet d’un contrat. Elle ne peut pas le changer, le modifier en lui en substituant un nouveau, le bouleverser en augmentant ou en diminuant démesurément les quantités initialement fixées ou le dénaturer en imposant des prestations exclues de l’objet du contrat initial. L’Administration ne peut pas utiliser son pouvoir de modification pour imposer au cocontractant des changements excessifs dépassant une mesure raisonnable. Elle peut affiner son projet initial, le rectifier au besoin, mais il lui est interdit de porter atteinte à ce qui constitue l’essentiel de la convention, ce en vertu de quoi les parties sont déterminées à contracter.*” (HOEPFFNER, Helène. **La modification du contrat administratif**. Paris: LGDJ, 2009, p. 165)

transformá-lo em um novo. Caso se pretenda, por meio dela, delegar um novo serviço ao concessionário antigo, sem licitação, a prorrogação será nula⁸⁴⁰.

O art. 43 da Diretiva 2014/23/EU^{841 842}, relativa à adjudicação de contratos de concessão, ao tratar da sua modificabilidade, estabelece, em seu inciso I, alínea ‘e’, que tais modificações serão possíveis desde que não sejam substanciais. De modo a procurar dar objetividade à definição quanto ao tipo de alteração que poderia ser interdita por transformar substancialmente o objeto contratual, refere-se àquela que “*torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente*”, indicando, em seu inciso 4⁸⁴³, algumas hipóteses de modificação substancial, obrigando, nesses casos, a realização de uma nova licitação:

- a) A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;
- b) A modificação altera o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito da concessão;
- d) Um concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão é substituído por um novo concessionário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).

⁸⁴⁰ “*Premièrement, une prolongation de contrat n’est pas, en droit des contrats, considérée comme une novation de la convention initiale. (...) En ce sens, la prolongation ne modifie ni l’objet du contrat de délégation de service public, ni sa cause, ni les parties contractantes. (...) Les prolongations contractuelles font d’ailleurs l’objet d’avenants, ce qui montre bien qu’elles ne transforment pas le contrat initial en un contrat qui serait nouveau ou différent. (...) En revanche, une prolongation induite par la volonté de faire assurer au délégataire un autre service public, complémentaire de celui prévue au contrat, ne serait pas juridiquement une prolongation, mais une véritable novation et encourrait donc annulation.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 805)

⁸⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/23/UE**, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. Relativa à adjudicação de contratos de concessão. Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=pt)

CELEX:32014L0023&from=pt. Consultado em 10 de julho de 2019.

⁸⁴² Reproduzido pelo art. 36, 5 do Decreto nº 86/2016, da França, que dispõe sobre os contratos de concessão.

⁸⁴³ No considerando de número 75 da referida diretiva, afirma-se que: “*É obrigatório um novo procedimento de concessão em caso de alterações materiais à concessão inicial, em particular do âmbito de aplicação e do teor dos direitos e obrigações recíprocos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais dessa concessão. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas.*” (UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/23/UE**, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. *Relativa à adjudicação de contratos de concessão*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=pt>. Consultado em 10 de julho de 2019)

No considerando 76 da respectiva diretiva, estabelece-se não ser aceitável que “uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de concessão”. Na França, o Conselho de Estado expediu, em 2005, opinião no sentido de que um aditivo de prorrogação não pode modificar elementos essenciais da concessão, nem incluir investimentos dissociados dos investimentos anteriormente previstos, alterar as responsabilidades pelos investimentos inicialmente previstos ou atribuir novos investimentos em valores desproporcionais aos previstos originalmente⁸⁴⁴.

Em 2005, o Conselho de Estado francês expediu uma opinião (*avis*)⁸⁴⁵, por meio da qual esclareceu que as prorrogações dos contratos de concessão não poderão ter o efeito de modificar seus elementos essenciais⁸⁴⁶. Deste modo, embora se tenha admitido a prorrogação de prazo com o objetivo de reequilibrar a equação econômica contratual naqueles casos em que o Poder Concedente impõe ao concessionário investimentos novos, não previstos inicialmente⁸⁴⁷, estatuiu-se que a natureza de tais investimentos não pode ser de molde a desnaturar a contratação. Não se admite, por exemplo, investimentos que não estejam relacionados diretamente com os anteriormente previstos. Assim, é possível determinar a duplicação de uma pista explorada pelo concessionário, assim como construir um novo trecho ligando cidade não atendida anteriormente à via, por exemplo. Não seria possível, outro lado, construir estrada nova, ligando cidades que não são atendidas pela rodovia explorada.

⁸⁴⁴ “b) *Un avenant ne peut pas modifier substantiellement l’un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire (cf. Avis Section des finances du Conseil d’État no 364 803 du 8 juin 2000). c) Enfin, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d’investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations. En effet, le délégataire doit assurer l’entretien des installations et remettre au terme du contrat des équipements en bon état de fonctionnement.*” (FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Opinião (Avis) nº 371.234**, de 9 de abril de 2005. Section des travaux publics. Délégations de service public – Condition de prolongation par avenant. Disponível em: <https://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-avis-371234-avenants-dsp.pdf>. Consultado em 22 de novembro de 2019)

⁸⁴⁵ O art. L. 113-1 do Código de justiça administrativa (*Code de justice administrative*), prevê uma espécie de reenvio, próprio do contencioso administrativo, que permite ao juiz administrativo, quando se depare com uma questão nova, que apresente uma séria dificuldade e se repita em outros litígios, enviar o processo para o Conselho de Estado, para que delibere previamente sobre a questão de direito. A decisão proferida pelo Conselho, nesses casos, é denominada “*avis*”.

⁸⁴⁶ FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Opinião (Avis) nº 371.234**, de 9 de abril de 2005. Section des travaux publics. Délégations de service public – Condition de prolongation par avenant. Disponível em: <https://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-avis-371234-avenants-dsp.pdf>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

⁸⁴⁷ No Brasil, como se admitem as prorrogações antecipadas, caso haja intenção do Poder Concedente de inserir investimentos novos na concessão e haja consenso entre as partes quanto ao uso da prorrogação contratual como meio de reequilíbrio, será o caso de um aditivo de prorrogação antecipada.

Também viola o critério das alterações substanciais a modificação de responsabilidades originalmente atribuídas pelo contrato quanto a investimentos inicialmente previstos. Assim, o arranjo feito no Estado do Rio de Janeiro, em que o concessionário do serviço de metrô, por ocasião do aditivo de prorrogação, assumiu a responsabilidade pela compra dos trens, que originalmente caberia ao Poder Concedente, não seria admitida segundo os critérios da jurisprudência francesa. Também se considera como modificação substancial, a desnaturar o objeto contratual, o acréscimo de investimentos em valores desproporcionais ao valor original do contrato. Poderiam se encaixar nessa restrição, por exemplo, os investimentos acrescentados ao contrato de concessão da Linha Amarela no Município do Rio de Janeiro, muitas vezes superior ao investimento originalmente acordado⁸⁴⁸.

Buscando dar objetividade aos critérios a serem observados, o art. 36, inciso 5, do Decreto francês nº 86/2016⁸⁴⁹, que regulamenta a Lei de Concessões⁸⁵⁰, ao dispor sobre os limites para a modificação dos contratos administrativos, vedou a alteração das condições contratuais quando se constatar que, se tivessem sido incluídas na época da licitação, poderiam ter atraído outros participantes ou proporcionado a apresentação de propostas diferentes. Do ponto de vista quantitativo, são expressamente vedadas aquelas que alarguem excessivamente o objeto da concessão.

A esse respeito, vale a referência a um caso histórico, que se constitui como o **marco do reconhecimento jurisprudencial na França do poder de alteração ou rescisão unilateral dos contratos de concessão**⁸⁵¹. Ocorreu em 1902, no início do século XX, quando a chegada da energia elétrica tornou obsoleta a tecnologia de iluminação das cidades a gás. Tratava-se, sem dúvida, de uma alteração substancial no objeto da concessão. Houve, então, a rescisão dos contratos firmados com as sociedades de gás, de modo que novos contratos de concessão pudessem ser firmados com sociedades de energia elétrica. Naquela época, no

⁸⁴⁸ Os casos da concessão do metrô pelo Estado do Rio de Janeiro e da Linha Amarela, pelo Município do Rio de Janeiro, serão examinados a seguir, quando se cuidar da espécie de prorrogação antecipada.

⁸⁴⁹ FRANÇA. Legislação. **Decreto nº 2016-86**, de 1º de fevereiro de 2016. *Relatif au régime de droit commun fixant les règles générales d'attribution et d'exécution des contrats de concession passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/2/1/2016-86/jo/texte>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

⁸⁵⁰ FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Ordonnance sur l'attribution de contrats de concession*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/1/29/2016-65/jo/texte>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

⁸⁵¹ BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 320.

entanto, ao julgar o caso *Deville-Lès-Rouen*⁸⁵², o Conselho de Estado admitiu que os concessionários de iluminação urbana poderiam ter o seu contrato alterado para substituir o gás pela energia elétrica. Deveriam, todavia, ser consultados quanto ao interesse ou possibilidade de proceder à alteração tecnológica. Caso não estivessem dispostos à atualização, aí sim seria possível à Administração rescindir unilateralmente os contratos, instituindo novas concessões com outras empresas.

Não se imagina hoje que uma concessão de geração de energia elétrica possa ser transformada em uma concessão de distribuição, ou que uma concessão de transmissão possa ser transmudada para uma concessão de iluminação pública. Naquela época, no entanto, as concessões eram integradas e se entendeu que, sendo o objeto do contrato iluminar as ruas, a alteração tecnológica quanto ao energético utilizado para gerar a luz não era parte essencial do contrato. Atualmente, como as diversas atividades do setor elétrico são exercidas de modo desverticalizado, separando-se a geração, a comercialização, a transmissão, a distribuição e, mais recentemente, a iluminação pública⁸⁵³, essa solução dificilmente seria admitida. Pode-se inferir, no entanto, que uma eventual interdição do uso de carvão ou petróleo, por exemplo, como combustíveis de usinas termelétricas, poderia autorizar o concessionário a substituí-lo por outro combustível, como o gás natural. A resposta já não seria tão evidente se a alternativa fosse modificar a tecnologia de geração, transformando-a em uma usina eólica ou solar.

De todo modo, ainda que nem sempre a solução seja evidente, é preciso ter em mente que, ainda que a prorrogação possa se fazer acompanhar de outros tipos de alterações e ajustes contratuais, até mesmo relacionados ao seu objeto, não se pode admitir a sua desnaturação.

⁸⁵² FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Deville-Lès-Rouen**, nº 94624, julgado em 10 de janeiro de 1902 e publicado no *Recueil Lebon*. *Le silence de la convention relative à l'éclairage au gaz, au sujet de l'emploi de l'électricité, doit être interprété, en ce sens, que la commune a reconnu à la Compagnie concessionnaire le privilège de l'éclairage n'importe par quel moyen, et à la commune la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité, en le concédant à un tiers, dans le cas où la Compagnie concessionnaire, dûment mise en demeure, refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634664>. Consultado em 23 de novembro de 2019.

⁸⁵³ Tradicionalmente, o serviço de iluminação pública das cidades esteve integrado ao serviço prestado pelas distribuidoras de energia elétrica, até que, em 2010, a Resolução nº 414/2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica, deixou claro, em seu art. 21 que essa é uma atribuição dos municípios, os quais deveriam passar a ser responsabilizar por eles, diretamente ou delegando-o a terceiros. O tema é bem examinado em: DUTRA, Joísa e SAMPAIO, Patrícia. Aspectos regulatórios e desafios da iluminação pública. In: ROCHA, Fábio Amorim da. (coord.) **Temas relevantes no direito de energia elétrica**, tomo III. Rio de Janeiro: Synergia, 2014, pp. 356 a 381.

6.2. Espécies de prorrogação

6.2.1. Ordinárias

6.2.1.1. Convencionais (Por interesse público)

Inicialmente, deve-se ressaltar que o entendimento que se adota na presente tese é o de que prorrogação é toda e qualquer ampliação do prazo inicialmente ajustado para os contratos administrativos, ampliando, portanto, a duração de um vínculo contratual pré-existente. Como será detalhado abaixo, quando se tratar das prorrogações para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, reconhece-se a distinção entre as prorrogações e as renovações, já que neste último caso há rompimento do vínculo anterior e constituição de um vínculo contratual novo, com o mesmo objeto. A regra constitucional do art. 175, parágrafo único, I, permite à lei excepcionar a aplicação do princípio da licitação apenas nas hipóteses de prorrogações que venham a ser autorizadas. As renovações dependerão sempre de prévia licitação, já que não há, nesse caso, exceção contida no texto constitucional quanto à aplicação da regra geral prevista no *caput*.

Como se demonstrará ao longo do presente capítulo, entendemos que, embora haja uma série de sutilezas e aspectos específicos a serem considerados em cada situação, há um regime geral que pode ser aplicado a todas as espécies de prorrogação que, no presente estudo, dividimos em ordinárias e extraordinárias, apenas para efeitos didáticos, de modo a organizar melhor o enfrentamento de alguns aspectos próprios a cada uma delas, notadamente relacionados à finalidade específica que a prorrogação busca atingir em cada caso. Chamamos de ordinárias as prorrogações convencionais (ou por interesse público), que são as que ocorrem quando, ao final do prazo inicial, as partes ajustam, por interesse mútuo, o prosseguimento da execução contratual por um período estendido e as premiaias, cujas condições e marcos já estão previamente estabelecidas no contrato, criando direito subjetivo para o concessionário quanto à prorrogação. As extraordinárias são aquelas que não se espera que ocorram. Se tudo transcorrer dentro do esperado, elas não se sucederão. No entanto, em casos excepcionais será possível lançar mão dessas espécies de prorrogação com o intuito de corrigir situações que, embora não desejadas ou não previstas, acabaram ocorrendo. É o caso da prorrogação para fins de reequilíbrio, prorrogação antecipada e prorrogação por emergência.

Neste momento, cuidaremos da espécie aqui designada como convencional, a qual normalmente é tratada pela doutrina como prorrogação por interesse público ou por razões de interesse público⁸⁵⁴. Apesar de inegavelmente depender da presença de razões de interesse público que a autorizem, preferimos não aderir a essa denominação já que, como se sabe, toda a ação administrativa deve estar, necessariamente, pautada pelo interesse público. Como veremos em capítulo à frente, entendemos que mesmo as prorrogações para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dependem do atendimento ao interesse público e se submetem a um exame prévio de conveniência e oportunidade a ser realizado pela Administração Pública, não devendo-se confundir o direito adquirido do concessionário à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do seu contrato, com um suposto direito adquirido a que, caso desequilibrado, o seu reequilíbrio se dê por meio deste ou daquele instrumento específico.

A grande diferença existente entre essas duas espécies de prorrogação, uma ordinária e outra extraordinária é que, na primeira, as partes convencionaram que, ao final do prazo inicialmente ajustado, poderiam seguir executando o contrato por um prazo estendido, segundo condições a serem aferidas no momento oportuno. Trata-se de um evento planejado e desejado. Por outro lado, quando, no curso da execução contratual, ocorrem fatos imprevistos que causem desequilíbrio à equação contratual, a prorrogação poderá ser um dos mecanismos escolhidos pelas partes — desde que ambas concordem — para viabilizar uma correção reequilibradora. Neste caso, a Administração estará inteiramente vinculada aos fatos já ocorridos. Deverá constatar o desequilíbrio, quantificá-lo e estabelecer a extensão do prazo necessária e suficiente para compensar o concessionário. Nas prorrogações antecipadas, surge uma necessidade não prevista que impõe a alteração das condições contratuais e as partes previamente ajustam viabilizá-la economicamente por meio de um ajuste no prazo, que é elemento da equação do contrato, ampliando-o. Também aqui estão as partes vinculadas àquelas necessidades prementes e imprevistas, como estão vinculadas à situação de emergência na última espécie de prorrogações extraordinárias. Nas prorrogações ordinárias, ao contrário, a Administração Pública estará mais livre para estipular as condições que irão compor o termo aditivo de prorrogação. O seu campo de discricionariedade será maior. Em ambos os casos, contudo, haverá sempre um exame de conveniência e oportunidade por parte

⁸⁵⁴ Também são usuais as designações como prorrogações comuns, ordinárias, contratuais, em sentido estrito e outras.

da Administração Pública, que deverá estar convencida do interesse público na prorrogação e velar para que o contrato se mantenha equilibrado após a repactuação.

De se referir, ainda, ao fato de que há alguns autores que chamam premial a este tipo de prorrogação que ora se designa como convencional. Disso se tratará mais aprofundadamente à frente, quando enfrentarmos esse tipo de prorrogação, que aqui tratamos como uma espécie distinta da convencional, mais precisamente em razão de que, nas prorrogações premiais, a discricionariedade estatal se exerce adiantadamente, quando da elaboração das cláusulas contratuais, deixando vinculada a autoridade administrativa que vier a analisar, quando do atingimento de seu termo final, se o contrato deve ou não ser prorrogado. Nas convencionais, como se verá, esse exame discricionário se faz no momento mesmo em que o prazo original está para se extinguir. Passemos, então, ao exame mais detido das características das prorrogações convencionais (que, como já se sabe a essa altura, corresponde ao que a maioria da doutrina trata como prorrogação por interesse público).

Cuidando do direito português, bastante parecido com o brasileiro nesse particular, Lino Torgal menciona uma espécie de prorrogação “*consentida por tal ser conforme ao interesse público*”, que designa como “*premial*”⁸⁵⁵. Nesses casos, segundo suas lições, caberá à Administração Pública exercer uma ponderação quanto à existência ou não de interesse em permitir ao concessionário manter “*os direitos outorgados pelo contrato por um período de tempo adicional*”, o que deverá ocorrer apenas naqueles casos em que “*a actuação pretérita do co-contratante justifica um renovado voto de confiança*”⁸⁵⁶. Em suas palavras:

Na hipótese mencionada, portanto, a Administração não se encontrará constituída em qualquer *dever contratual* de emitir uma declaração de prorrogação da relação contratual além do prazo originário, mas, tão-só, de ponderar autonomamente se, em face das circunstâncias do caso concreto, se justifica (e em que termos) a produção daquele efeito ampliativo da esfera jurídica do co-contratante. Ao particular, em contrapartida, assistirá, não um direito à prorrogação, *mas a mera possibilidade de a requerer*, à luz dos pressupostos contratualmente fixados.⁸⁵⁷

Como já anteriormente afirmado, a regra geral é a obrigação para a Administração Pública de ir ao mercado em busca das propostas mais vantajosas que estejam disponíveis⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Como veremos no tópico seguinte, parte da doutrina brasileira costuma designar como premial um outro tipo de prorrogação ordinária, em que, ao contrário da prorrogação por interesse público, haveria vinculação da Administração Pública para a sua concessão, uma vez que os requisitos tivessem sido cumpridos.

⁸⁵⁶ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, pp. 229 a 231.

⁸⁵⁷ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 230.

⁸⁵⁸ “(...) a regra geral é a de que, mantendo a Administração a opção organizativa de externalizar (para o sector privado) o exercício das tarefas por que é legalmente responsável, o concedente tenha de se dirigir, a

A prorrogação deve ser tratada como exceção⁸⁵⁹, mesmo quando prevista contratualmente. A mera autorização legislativa e contratual não cria, como se viu, um direito adquirido para o concessionário de ver o seu contrato prorrogado. Tampouco deve a Administração Pública optar pela prorrogação por razões de comodidade. Só deverá fazê-lo quando concluir que a prorrogação atende melhor ao interesse público do que proceder a uma nova licitação⁸⁶⁰. E só poderá fazê-lo caso estejam reunidos os demais requisitos autorizadores de que se cuidou no subcapítulo 6.1.3 acima. Deve, portanto, haver um esforço de análise e motivação nas decisões que optam por prorrogar os contratos de concessão⁸⁶¹.

'tempo e horas', ao mercado." (TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 238)

⁸⁵⁹ Essa afirmação consta expressa no voto-condutor do Min. Relator Ari Pargendler, no julgamento do MS 20.432, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "*Contrato de concessão com prazo certo é a regra. A prorrogação é a exceção, que somente se justifica, se essa escolha se despontar eficiente.*" (BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, **MS 20.432/DF**, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. para acórdão Ministro Herman Benjamin, julgado em 24/06/2015, DJe 15/02/2016). Também o Tribunal de Contas da União já afirmou que "*A não realização de licitação somente seria admissível se fazê-la fosse inviável ou trouxesse desvantagens (...) em relação à prorrogação. (...) Seria, portanto, situação excepcional, que fugiria à regra.*" (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.253/2015**. Plenário. Relator José Mucio Monteiro, processo nº 003.379/2015-9). A doutrina também não discrepa desse entendimento: "*Como os prazos das concessões são, em regra, bastante longos, a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais.*" (Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9ª ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 116), "*(...) imperativo frisar que a prorrogação dos contratos administrativos deve se dar sempre em caráter excepcional, não podendo ser encarada como um procedimento rotineiro, visto que a regra é a licitação.*" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual: licitações – contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 344 e 345).

⁸⁶⁰ Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, "*É certo que a lei não deixa à entidade concedente competência livre, antes estabelecendo o objetivo a ser necessariamente por ela buscado com a prorrogação — "visando a garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados," (art. 19) —, o que equivale a um limite para o seu cometimento no sentido de atender ao pleito.*" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62). Flávio Amaral também enfrenta o tema e assevera que "*O que ora se sustenta é que essa decisão (prorrogação ou realização de nova licitação) se submeta a uma racionalidade jurídica que imponha ao ente público e seus gestores a busca da melhor solução segundo os critérios de imparcialidade, proporcionalidade e justiça, desse modo não podendo formar sua vontade a partir de voluntarismos subjetivistas que resvalam para o arbítrio.*" (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 229). No mesmo sentido as observações de Mariana Canto e Rafaella Guzela: "*As prorrogações ordinárias fundamentam-se no juízo de conveniência e oportunidade da Administração (...). A renovação contratual se justificaria, dentre outros fatores associados à ausência de interesse da Administração Pública na retomada do serviço para si, pela detecção objetiva de que a eficiência seria prestigiada antes pela prorrogação do que por um novo certame, pela economicidade oriunda da ausência de necessidade da instalação do custoso processo de licitação e na vantajosidade ao interesse público que a permanência daquele concessionário expressa.*" (CANTO, Mariana Dall'Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016)

⁸⁶¹ "*(...) a cada prorrogação, haverá o dever de fundamentar o ato, demonstrando os motivos pelos quais, naquele caso concreto, a prorrogação é uma solução mais adequada e vantajosa do que a realização de nova licitação.*" (SCHWIND, Rafael Wallbach. Prazo de vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, p. 60)

A prática brasileira claramente desafia a ordem constitucional vigente, já que frequentemente se verificam prorrogações de contratos de concessão sem nenhum esforço de fundamentação, baseando-se a Administração Pública única e exclusivamente na cláusula autorizativa, como se fosse uma prerrogativa sua decidir livremente, segundo seus gostos pessoais, se prorroga ou não o contrato. Como já se afirmou ao final do subcapítulo 6.1.1 acima, ao introduzirmos o tema das prorrogações, não se devem admitir decisões administrativas arbitrárias ou aleatórias, ainda mais quando tenham o condão de gerar ganhos vultosos para o concessionário e impactar significativamente nas vidas dos usuários daquele serviço.

Nesse sentido, deve-se tomar com cautela a premissa adotada por grande parte da doutrina quando admite que a “*economicidade oriunda da ausência de necessidade da instalação do custoso processo de licitação*”⁸⁶² pode ser apontada como uma das razões para que a Administração Pública opte pela prorrogação do contrato. Embora possa ser especialmente relevante em alguns casos, não nos parece que seja essa uma razão suficiente *per se* para fundamentar a decisão de não realizar uma nova licitação. É imprescindível que a Administração tome uma decisão informada. Nesse sentido, os estudos preparatórios serão sempre necessários para que a Administração possa optar entre licitar ou prorrogar o contrato existente, quando isso for possível. Assim, a instalação do processo e a análise das conclusões dos estudos iniciais serão imprescindíveis. Obviamente, no momento em que restar clara a vantajosidade da prorrogação, os preparativos para uma licitação poderão ser obstados. Mas para tanto, é preciso que a autoridade pública encarregada da decisão já esteja munida de todas as informações necessárias, devendo motivar o ato administrativo decisório que adotar.

Como já se afirmou, todas as espécies de prorrogação envolvem um exame de conveniência e oportunidade por parte da Administração, mas a prorrogação convencional é certamente aquela em que o campo de discricionariedade é potencialmente mais largo. Exatamente por isso, o esforço de fundamentação da decisão administrativa e motivação explícita das razões que levaram à sua adoção deve ser especialmente cuidadoso. Podem ser especialmente desejáveis, nesse caso, também a utilização de mecanismos de participação popular, cuja utilização relacionada às concessões de serviço público tem sido intensificada nos últimos anos na França. Apesar de se tratar de um Estado unitário, de 1982 — quando foi

⁸⁶² CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p 212.

aprovada a *Loi Deferre*, ou lei de orientação⁸⁶³ — aos dias atuais, várias alterações foram sendo realizadas no desenho institucional francês no sentido de mais poder às “coletividades locais”, que são as unidades políticas de exercício local do poder, as quais ganharam bastante autonomia nos últimos anos⁸⁶⁴. Já existem diversos exemplos de legislações locais que condicionam as próprias decisões quanto à delegação de certos serviços, assim como quanto à prorrogação dos contratos em curso, ao pronunciamento de comitês formados por representantes dos usuários, que são criados pelas Administrações Públicas das coletividades territoriais, com função meramente consultiva ou, em alguns casos deliberativa, podendo influenciar de formas diversas, conforme o caso, na decisão administrativa a ser tomada⁸⁶⁵.

Deve-se registrar, ainda, a esse respeito que, após a reforma empreendida pela chamada *Loi Sapin*, de transparência e combate à corrupção, em 1993, a possibilidade de prorrogação foi bastante reduzida pelo seu art. 40, transformado posteriormente em art. 1.411-2 do *Code général des collectivités territoriales – CGCT*, ficando restrita aos casos cuja finalidade é o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e, excepcionalmente, à hipótese ora examinada, fundada em razões de interesse público (*intérêt général*), limitada a uma única prorrogação, que não deve ultrapassar a duração de um ano⁸⁶⁶. Essas disposições foram recentemente revogadas pela nova Lei de Concessões⁸⁶⁷, de 2016, que não possui nenhuma norma que trate expressamente das prorrogações dos contratos de concessão. No entanto, a orientação jurisprudencial e doutrinária tem apontado a necessidade de que sejam observadas, nos casos de prorrogação, as normas que disciplinam a fixação do prazo dos contratos de concessão e determinam que devem ser estipulados proporcionalmente aos investimentos atribuídos ao concessionário. Deste modo, estaria vedada a prorrogação meramente por

⁸⁶³ FRANÇA. Legislação. **Lei nº 82-213**, de 2 de março de 1982. *Relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000880039>. Consultado em 5 de dezembro de 2019.

⁸⁶⁴ De maneira muito resumida, com exceção da cidade de Paris, que possui um regime institucional próprio, o poder local é exercido por um *Préfect*, indicado diretamente pelo poder central, por meio de um ministério e por uma assembleia eleita pelo voto popular, a qual se reúne para escolher, dentre os seus membros, o *Maire* e seus adjuntos, que exercem o Poder Executivo local, sob uma certa supervisão e controle do *Préfect*. Trata-se de um movimento de descentralização, ainda em curso, cujas principais características e etapas por que vem passando podem ser consultadas em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000880039> (Consultado em 5 de dezembro de 2019).

⁸⁶⁵ ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3º ed. Paris: Dalloz, 2012, pp. 109 a 113.

⁸⁶⁶ Sobre a disciplina legal quanto às prorrogações dos contratos de delegação de serviço público na França, vide: VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, pp. 12 e 13; BENCHENDIKH, François. **L'essentiel de la délégation de service public**. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2014, pp. 71 a 73; BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, pp. 515 a 519.

⁸⁶⁷ FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Ordonnance sur l'attribution de contrats de concession*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/1/29/2016-65/jo/texte>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

interesse público, persistindo válida apenas aquela destinada a reequilibrar o contrato após o acréscimo de investimentos não previstos inicialmente⁸⁶⁸.

No Brasil, a prática arraigada, tanto em determinações legais, como na redação que se costuma dar às cláusulas contratuais, é o uso de expressões consolidadas, que, após a fixação do prazo inicial, estabelecem que “*o contrato poderá ser prorrogado, uma única vez, por igual período*”⁸⁶⁹. Não parece haver, contudo, razões para que assim seja. Não há, em princípio, nenhuma vantagem em limitar a uma o número de prorrogações possíveis, nem muito menos a estabelecer previamente, quando da celebração do contrato, um prazo certo para a prorrogação que, eventualmente se fará dali a 15, 20, 25, 35 anos. A duração e a quantidade de prorrogações possíveis em um contrato de concessão de serviço público, será o tema de encerramento deste capítulo dedicado às prorrogações, quando se abordará a questão em mais detalhes. Deve-se asseverar, desde já, contudo, que, *de lege ferenda*, parece que a melhor solução seria deixar o maior espaço possível de liberdade para que a Administração Pública determinasse, em cada caso concreto, à luz das circunstâncias existentes no momento, qual a duração mais adequada para a prorrogação.

É certo que as concessões não podem se prorrogar indefinidamente. Deste modo, a principal preocupação do legislador deve estar concentrada em estabelecer limites. O ideal, portanto, a nosso sentir, seria que as leis impusessem um limite global de duração do contrato, a ser aplicado quanto à soma do prazo inicial com o de todas as prorrogações possíveis, assim como um limite de tempo para cada uma das prorrogações a serem autorizadas. Como o tempo de duração dos contratos — e também obviamente, o tempo de cada período de prorrogação — deve ser calculado como uma função da equação econômica do contrato, não é boa prática que o legislador pretenda fixar, de antemão, qual a duração exata que cada prorrogação deverá ter. A forma adotada pela Lei nº 9.074/95 é, nesse ponto, uma das que mais se aproxima do que se ora preconiza, já que estabelece limites e não um prazo pré-determinado, tanto para o prazo inicial, como para as eventuais prorrogações⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ HAUTON, Marianne. L’extension de la durée des contrats de concession. In: **Contrats Publics**, *Moniteurjuris*, nº 183, jan. 2018. Disponível em <https://www.seban-associés.avocat.fr/wp-content/uploads/2018/01/L%E2%80%99extension-de-la-dur%C3%A9e-des-contrats.pdf>. Consultado em 22 de novembro de 2019, p. 52.

⁸⁶⁹ Exemplificativamente, pode-se referir ao art. 99 da Lei nº 9.472/97, que trata do setor de telecomunicações e mais recentemente, o art. 5º da Lei nº 13.448/2017.

⁸⁷⁰ Vide a esse respeito os seguintes artigos da Lei nº 9.074/95: “art. 4º, (...) § 2º *As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos*” e “art. 20. *As concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo*

As prorrogações convencionais, como se viu, decorrem de um pacto firmado entre as partes, desde o início da contratação, de que, findo o prazo inicialmente ajustado, poderiam voltar a negociar a ampliação desse prazo para que o contrato possa seguir sendo executado, caso isso seja do interesse tanto do concessionário quanto do Poder Concedente. Do ponto de vista do concessionário, sua avaliação levará em conta as vantagens que tem podido obter pela exploração da concessão, o quão atraente a equação econômico-financeira firmada no passado lhe parece ser no momento presente e se tem conseguido confirmar as premissas de que se valeu quando apresentou a sua proposta, ou seja, se não ocorreram eventos referentes a riscos por ele assumidos, que tenham frustrado as suas expectativas. Do ponto de vista do Poder Concedente, será necessário avaliar se a prorrogação é solução mais consentânea com o interesse público do que a assunção direta da atividade ou a organização de uma nova licitação⁸⁷¹.

Em geral, os contratos costumam estabelecer um procedimento, que deve ser iniciado com uma antecedência pré-determinada, por iniciativa do concessionário, a quem cabe apresentar à Administração um pleito para a prorrogação do contrato⁸⁷². Após uma avaliação inicial de viabilidade jurídica, estando autorizada pela lei e pelo contrato a prorrogação e tendo sido atendidos todos os requisitos aplicáveis, alguns dos quais já se cuidou acima, no subcapítulo 6.1.3, deve a Administração Pública realizar um exame de vantajosidade. Para Felipe Guimarães, as prorrogações que chamamos aqui de convencionais são um negócio jurídico administrativo a título oneroso⁸⁷³. Assim, “*em troca do prolongamento do prazo de vigência do contrato de concessão (...) a concessionária deve dar, necessariamente ao Poder Concedente, ‘algo’ que caracterize a vantajosidade da prorrogação*”⁸⁷⁴.

único do art. 43 e pelo art. 44 da Lei nº 8.987, de 1995, exceto aquelas cujos empreendimentos não tenham sido iniciados até a edição dessa mesma Lei, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a trinta e cinco anos, observado o disposto no art. 24 desta Lei e desde que apresentado pelo interessado:”

⁸⁷¹ “(...) é realizada por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, desde que estejam presentes os pressupostos específicos da medida e a concessionária aceite determinadas condições propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação vis-à-vis as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade.” (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 57)

⁸⁷² Exemplificativamente, pode-se referir aos procedimentos estabelecidos nos seguintes diplomas legais: art. 4º, ∞4º da Lei nº 9.074/95; art. 99 da Lei nº 9.427/97; art. 5º, §1º da Lei nº 12.783/13.

⁸⁷³ “(...) a prorrogação por interesse público deve ser, sempre, onerosa ou condicionada, e nunca gratuita ou pura.” (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 136.)

⁸⁷⁴ *Idem*

Na verdade, como bem observa Floriano de Azevedo Marques, a prorrogação que aqui chamamos de convencional será um fator de desequilíbrio contratual⁸⁷⁵. Considerando-se que o contrato foi executado regularmente e tenha chegado ao seu termo devidamente equilibrado, a alteração do prazo, que é um importante elemento da equação econômico-financeira, sem outras modificações que a compensassem representaria, na verdade, uma vantagem indevida para o concessionário. Como aponta Maurício Portugal Ribeiro, a prorrogação “*gera valor adicional para o concessionário*”⁸⁷⁶. Trata-se da extensão de prazo referente a um negócio anteriormente firmado. Tendo em vista os princípios da isonomia e da vinculação ao edital, as condições originalmente negociadas não poderão ser substancialmente alteradas. Nesse sentido, o objeto não poderá ser desnaturado, nem a equação econômico-financeira poderá ser modificada, em decorrência de sua intangibilidade. No entanto, tendo em vista o desequilíbrio provocado pela própria prorrogação, ela deverá ser acompanhada de medidas que o compensem.

O interesse público que poderá fundamentar a decisão administrativa que anui com a prorrogação convencional do contrato, advirá exatamente dessas compensações que a Administração Pública deverá impor para compensar as vantagens que serão obtidas pelo concessionário com a prorrogação. Podem ser previstas, então, várias medidas como, por exemplo: a instituição de um novo valor a ser pago pelo concessionário em decorrência da extensão temporal da outorga; a inclusão de novos investimentos a cargo do concessionário, não previstos anteriormente, sempre relacionados ao objeto originalmente pactuado, de modo a aperfeiçoar ou modernizar a prestação do serviço; a redução da tarifa; a solução de conflitos administrativos ou judiciais porventura existentes entre as partes; a inclusão de novos parâmetros de qualidade ou metas de desempenho; a adequação de aspectos específicos do regime contratual da concessão, que não desnature o seu objeto; algum tipo de atualização tecnológica ou uma combinação de alguns desses fatores.

Em alguns casos, a própria lei estabelece quais as medidas que devem ser adotadas como compensação pela prorrogação do prazo. Nesse sentido, a Lei nº 9.472/97, que trata dos serviços de telecomunicação, impõe, em seu art. 99, que a prorrogação dependerá de novos pagamentos, tanto em contrapartida pelo ampliação do período de outorga, como pelo uso da

⁸⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 167 e 168.

⁸⁷⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **A Medida Provisória nº 752/16 e os setores rodoviário e aeroportuário**: seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/mp-para-reestruturar-contratos7.pdf>. Consultado em 25 de novembro de 2019. No mesmo sentido ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 554 e 555.

faixa de radiofrequência, além de “*outros condicionamentos*”, cuja definição fica a critério da agência reguladora (ANATEL). Já no caso da Lei nº 12.783/2013, que instituiu regras para prorrogação de concessões no setor elétrico, a intenção principal do legislador é a obtenção de redução de tarifa, como se afere pela exposição de motivos da Medida Provisória nº 579/2013, que lhe deu origem, onde expressamente se afirmou que “*o tratamento dessas concessões busca a captura da amortização e depreciação dos investimentos realizados nos empreendimentos de geração e nas instalações de transmissão e de distribuição de energia elétrica (...) em benefício da modicidade tarifária*”, razão pela qual seu art. 15 autorizou que, após a prorrogação, a tarifa levasse em conta apenas investimentos ainda não amortizados, depreciados ou indenizados.

A Lei nº 12.815/2013, que trata do setor portuário também estabelece, em seu art. 57, §1º, que a prorrogação (antecipada nesse caso) dependerá da aceitação em realizar novos investimentos. Também a Lei nº 13.448/2017, ao tratar das hipóteses de prorrogação antecipada no âmbito do PPI, estabeleceu diversos condicionantes para as prorrogações de contratos de concessão, incluindo pagamento pela ampliação da outorga, inclusão de novas metas de qualidade, extinção da exclusividade, introdução de obrigação de garantir acesso de terceiros à infraestrutura gerida, entre outros. Em outros casos, a legislação estabelece como condição para que se proceda a uma prorrogação convencional, a inclusão de novos parâmetros de desempenho, de modo a modernizar a prestação do serviço público, introduzir novas tecnologias ou estabelecer metas mais rigorosas de qualidade. É o caso, por exemplo, da Lei nº 9.074/95, em cujo art. 25, §1º há determinação para a inclusão de “*cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico*” quando da prorrogação contratual.

Por fim, vale registrar o alerta de Egon Bockmann⁸⁷⁷ que, ao tratar das prorrogações, ressalta que “sua instalação não pode exigir novos investimentos de elevado volume (muito menos se estes forem transferidos ao concedente — o que desnaturará a qualidade de comum da concessão)”. Em hipótese nenhuma, o aditivo de prorrogação poderá desnaturar o objeto da concessão. Isso vale para as prorrogações convencionais e vale para todas as outras espécies de prorrogação, como ficou claro acima, no subcapítulo 6.1.4. Deste modo, cabe à Administração Pública, quando for tomar as suas decisões discricionárias voltadas à prorrogação convencional de um contrato de concessão de serviço público, assegurar a inclusão de compensações devidas pelo concessionário, que justifiquem o interesse público

⁸⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8987/95. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133.

em prorrogar a avença e garantam o respeito à equação econômico-financeira original, sem que o contrato se torne em outro, ou se transforme em um pacto diferente do original, guardando, portanto, as suas características essenciais, sem que haja inovações no que for substancial.

6.2.1.2. Premial

Essa modalidade de prorrogação talvez seja uma das mais difíceis de ser caracterizada. Na verdade, apesar de ser referida por diversos autores, ao que parece, em muitos casos usa-se a mesma designação para referir a situações distintas. Há autores que seguem a classificação de Lino Torgal⁸⁷⁸, para quem há duas espécies de prorrogações: denomina premial a prorrogação que acabamos de tratar aqui como convencional, admitindo também as prorrogações cuja finalidade é recuperar o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, que denomina como corretora, da qual trataremos abaixo⁸⁷⁹.

No que se refere às prorrogações que denomina como premiais — que, nesta tese, chamamos de convencionais — Lino Torgal não reconhece um direito adquirido do

⁸⁷⁸ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011. Seguindo essa classificação que chama de premial as prorrogações que não têm por finalidade reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 91; SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 177-206, jan./mar. 2012; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 169; CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 212 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 555. Carolina Zaja — chamando de premiais as prorrogações que aqui denominamos convencionais — propõe, no entanto, uma classificação tripartite, entre premial, corretora/reequilíbrio e antecipada. Vide: OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 155.

⁸⁷⁹ Floriano Azevedo Marques, apesar de diferenciar entre os dois tipos de prorrogação, afirma: “*Se o contrato trazer previsão da possibilidade de prorrogação vinculada ao cumprimento de certas condições e à observância de determinados procedimentos, temos que, satisfeitas essas condições e atendidos os procedimentos da prorrogação, o concessionário terá adquirido o direito à prorrogação. Direito que não decorre do fato em si de ser concessionário, mas de sua expectativa de permanecer por mais um período na concessão ter se convertido em direito pela satisfação das condições originalmente estipuladas. Ou seja, prevista no contrato — pressupondo não ser vedada na lei — ela não se constitui em uma discricionariedade ampla do poder concedente, pois preenchidas as condições contratuais, o concessionário faz jus à prorrogação.*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 169)

concessionário a ter o seu contrato prorrogado pela simples razão de ter cumprido os requisitos contratualmente estabelecidos. Indica o autor que, “além da revelação do concessionário de capacidade de gestão das actividades concedidas”, é imprescindível que “se verifique um conjunto de circunstâncias excepcionais (...) que deponha credivelmente no sentido de ser mais vantajoso (...) que a Administração estenda o prazo da concessão”⁸⁸⁰, em comparação com as alternativas de reassumir a atividade ou organizar uma licitação com vistas a uma nova contratação. Trata-se, segundo o autor, de decisão discricionária da Administração que, em consequência, deverá ser fundamentada “quanto à conveniência da solução da prorrogação para o interesse público”, pois “a ausência de fundamentação tornaria imperscrutáveis as razões em que se arrimara a pronúncia administrativa”⁸⁸¹. Como se vê, apesar de usar outra denominação, o autor claramente trata da espécie de prorrogação convencional, que parte da doutrina brasileira chama de prorrogação por interesse público.

A designação como premial, no entanto, parece perder um pouco de sentido quando não se admite o surgimento para o concessionário-premiado de um direito adquirido a receber o prêmio. Deste modo, quando há condições e requisitos contratualmente estabelecidos que, quando atingidos, criam para a Administração Pública uma prerrogativa de decidir discricionariamente se prorroga ou não o contrato, a depender de outras circunstâncias que deverão ser examinadas, a fim de proceder a uma avaliação quanto à alternativa que melhor atende ao interesse público, optamos por denominar essa espécie de prorrogação como convencional, como descrito no capítulo anterior.

Há outros autores, contudo, que consideram ser sempre premiaias as prorrogações cujas condições e requisitos estejam previamente estipuladas em contrato, consistindo a prorrogação nesses casos, em direito subjetivo do concessionário, sendo vinculado o ato administrativo que reconhece esse direito, encontrando-se, portanto, a Administração Pública obrigada a prorrogar os contratos nesses casos⁸⁸². Não nos parece, todavia, que a prorrogação

⁸⁸⁰ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 238.

⁸⁸¹ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 241.

⁸⁸² Essa a posição, por exemplo, de Floriano Azevedo Marques, que afirma que “se o contrato trazer previsão da possibilidade de prorrogação vinculada ao cumprimento de certas condições e à observância de determinados procedimentos, temos que, satisfeitas essas condições e atendidos os procedimentos de prorrogação, o concessionário terá adquirido o direito à prorrogação.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 169). No mesmo sentido: “Em relação à possibilidade de a Administração optar e especificar, no momento da contratação, as condições necessárias para tal renovação contratual, algumas considerações são importantes. Isso porque, mediante Edital que antecipe condições em que ocorrerá a prorrogação ordinária e Contrato que as delimite criando triggers para o concessionário, o atendimento destas condições e o atingimento destes triggers torna a prorrogação ordinária

premieral possa ser tratada como regra⁸⁸³. Como vimos acima, um dos requisitos para que qualquer prorrogação possa ser autorizada, é que o concessionário demonstre um desempenho adequado. Não será, no entanto, qualquer deslize, pequena irregularidade ou inadimplência eventual que deverá interditar completamente a pretensão de se prorrogar o contrato. Deverá haver, assim, uma análise ponderada e equilibrada da Administração a esse respeito, como já se observou no subcapítulo 6.1.3 acima, ao se cuidar dos requisitos da prorrogação. O ideal, então, é que o contrato estabeleça objetivamente quais essas condições a serem atendidas e quais os parâmetros a serem observados para que a prorrogação se mostre viável. Não nos parece, portanto, que a existência de condições deste tipo no contrato possa levar à confusão com condições que criem para o concessionário um direito adquirido à prorrogação. Não são, deste modo, todas as condições e parâmetros de performance que devem indicar a existência de previsão da prorrogação premieral. Para tanto, é necessário que esteja explícito e se extraia com segurança da cláusula contratual a intenção de gerar para o concessionário um direito subjetivo pelo cumprimento das metas estipuladas.

Para alguns autores, a previsão de condicionantes às prorrogações deve ser vista como tendo instituído, na verdade, um contrato pelo tempo máximo autorizado. As prorrogações consistiriam meramente em momentos de aferição formal do cumprimento de requisitos objetivos, sem espaço para qualquer tipo de decisão discricionária da Administração. Esse entendimento é bem ilustrado por Rafael Vêras e Leonardo Coelho, quando defendem cuidar-se de “*modalidade em que se divide o módulo contratual em duas ou mais partes, possibilitando que o poder concedente, ao final de cada uma delas, avalie se o concessionário preencheu os requisitos previamente estabelecidos contratualmente*”⁸⁸⁴. Tratar-se-ia, assim, de uma espécie de *recall*, em que, caso não tenham sido preenchidos os requisitos contratuais, o concessionário seria dispensado, recusando-lhe a prorrogação do seu

um direito adquirido do concessionário.” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 212)

⁸⁸³ Concorde-se, a esse respeito, com as afirmações de Flávio Amaral, para quem “A circunstância de o instrumento convocatório da licitação e o contrato eventualmente admitirem a prorrogação não implica que a extensão do prazo seja obrigatória ou, mesmo, se torne regra nos contratos de infraestrutura duradouros.” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 227).

⁸⁸⁴ FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 296.

contrato. Mas, se, ao contrário, estiverem atendidas as condições pré-estabelecidas, surgiria para ele o direito adquirido à prorrogação⁸⁸⁵.

Uma consequência que se extrai dessa conclusão é que, ao formular suas propostas, os licitantes deveriam levar em conta não apenas o prazo inicial previsto em contrato, mas sim a soma de todas as prorrogações possíveis. Esse entendimento importa, no entanto, que, caso não se confirmem as condições contratualmente previstas e a prorrogação não se torne possível, em tese, o concessionário deveria ser indenizado pelos investimentos não amortizados, considerando que o prazo que compôs a equação econômico-financeira, como um de seus elementos, levou em conta, inclusive, o período da prorrogação frustrada. Não parece, no entanto, que a modalidade sugerida pelos autores seja compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Como se viu, a regulação contratual dos serviços públicos se dá pela definição de um prazo contratual, ao longo do qual investimentos devem ser realizados pelo concessionário, que deverá amortizá-los durante a vigência do vínculo. Não seria admissível, portanto, que fossem dimensionados investimentos para um módulo concessional de, digamos, 30 anos, o qual restaria dividido em 2 partes de 15 anos cada uma, sendo possível que, ao final da primeira, o contrato pudesse ser interrompido. Isso geraria um enorme desequilíbrio contratual, pois seria suprimido do concessionário a metade do prazo originalmente concebido para a amortização dos seus investimentos⁸⁸⁶.

Por outro lado, caso os investimentos sejam dimensionados apenas para a primeira parte desse suposto “módulo contratual”, ao final desse prazo intermediário, caso as condições contratuais tenham sido adequadamente cumpridas, o concessionário teria adquirido direito à prorrogação para executar a segunda parte do módulo. Como presumivelmente os seus investimentos já estarão integralmente amortizados, haveria um verdadeiro enriquecimento sem causa do concessionário, que poderia gozar um novo período de mesma duração de execução contratual, só que agora sem obrigações de investimento, o que é inadmissível.

⁸⁸⁵ Essa ideia de uma expectativa de direito que seria convertida em direito adquirido “*pela satisfação das condições originalmente estipuladas*” é também sustentada em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 169.

⁸⁸⁶ Rafael Schwin, que não admite a existência de direito adquirido às prorrogações, chama a atenção para esse problema, ao alertar que o concessionário não poderá, ao preparar a sua proposta, levar em conta o período das prorrogações possíveis: “*O lado negativo de se estabelecer um prazo inicial mais curto e a possibilidade de sucessivas prorrogações, no entanto, é que o parceiro privado não poderá calcular a viabilidade da PPP levando em conta que todas as prorrogações possíveis serão aplicadas. O seu direito é apenas que o prazo original seja observado.*” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Prazo de vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, p. 57)

Essa não parece ser a solução adequada. A nosso ver, assiste razão a Flávio Amaral quando afirma que “a prorrogação não passa de uma expectativa de direito”, razão pela qual “o particular não deve considerá-la como evento futuro e certo no momento em que elabora e apresenta sua proposta no processo de licitação”⁸⁸⁷. Além disso, como se viu, na maioria das vezes cabe à Administração, inclusive, avaliar discricionariamente quais as condições que serão impostas ao concessionário, caso a prorrogação seja entendida como conveniente e adequada. Não parece possível conciliar a ideia de um direito adquirido do concessionário, com o concomitante condicionamento do exercício desse direito à aceitação de novos encargos a serem estabelecidos discricionariamente pela Administração Pública. O direito subjetivo do concessionário não pode estar condicionado ao exercício de prerrogativas ou direitos potestativos da Administração.

É preciso reconhecer, portanto, que a prorrogação premial possui características bastante distintas da prorrogação convencional. Ao contrário desta, aquela deve ser encarada como uma verdadeira premiação, consistente em um período adicional de tempo. Como se viu, no capítulo anterior, a discricionariedade estatal quanto às prorrogações é exercida em dois momentos: quando elabora o contrato e quando toma a decisão definitiva. Nesses casos, a discricionariedade da Administração Pública se concentra inteiramente no momento antecedente, quando insere na minuta do contrato de concessão a cláusula que expressamente estabelece para o concessionário o direito a ser premiado caso atinja determinadas metas não obrigatórias. Como bem explica Flávio Amaral, a “*entidade adjudicante voluntariamente impõe limites à sua discricionariedade e se autovincula para assegurar eventual extensão do prazo do contrato quando atendidos requisitos objetivos que atestem desempenho excepcional do contratado*”⁸⁸⁸. A analogia mais próxima é com o instituto da remuneração variável. Nesse caso, portanto, não há que se falar em aumento de investimentos ou imposição de qualquer outra condição a ser cumprida para viabilizar a prorrogação. As condições já foram previamente estipuladas e, tendo sido atingidas, o concessionário já assegurou o direito à extensão de prazo, a qual, evidentemente, não poderá se dar por período excessivamente longo.

Note-se que, quando se trata de prorrogação premial, a intenção é a de, propositalmente, deixar o contrato desequilibrado em favor do concessionário,

⁸⁸⁷ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 231.

⁸⁸⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 232. No mesmo sentido: GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 67.

proporcionando-lhe o aumento de sua margem de lucro, exatamente como ocorre nas hipótese em que se autoriza a previsão de remuneração variável para o concessionário⁸⁸⁹. Nesses casos, há um conjunto de receitas (tarifas, contrapartidas públicas, receitas acessórias etc.) calculadas em função dos investimentos a serem realizados, de acordo com uma equação econômico-financeira fixada no contrato. Ao atingir determinados níveis elevados de eficiência e qualidade previamente determinados, a norma do art. 6º, §1º da Lei nº 11.079/2004 permite uma elevação dessas receitas, sem nenhuma ampliação de encargos. O contrato, então, logicamente se desequilibra em favor do concessionário, como uma forma de premiação a ser por ele usufruída⁸⁹⁰. No que se refere à prorrogação premial, ao invés dessa remuneração adicional derivar do recebimento de um pagamento em valor mais elevado, será decorrente de um acréscimo no prazo, ou seja, de um período maior para a fruição da receita. Prerrogativas como essas, seja de uma remuneração ampliada ou de um prazo estendido, devem estar vinculadas ao atingimento de metas extraordinárias, não confundíveis com as condições ordinárias de desempenho regular do serviço.

Deste modo, para fazer jus ao que se apresenta como um prêmio, não basta que o concessionário esteja adimplente e cumpra regularmente as suas obrigações. Essas podem ser premissas para a prorrogação convencional, não para a prorrogação premial. Neste último caso, é preciso que ele supere as expectativas. Assim, as metas e parâmetros de qualidade estabelecidos para que faça jus à prorrogação premial devem estar — como ocorre com a remuneração variável, prevista no art. 6º, §1º da Lei nº 11.079/2004 — em um patamar mais elevado em relação às meras obrigações contratuais ordinárias⁸⁹¹. Trata-se de iniciativas (a

⁸⁸⁹ Como ressalta Nadja Lírio do Valle, ao tratar do tema, “o estabelecimento de metas e padrões de qualidade que resultem em incremento da contraprestação pecuniária estimula não só a adequada oferta do serviço – requisito mínimo –, mas o atingimento de tais objetivos, garantindo ao particular maior margem de lucro sem pôr em risco os padrões mínimos de qualidade – o que termina por trazer benefícios à Administração e aos usuários.” (SILVA, Nadja Lírio do Valle Marques da. Remuneração variável nos contratos administrativos: um instrumento do princípio da eficiência. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 149-171, set./fev. 2016, pp. 154)

⁸⁹⁰ Em acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, tratando-se da remuneração variável, já se admitiu a legitimidade desse tipo de remuneração desproporcional atribuída ao contratado, com natureza premial: “(...) é natural que, havendo sucesso na empreitada, a remuneração do contratado seja elevada e, eventualmente, desproporcional ao serviço prestado, pois o contratado assume, para si, todos os ônus do insucesso, adiantando despesas e arcando integralmente com os custos associados ao serviço, na expectativa de auferir o prêmio oferecido.” (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 589/2004**, Plenário. Relator Walton Alencar Rodrigues, processo nº 008.746/2000-4)

⁸⁹¹ Como bem aponta Rafael Wallbach Schwind, “a remuneração variável pode estar vinculada à obtenção de um benefício adicional à Administração Pública. Ou seja, pode haver a previsão de determinados parâmetros de qualidade, sendo que, se forem atingidos índices superiores que gerem benefícios adicionais, poderá ser vinculada a eles uma remuneração adicional. Portanto, não há o abandono dos deveres de qualidade nem das obrigações assumidas pelo contratado. Em determinadas situações, a vinculação da remuneração à obtenção de um resultado configura a solução mais vantajosa para a própria Administração Pública, que somente efetuará

remuneração variável e a prorrogação premial) de uma mudança de paradigma, em que se reserva as técnicas repressivas apenas para os casos mais graves de inadimplência quanto a aspectos básicos da execução contratual, procurando estimular o atingimento de padrões elevados de performance, por meio da premiação⁸⁹². A única distinção nesses casos é que, enquanto a remuneração variável permite a premiação no curso da execução do contrato, a prorrogação premial contempla o concessionário ao final do prazo originalmente ajustado, que é ampliado com a intenção de que tenha a oportunidade de aumentar a sua margem de lucro.

Deve-se atentar, todavia, que, quando o concessionário logre atingir tais metas e atender a esses parâmetros extraordinários de qualidade, a ampliação do prazo a que fará jus — assim como ocorre em relação à variação de preço nos casos de remuneração variável —, deve guardar uma relação de razoabilidade com o prazo originalmente estipulado, não podendo chegar a distorcer as condições contratuais⁸⁹³. Deste modo, variações de 10 ou 15%

qualquer pagamento se obtiver efetivamente um benefício com a contratação.” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 177-206, jan./mar. 2012). No mesmo sentido: Nadja Lírio do Valle, “(...) os objetivos fixados devem ser alheios ao mínimo essencial caracterizador da prestação contratada, e os benefícios alcançados traduzirão vantagem que não guarda relação com os aspectos primordiais da atividade concedida.” (SILVA, Nadja Lírio do Valle Marques da. Remuneração variável nos contratos administrativos: um instrumento do princípio da eficiência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 149-171, set./fev. 2016, p. 155)

⁸⁹² “Mesmo nas concessões, em que existe maior liberdade ao prestador na definição dos meios de exploração do serviço, não há uma cultura muito difundida no sentido de se atrelar a remuneração do prestador a determinadas exigências de qualidade e disponibilidade. Há o estabelecimento de padrões de qualidade (por força dos artigos 23, inciso III e 29, inciso X, da Lei nº 8.987/95), mas a experiência demonstra que sempre se privilegiou de modo geral a adoção de técnicas repressivas de conduta — tal como a aplicação de sanções pelo não atendimento de certos padrões de qualidade ou disponibilidade. (...) A adoção de técnicas repressivas pelo não atingimento de determinadas metas provoca a criação de novos custos ao concessionário — justamente em decorrência da aplicação de sanções. Já a atribuição do risco de qualidade e de disponibilidade ao prestador não cria novos custos, mas atinge a própria receita do concessionário.” (SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 238 e 239)

⁸⁹³ Tratando da remuneração variável, Rafael Wallbach Swind ressalta a necessidade de guardar proporcionalidade com os benefícios auferidos: “Não se trata de um agravamento nem da situação da Administração, nem da situação do particular. Trata-se, isso sim, de encontrar a justa medida entre a relevância do benefício almejado pela Administração e o montante da remuneração a ser paga ao contratado. O impacto das reais vantagens deve ser estipulado e avaliado em cada caso, a fim de que a remuneração devida seja dimensionada de modo justo. Evidentemente, mesmo em situações de remuneração variável, haverá o dever de a Administração, na engenharia contratual, buscar que a remuneração do particular seja módica. Do contrário, não será atendido o princípio da economicidade. Entretanto, essa avaliação somente pode ser feita à luz do caso concreto, tomando em conta a dimensão do risco assumido pelo contratado, as práticas de mercado e a relevância das vantagens buscadas pela Administração Pública. (...) Conforme prevê o §3º do artigo 70 do Decreto nº 7.581, o valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública. Ou seja, não caberá a fixação de remuneração adicional elevada se o benefício proporcionado para a Administração for insignificante. Isso significa que a Administração deverá ponderar a relevância das metas e parâmetros que justifiquem a remuneração adicional e deverá estabelecer valores proporcionais aos benefícios esperados com o seu atingimento.” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração

podem facilmente ser aceitas como razoáveis. Dificuldade maior haveria caso se trate de variações próximas de 100%, que implicariam em uma necessidade de fundamentação muito mais rigorosa. Por essa razão, cláusulas que preveem a possibilidade de prorrogação “por igual período”, dificilmente podem ser interpretadas como uma espécie de prorrogação premial. Estas consistem em uma verdadeira premiação oferecida ao concessionário: a oportunidade de, mesmo após a amortização integral dos seus investimentos, continuar explorando o serviço, por um período limitado e curto de tempo, de modo a incrementar a sua lucratividade, como contrapartida por ter atingido metas e padrões de qualidade que não eram obrigatórios, mas eram desejáveis.

Saber se, no caso concreto, a cláusula prevê uma espécie de prorrogação convencional ou premial será uma questão de interpretação. Deve-se perquirir se o contrato estabelece condições para que a prorrogação seja possível, a depender, ainda, de um juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública; ou se se trata de verdadeiras condições suspensivas, cujo implemento pelo concessionário lhe permite fruir automaticamente um direito subjetivo à prorrogação.

Quando a cláusula se valer de expressões como “a critério do Poder Concedente”, por exemplo, ao se referir às prorrogações, não haverá dúvida de que não é o caso de prorrogação premial. Dificuldade maior ocorrerá nos casos em que não houver disposição expressa a respeito, havendo apenas uma autorização genérica para que o contrato seja prorrogado, indicando-se, ainda, as condições que devem ser cumpridas para que isso ocorra. Nesses casos, como já referimos anteriormente, as prorrogações devem ser tratadas como autorizações excepcionais para a ampliação do prazo contratual. A regra, constitucionalmente imposta, é a licitação. A prorrogação dependerá sempre, portanto, da demonstração de que é a alternativa mais vantajosa em relação à licitação. Deste modo, é preciso interpretar a cláusula contratual que estabelece a possibilidade da prorrogação com esse cuidado. Para que se conclua que se trata de prorrogação premial, é preciso que essa condição decorra expressamente da redação da cláusula contratual, que não pode deixar dúvida quanto ao surgimento, para o concessionário, de um direito subjetivo à prorrogação. Em princípio, deve-se presumir que se trata de prorrogação convencional.

Em princípio, também não se deve interpretar cláusulas que autorizam a prorrogação “uma única vez, por igual período”, como prorrogação premial. Como se viu, as prorrogações

premiais devem ter duração sensivelmente mais reduzida do que a duração original do contrato. Por se tratar de um prêmio, equivalente a uma remuneração extra, decorrente de uma performance extraordinariamente destacada, não pode se equiparar ao prazo total previsto para a amortização dos investimentos. Também não se compatibiliza com a prorrogação premial a inclusão de novos investimentos ou qualquer outra iniciativa de reequilíbrio, que dependa de nova negociação entre as partes. O prêmio consiste exatamente em desequilibrar, propositalmente, a equação econômica do contrato⁸⁹⁴, em favor do concessionário. Reequilibrar o contrato em razão da ampliação do prazo é providência tipicamente vinculada às prorrogações convencionais.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Juliano Maranhão⁸⁹⁵, toda prorrogação prevista contratualmente é necessariamente premial e o cumprimento dos seus requisitos criará para o concessionário um direito subjetivo em obter a extensão do prazo contratual:

(...) uma vez prevista no contrato e especificadas suas condições, a prorrogação vincula a Administração, que somente pode recusá-la em caso de falta do concessionário ou se necessário para atender ao interesse público, a ponto de se considerar os contratos expressamente prorrogáveis como contratos com condição resolutiva cujo prazo corresponderia à soma do prazo inicial e o da prorrogação.”

O caso analisado pelos autores é o dos serviços de telefonia, disciplinados pela Lei nº 9.472/97, cujo art. 99 estabelece que “o prazo máximo da concessão será de 20 (vinte) anos, prorrogável por iguais períodos, sendo necessário que a concessionária tenha cumprido as condições da concessão e as obrigações já assumidas e manifeste expresso interesse na prorrogação”. Nesse sentido, admitindo-se como correta a interpretação sugerida, a cada 20 anos, desde que o contrato tenha sido adequadamente executado pelo concessionário, surgiria para ele um direito subjetivo a nova extensão do prazo concessional. Haveria, assim, um contrato por prazo indeterminado, que somente poderia ser interrompido pela inadimplência ou falta de interesse do concessionário em manter o vínculo contratual. Como já se demonstrou acima, no subcapítulo 5.4, não se admite no direito brasileiro contratos de concessão de serviço público por prazo indeterminável. Em algum momento, será

⁸⁹⁴ Tratando de contrato que previa a remuneração variável do concessionário, o Tribunal de Contas da União afirmou no Acórdão 589/2004: “*Nesses casos, é natural que, havendo sucesso na empreitada, a remuneração do contratado seja elevada e, eventualmente, desproporcional ao serviço prestado, pois o contratado assume, para si, todos os ônus do insucesso, adiantando despesas e arcando integralmente com os custos associados ao serviço, na expectativa de auferir o prêmio oferecido.*” (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 589/2004, Plenário. Relator Mon. Walton Alencar Rodrigues, processo nº 008.746/2000-4— grifos não existentes no original)

⁸⁹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004.

imprescindível que a Administração Pública esteja obrigada a voltar ao mercado em busca da alternativa mais vantajosa disponível. Portanto, não se pode admitir que esse momento possa ser indefinidamente adiado pela exclusiva pretensão do concessionário.

Evidentemente, caso haja interesse público devidamente justificado, o direito adquirido do concessionário à prorrogação, como um prêmio conquistado pelo atingimento das metas estipuladas no contrato não pode se impor como um obstáculo intransponível. Nesses casos, a Administração poderá negar a prorrogação, em decisão fundamentada. O direito subjetivo do concessionário, já adquirido, à prorrogação, no entanto, não desaparecerá. Surgirá, assim o seu direito a ser indenizado⁸⁹⁶.

Por fim, deve-se mencionar que, embora referida por diversos doutrinadores, não se encontra facilmente exemplos práticos de prorrogação premial, pela qual o concessionário faça jus a uma extensão de prazo que lhe permita uma sobre remuneração como premiação pelo atingimento de metas. Felipe Guimarães refere à Lei municipal nº 7.018/2002, do Município de Ponta Grossa/PR, que prevê hipótese de prorrogação que identifica como premial pelo fato de fazer referência ao “*direito à renovação*”⁸⁹⁷. No entanto, não parece assistir razão ao autor. Além de não estabelecer metas distintas das condições normais de operação esperadas do concessionário, o prazo de prorrogação é idêntico ao da contratação original, o que não se adequa a uma natureza premial, por excessivo. A norma legal, que se refere aos serviços municipais de transporte coletivo, tem a seguinte redação:

Art. 2º Compete, ainda, ao Município diretamente, ou através de entidade de administração indireta, Fundação ou Autarquia, ou, indiretamente, através de delegação a empresa(s) privada(s) especializada(s), a execução da operação dos serviços de transporte coletivo público urbano nas áreas preferenciais de operação, sempre sob o regime de concessão, pelo prazo de 10 (dez) anos, renovável por igual período.

Parágrafo Único. No caso de delegação do serviço de transporte coletivo urbano mediante concessão, somente terá direito à renovação do contrato, na forma deste artigo, a empresa concessionária que, cumulativamente:

I - tiver operado as linhas objeto da concessão, durante seu prazo inicial, com índice de eficiência igual ou superior a 98% (noventa e oito por cento) da quilometragem mensal programada;

II - tiver renovado a frota operante conforme os critérios definidos nesta Lei, durante o prazo da concessão.

A expressão contida na norma, que estabelece que “*somente terá direito à renovação do contrato*” o concessionário que cumprir determinadas condições referidas, remete, a nosso

⁸⁹⁶ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 232.

⁸⁹⁷ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 69 e 70.

ver, a uma espécie de prorrogação convencional, a qual somente poderá ser deferida pela Administração Pública, casos tenham sido atendidas aquelas condições estipuladas. Não atendidas essas condições não será possível prorrogar o contrato. Tanto assim que, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta em face dessa lei, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁸⁹⁸:

(...) a generalidade e abstração do dispositivo impugnado **autorizador** da prorrogação, por prazo certo, não há que se falar em ofensa aos princípios da licitação, da impessoalidade, da igualdade, e da livre concorrência . - A **possibilidade** de prorrogar, uma única vez, o contrato de concessão de dez anos por mais dez anos, fixa um prazo limite para a concessão, inexistindo, portanto, a alegada "dominação do mercado".

Ao interpretar a lei municipal, o Tribunal de Justiça entendeu que se tratava de autorização legal para a prorrogação, que a torna possível, mas não obrigatória. Ao prever a prorrogação premial, de modo a criar para a Administração um dever legal de prorrogação do contrato, a cláusula deverá ser redigida de modo a não deixar dúvida quanto à vinculação da autoridade pública e ao direito subjetivo criado para o concessionário. Será imprescindível, ainda, indicar metas extraordinárias, que não se confundam com as condições de regularidade do serviço, as quais costumam condicionar a prorrogação convencional. Deve, ainda, determinar claramente qual a ampliação de prazo recebida como prêmio, que deverá ter proporção razoável em relação ao prazo originalmente pactuado.

Relevante, por fim, a referência a acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no *MS 34.203*. Embora não tenha examinado hipótese de prorrogação premial, nem tenha tratado da possibilidade de se assegurar remuneração variável ao concessionário por meio de extensão do prazo do contrato, a Segunda Turma do tribunal afirmou que “*é incongruente com a natureza da prorrogação contratual a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual*”⁸⁹⁹. Na espécie examinava-se pleito de prorrogação contratual de empresa do setor elétrico, em face das disposições da Lei nº 12.783/13, tendo o Ministro relator afirmado expressamente em seu voto que o contrato não continha cláusula que estabelecesse direito adquirido à prorrogação e que “*ao contrário, a margem à decisão administrativa quanto ao ponto restou expressamente consignada na lei e no próprio contrato*”. De todo modo, é de se atentar para o adiantamento

⁸⁹⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. **Acórdão nº 9571**. Processo nº 484.439-9. Relator Des. Jesus Sarrão, julgado em 21/08/2009, publicado em DJ de 02/10/2009.

⁸⁹⁹ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RMS 34203**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 21/11/2017, DJe-053 divulgado em 19/03/2018 e publicado em 20/03/2018.

de uma posição que pode ser vista como contrária à constitucionalidade de uma prorrogação premial.

Deve-se reconhecer, a esse respeito, que, para que seja possível, a prorrogação premial deve ser expressamente autorizada em lei, como ocorre atualmente com a remuneração variável. Apenas a lei poderá autorizar a subversão da regra de amortização, com a finalidade de autorizar a instituição de um prêmio para o contratado, como ocorre tanto no caso da remuneração variável, como nas prorrogações premiaiais, de que se cuidou nesse capítulo.

6.2.2. Extraordinárias

6.2.2.1. Para fins de reequilíbrio

As prorrogações para fins de reequilíbrio são aquelas acordadas pelas partes para corrigir um desequilíbrio contratual anteriormente causado. Para que se caracterize essa modalidade, é necessário que o fator desequilibrante seja imprevisível para ambas as partes. A prorrogação é, portanto, um instrumento de que se pode lançar mão *a posteriori* para corrigir os efeitos causados por um problema já ocorrido e detectado. Diferentes são os casos em que, no curso da execução do contrato, o Poder Concedente identifica alterações contratuais essenciais que devem implementadas e, como meio de compensar o concessionário pelos efeitos que essas alterações lhe causarão, negocia previamente um aditivo de prorrogação, que incorporará tanto as alterações criadoras de encargos extras para o concessionário, como a ampliação do prazo original, que servirá como compensação. Esses são os casos de prorrogação antecipada, dos quais se cuidará no capítulo seguinte.

Tanto a prorrogação para fins de reequilíbrio, como a prorrogação antecipada são classificadas como prorrogações extraordinárias, juntamente com os casos de prorrogação por emergência, pois, quando da formulação contratual original não se esperava que ocorressem. A classe das prorrogações extraordinárias reúne aquelas espécies de prorrogação que só ocorrem porque algo imprevisto aconteceu, alguma coisa não saiu como se esperava e, então, se lança mão da prorrogação para corrigir um problema detectado.

Em princípio, as alterações unilaterais do contrato impostas ao concessionário não devem ser compensadas pela prorrogação para fins de reequilíbrio. As razões para isso são claras. Se, diante da constatação da necessidade de alteração do contrato, o Poder Concedente logra negociar um acordo com o concessionário, que envolva a prorrogação do prazo, estar-se-á diante de exemplo de prorrogação antecipada, de que se cuidará a seguir. Se não for

possível chegar a um acordo entre as partes, não restará alternativa à Administração que não impor unilateralmente as alterações reputadas como essenciais. Nesse caso, não tendo sido possível o consenso prévio — que resultaria na prorrogação antecipada — para o uso da prorrogação como forma de compensação dos novos encargos introduzidos no contrato, será necessário buscar outros instrumentos de reequilíbrio contratual, já que a prorrogação, como se viu, sempre dependerá da vontade do concessionário.

A prorrogação de que se cuidará a partir de agora é aquela para fins de reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato que, em geral, se destina a corrigir distorções que tenham sido geradas por eventos alheios à vontade de ambas as partes, imprevisíveis ou de consequências incalculáveis. Pode-se admitir também que essa modalidade se destine a corrigir distorções causadas por atos ilícitos cometidos pelo poder público — que posteriormente venha a reconhecer tal ilicitude —, também chamados de fato da Administração⁹⁰⁰ ou por atos enquadráveis como fato do príncipe⁹⁰¹, quando o Estado não age na qualidade de contratante, mas acaba interferindo no equilíbrio do contrato. Não se admite sua aplicação apenas em relação às modificações unilaterais do contrato, pelas razões já expostas. Tem se admitido largamente no Brasil, e mundo afora, que a ampliação do prazo contratual sirva como compensação oferecida ao concessionário nesses casos. Desde que o

⁹⁰⁰ Para Maria Sylvania Di Pietro, “o fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico. (...) o que caracteriza efetivamente o fato da Administração (...) é a irregularidade do comportamento do Poder Público.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 293). Marçal Justen Filho rejeita a denominação, pois ao tratar como fato da Administração haveria a suposição de se tratar de um ato (derivado da vontade humana), levando a que se pretenda esquivas das responsabilidades inerentes à conduta ilícita. Em suas palavras: “*Difundiu-se a expressão fato da Administração para indicar as hipóteses de inadimplemento pela entidade estatal às obrigações assumidas contratualmente. (...) O inadimplemento da Administração gera a quebra da equação econômico-financeira, mas se subordina a tratamento jurídico próprio que, usualmente, impõe a indenização por perdas e danos. Na maior parte dos casos, no entanto, o particular prefere a adoção do equilíbrio econômico-financeiro por ser solução mais simples e prática.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 398)

⁹⁰¹ Adota-se aqui o conceito de fato do Príncipe que o distingue das alterações unilaterais do contrato. Segundo Di Pietro, são “as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 292). Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “o fato do príncipe se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando neste último caso funda alteração na equação econômico-financeira do contrato.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 216). Referindo à tradição da doutrina francesa, Marçal Justen Filho aponta que “o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 390). Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que por fato do príncipe “entende-se qualquer medida de ordem geral que parta do Estado, sem que vise especificamente à relação contratual, mas que produza reflexos sobre um contrato administrativo, dificultando ou impedindo a sua execução.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 189)

Conselho de Estado francês julgou o caso *Compagnie générale française des tramways*⁹⁰², em 1910, não há dúvida de que o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público deve ser preservado e é dever da Administração Pública garantir sua preservação, mesmo porque, como recorda Alexandre Aragão, tal garantia serve a dois propósitos principais⁹⁰³:

No primeiro caso, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro é um contrapeso às prerrogativas exorbitantes da Administração Pública na gestão dos contratos de que seja parte. No segundo, a proteção não existe para resguardar imediatamente o concessionário, mas sim a continuidade do serviço público e o interesse público atendido pelo contrato.

Como menciona Bernardo Strobel Guimarães, “a remuneração do empresário é elemento que transcende o interesse patrimonial privado”, pois “passa a ser o meio de satisfação concreta do interesse público”⁹⁰⁴. No Brasil, o primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal de que se tem notícia a esse respeito é o RMS 1835⁹⁰⁵. Tratava-se da concessão para o funcionamento de um parque de diversões na Quinta da Boa Vista, que teve que ser removido, em razão da necessidade de transferência do Jardim Zoológico para o local que antes ocupava. Houve acordo, então, entre a Prefeitura e o concessionário, que assumiu integralmente as despesas da mudança de endereço, recebendo “como indenização dessas despesas”, uma prorrogação de três anos do seu contrato.

Importante considerar que a recomposição do equilíbrio contratual não é tarefa trivial. É necessário levar em consideração uma série de variáveis e circunstâncias de fato, além de identificar adequadamente qual das partes deve suportar os efeitos de cada tipo de acontecimento, segundo os critérios estabelecidos na matriz de risco contratual, que pode ser mais ou menos detalhada. Caso não tenha sido instituída expressamente uma matriz de risco, deverá haver um esforço adicional de interpretação das cláusulas contratuais para identificar

⁹⁰² FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso *Compagnie générale française des tramways***, nº 16178, julgado em 11 de março de 1910 e publicado no recueil Lebon. *L'État ayant concédé une ligne de tramways, le préfet tient-il de l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 le droit de prendre un arrêté imposant à la Compagnie concessionnaire, en ce qui touche le nombre et les heures de départ des trains, un service différent de celui qui avait été prévu par le cahier des charges ? - Rés. aff. - sauf la faculté pour la Compagnie de demander une indemnité en réparation du préjudice qui lui aurait été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007635472>. Consultado em 17 de novembro de 2019.

⁹⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 29.

⁹⁰⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 47.

⁹⁰⁵ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **RMS 1835**, Relator Min. Mário Guimarães, julgado em 26/11/1952, DJ de 24/09/1953, p. 33.

quais os riscos se pode atribuir a cada uma das partes. A busca pelo reequilíbrio do contrato passa muitas vezes, portanto, por decisões menos objetivas do que seria desejável, a ponto de já se ter dito que é atividade que se assemelha mais a uma arte que a uma ciência⁹⁰⁶. Esse não é, no entanto, o objeto de nossas investigações neste ponto e vamos nos limitar, por ora, a admitir que a manutenção do equilíbrio contratual é um direito que pode ser exercido por ambas as partes.

Desequilibrada a equação econômico-financeira do contrato, por fator cujo risco não tenha sido assumido pelo concessionário, não há dúvida que fará jus a uma revisão das condições contratuais, de modo que seja corrigido o desequilíbrio identificado. Há várias alternativas, no entanto, pelas quais se pode proceder à revisão das condições contratuais, de modo a recobrar o seu equilíbrio econômico-financeiro. Entre elas, pode-se referir a⁹⁰⁷:

(i) revisão tarifária, com elevação ou redução das tarifas cobradas do usuário pela prestação do serviço; (ii) revisão da estrutura de receitas, com a autorização ou exclusão da possibilidade de cobrança de novas receitas acessórias, alternativas ou complementares ou, ainda, pela alteração dos percentuais atribuídos à modicidade tarifária; (iii) alteração das obrigações contratuais existentes, especialmente quanto aos investimentos atribuídos ao concessionário ou ao Poder Concedente; (iv) introdução, supressão ou alteração de obrigações contratuais relativas ao pagamento eventualmente devido pelo concessionário pela outorga do serviço; (v) introdução, supressão ou alteração de subsídios, indenizações ou outras contraprestações pecuniárias devidas pelo Poder Concedente, especialmente, mas não apenas, no caso das parcerias público-privadas e também (vi) a prorrogação do contrato.

⁹⁰⁶ “*Even apart from the political context, the process of price control has proved to be much less straightforward than originally envisaged. Setting price controls is more an art than a science, and has involved the evaluation of widely different arguments from the various parties involved, a far more procedurally complex process than anticipated.*” (PROSSER, *Theorising utility regulation*. **The Modern Law Review**, vol. 62, nº 2, Wiley, mar. 1999, p. 198)

⁹⁰⁷ Ver a esse respeito: PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. *In*: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434; TORRALBA, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 252; MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, p. 215 e 216; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 145-162, set./out. 2015, p. 154; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, n. 38, ano 8, jul./ago. 2006; CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 211 e SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 80.

Questão extremamente relevante está em saber se as prorrogações de prazo que tem como objetivo recobrar um equilíbrio contratual perdido — em decorrência de alterações em outras variáveis de sua equação econômico-financeira — devem ou não estar submetidas a um **regime jurídico distinto** do aplicável às prorrogações ordinárias. Alguns autores, que fazem a distinção, preferem, inclusive o uso de outras expressões para designar esse instituto, de modo a deixar clara a sua diferenciação em relação às prorrogações em geral, valendo-se de designativos como extensão de prazo para fins de reequilíbrio, ampliação corretiva do prazo, etc.

A mera utilização de uma designação diferente, contudo, não tem o condão de alterar a natureza do instituto. É preciso, portanto, perquirir se há, de fato, alguma diferença ontológica entre os institutos que pudesse justificar um tratamento jurídico distinto, mesmo sem que a lei ou o contrato o tenha estabelecido. Como se sabe, diversas razões distintas podem justificar a prorrogação do prazo: razões variadas de interesse público, a intenção de estimular performance excepcionalmente elevada pela estipulação de prêmios, a necessidade de acrescentar investimentos não previstos antes do término do prazo ajustado ou uma emergência que impõe a continuidade da relação contratual para evitar que o serviço seja interrompido.

A prorrogação do prazo como forma de revisão do contrato, para reequilibrá-lo, é apenas mais uma razão que, não parece, em absoluto, justificar que seja tratada como uma categoria distinta das prorrogações em geral, como ocorre, por exemplo, em relação à distinção frequentemente estabelecida entre prorrogação e renovação do prazo de contratos administrativos. Neste caso, ao contrário daquele, a distinção parece mais adequada, já que, enquanto a prorrogação consiste em mera alteração do prazo de um vínculo contratual pré-existente, a renovação permite uma completa transformação das demais condições contratadas, reproduzindo-se apenas o objeto, já que se inaugura um vínculo contratual novo⁹⁰⁸.

⁹⁰⁸ Segundo Pedro Gonçalves, “a prorrogação do contrato de concessão consiste no prolongamento da sua vigência, que determina o protelamento do termo de concessão (...) Diferentemente da prorrogação é a renovação do contrato de concessão, que se traduz numa alteração (de cláusulas) do contrato inicialmente celebrado, que pode incluir alterações das cláusulas relativas aos prazo de vigência”. (GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 328). No direito brasileiro, Hely Lopes Meirelles sempre defendeu essa distinção, afirmando que “prorrogação do contrato é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores (...) renovação do contrato é a inovação no todo ou em parte do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 237). Tendo em vista se tratar de um conceito doutrinário, são encontradas definições diversas. Pode-se referir, ao propósito, ao conceito oferecido por Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim Pinheiro, para quem “embora não haja uma definição legal, a

A renovação é, portanto, resultado de uma nova contratação — precedida, consequentemente, de licitação —, tendo o contrato novo o mesmo objeto do anterior. As partes poderão também ser as mesmas se o contratante antigo vencer a nova licitação, mas as condições contratuais e, especialmente, o equilíbrio econômico-financeiro, serão estabelecidas pela nova contratação. Nas prorrogações pode ser possível a alteração de outras variáveis da equação econômico-financeira, além do prazo, mas o seu equilíbrio deve ser mantido como originalmente pactuado.

Encerrado definitivamente o prazo do contrato, ele poderá ser renovado, caso a Administração Pública tenha interesse em continuar contratando o mesmo objeto. Segundo o ordenamento jurídico do Brasil, no entanto — especialmente no que se refere aos contratos de concessão ou permissão de serviço público, por força do disposto no art. 175 da Constituição —, a renovação será sempre dependente de uma nova licitação⁹⁰⁹. Já a prorrogação permite, excepcionalmente, que, sem que se faça necessária nova licitação, o prazo possa ser estendido, mantendo-se o mesmo objeto, as mesmas partes e a mesma relação de equilíbrio econômico-financeiro. Assim, ainda que o aditivo contratual preveja outras alterações, como, por exemplo, o acréscimo de novos investimentos, tais alterações só serão admissíveis se também o fossem no curso do período da execução contratual ordinária. Caso sejam possíveis

prorrogação é usualmente entendida como a extensão do prazo da concessão por período inferior ao originalmente estabelecido. Já a renovação costuma indicar que a vigência do contrato será acrescida de igual período ao originalmente estabelecido.” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 413 e 414). Tendo em vista, no entanto, a prática reiterada no Brasil de cláusulas contratuais que permitem a prorrogação dos contratos de concessão “uma única vez, por igual período”, não parece que a distinção proposta pelos autores se adeque à realidade brasileira. Optaremos, portanto, por tratar como renovação a licitação para uma nova contratação, com o mesmo objeto do contrato a ser extinto.

⁹⁰⁹ Ao contrário da redação do inciso XXI do art. 37 que, ao estabelecer a licitação como a regra geral para todas as contratações públicas, ressalva expressamente “os casos especificados na legislação”; o art. 175 não contém ressalva semelhante e impõe sempre a realização prévia licitação para a constituição de novos vínculos contratuais de concessão ou permissão de serviço público. Há, no entanto, diversas e abalizadas opiniões em contrário, sustentando a possibilidade de se valer das hipóteses autorizadoras da dispensa de licitação, assim como do reconhecimento de sua inexigibilidade, nos termos da Lei nº 8.666/93, que seria subsidiariamente aplicável, nesse aspecto, aos contratos de concessão ou permissão de serviço de serviço público. Vide, a esse respeito, a doutrina de: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46; JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Das normas de transição nas concessões de serviços públicos de transporte coletivos urbanos (um estudo de caso). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. IX, Direito das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 110 e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019. Nossa respeitosa discordância quanto a essa linha de argumentação será exposta abaixo, no subcapítulo 6.2.2.3, quando tratarmos dos contratos de concessão realizados sem licitação em razão de uma situação emergencial.

no curso do prazo contratual, não há razão pela qual interdité-las no momento da sua prorrogação⁹¹⁰. A equação econômico-financeira, no entanto, deve se manter pautada pela mesma relação de equilíbrio. Essa só poderá ser alterada com a celebração de um novo contrato.

Como refere Lino Torgal, “*a prorrogação equivale à ampliação, por um certo período, do prazo de validade do título originário*”⁹¹¹. Já a renovação implica necessariamente na constituição de um novo título⁹¹², que compartilhará com o anterior o mesmo objeto, podendo compartilhar também as mesmas partes, caso o resultado da nova licitação leve a esse resultado. Deste modo, no que se refere aos serviços públicos, ou se admite como renovação a outorga de novos títulos que terão o mesmo objeto, mas condições que poderão ser completamente distintas (ou seja, nova equação econômico-financeira) ou, então, deve-se concluir que não são possíveis nesses casos as renovações contratuais⁹¹³.

De volta ao tema deste capítulo, deve-se concluir que, ao contrário do que ocorre com os conceitos de prorrogação e renovação — que consistem efetivamente em fenômenos jurídicos distintos —, não se encontra razões para atribuir à prorrogação para fins de

⁹¹⁰ A Ley 9/2017, que regula as contratações do setor público na Espanha, traz esse conceito expresso no texto da norma veiculada pelo art. 29, apartado 2: “*El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.*” (ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

⁹¹¹ TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 222.

⁹¹² Segundo Lino Torgal, “*corresponde à outorga de um novo título jurídico ao mesmo sujeito, com o mesmo objeto e, em princípio, com as mesmas condições do título anterior ou semelhantes. A renovação equivalerá, assim, segundo tal entendimento, à reconstituição, no termo do prazo, e em moldes idênticos ou próximos, do vínculo contratual originário — e não, como sucede na prorrogação, à sua mera modificação, decidida naquele momento ou antes, protraindo a vigência do mesmo contrato por um período superior ao primitivamente definido*”. (TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, pp. 222 e 223)

⁹¹³ A esse respeito, deve-se observar que o conceito de renovação é exclusivamente doutrinário. Ao contrário da prorrogação, expressamente prevista no texto constitucional e em diversas leis ordinárias, com significado uniforme, o uso do termo “renovação” na legislação não permite a identificação de um regime jurídico específico. Por exemplo, o texto constitucional, no art. 223 refere à possibilidade de renovar as concessões, permissões e autorizações para os serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens, estabelecendo em seu §2º que depende de prévia aprovação do Congresso Nacional, com quórum mínimo de dois quintos, a recusa da Administração Pública em renová-las. Ao que parece, tendo em vista a importância desses serviços para assegurar a liberdade de imprensa e consequentemente a liberdade de expressão e acesso à informação, o constituinte quis proteger os veículos de rádio e televisão, retirando da Administração Pública o poder de cassar essas concessões, exigindo uma prévia apreciação pelo Congresso. Claramente, o uso do termo “renovação” aqui, nada tem a ver com o conceito ora utilizado, de instituição de um novo vínculo contratual com uma nova equação econômico-financeira, mesmo porque, como já se afirmou no subcapítulo 5.4.2, nesse caso nem há que se cogitar de equação econômico-financeira do contrato, uma vez que não há cobrança de tarifa dos usuários e a principal fonte de faturamento advém de receitas alternativas (publicidade veiculada nos intervalos da programação regular).

reequilíbrio, um regime jurídico distinto do aplicável às prorrogações em geral. Seja naqueles casos que tratamos nesta tese como prorrogação ordinária, como nos casos que classificamos como de prorrogação extraordinária, haverá uma extensão do prazo — e eventual alteração de outras variáveis da equação contratual —, mantendo-se, contudo, os mesmos objeto e equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuados. O vínculo original não se desfaz, nem se renova. É simplesmente prolongado.

Deve-se reconhecer, todavia, que grande parte da doutrina nacional faz essa distinção entre os institutos da prorrogação e eventual extensão de prazo para fins de reequilíbrio, já admitida, inclusive em julgado do Superior Tribunal de Justiça⁹¹⁴. Apesar das inúmeras e respeitáveis opiniões em contrário⁹¹⁵, não nos afigura haver, no entanto, qualquer distinção

⁹¹⁴ No caso examinado pelo tribunal, entendeu-se que a matéria envolvia fato e não poderia ser apreciada em sede de recurso especial, destacando-se que, “o Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que ‘não ficou efetivamente comprovada a ilegalidade e a lesividade apontada pelos autores’”, pois “Segundo o aresto recorrido, ‘não houve uma prorrogação contratual, mas sim a dilatação do prazo em virtude do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, que de fato, como bem salientou a ré Transporte Coletivo Grande Bauru Ltda., (...) possui natureza jurídica diversa da prorrogação’.” (BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no AREsp 1320094/SP**, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 28/03/2019, DJe 04/04/2019)

⁹¹⁵ Floriano Azevedo Marques afirma que “*prorrogação não se confunde com a extensão do prazo para fins de reequilíbrio, nem com a devolução do prazo de delegação diante de situações que tenham impedido a regular fluência do prazo original.*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 168). Para Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim, “(...) *as extensões de prazo contratual operadas em virtude de reequilíbrio econômico-financeiro pela materialização de riscos imputáveis ao Poder Concedente são autônomas em relação às prorrogações para a extensão da relação entre poder Concedente e concessionário ou para a renovação das obrigações da concessão.*” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434). No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (org.) **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009. Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Guzela apontam a existência de prorrogações ordinárias e extraordinárias, que encerrariam institutos diversos: “*Ainda que ambos versem sobre a dilação do prazo contratualmente definido, tais prorrogações apresentam racionalidade distinta e são tuteladas por preceitos normativos diversos, com ratio dissemelhantes. São, portanto, institutos diferentes: prorrogações ordinárias e prorrogações extraordinárias não se confundem.*” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 212). Em dissertação dedicada ao tema Laís Senna indica que, exclusivamente para fins didáticos, classifica “*como prorrogação em sentido estrito aquela realizada por conveniência e oportunidade, como prerrogativa da Administração Pública e como extensão de prazo a prorrogação cuja finalidade seja exclusivamente a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos de concessão.*” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 18). Bernardo Strobel Guimarães também reconhece a distinção, mas, curiosamente, inverte a designação usual e chama prorrogação aquela destinada ao reequilíbrio do contrato e renovação, a ordinária, por interesse público: “(...) *o regime das prorrogações inerentes ao reequilíbrio do contrato não equivale àquele inerente à renovação, prevista pelo próprio instrumento.*” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.)

ontológica em sua natureza, que possa justificar um tratamento jurídico específico. As razões que podem levar à prorrogação dos contratos de concessão de serviço público são variadas. O seu reequilíbrio é apenas mais uma dessas razões.

Resta, então, examinar quais as razões que têm sido apontadas para sustentar a necessidade de atribuir tratamentos jurídicos distintos nesses casos. Um dos principais autores a defender a necessidade dessa distinção é Floriano Azevedo Marques⁹¹⁶, que desenvolve a sua argumentação, apontando as diferenças que caracterizam cada um dos fenômenos. Ressalta que a prorrogação (ordinária) “*é, em si, um fator de desequilíbrio contratual, e não de reequilíbrio*”; ao passo que a “*extensão de prazo para fins de reequilíbrio é o inverso da prorrogação*”, já que funciona como um mecanismo de “*reposição do equilíbrio original*”. Sustenta o autor que a prorrogação, ao permitir o prosseguimento na exploração da utilidade concedida, por um prazo superior ao originalmente previsto, “*acarreta a necessidade de novos dispêndios (...), mas também o alargamento do seu potencial de ganhos*”. Por isso, é “*adequado que a prorrogação coincida com uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial, incluindo novos aportes, incrementando obrigações ou exigindo contrapartidas*”. Já a extensão de prazo para fins de reequilíbrio seria uma reação posterior a um fator de desequilíbrio constatado. Sua função seria corrigir esse desequilíbrio indesejado, razão pela qual vários autores a denominam como prorrogação ou extensão de prazo corretora ou corretiva.

Não há dúvida, como afirma o autor, que a prorrogação pode ser tanto um fator de desequilíbrio, como de reequilíbrio da equação econômico-financeira. Tendo em vista que o prazo é uma variável relevante da equação, como ficou claro no subcapítulo 5.4.1 acima, sua alteração importará na modificação do resultado final. Não nos parece, no entanto, que se deva extrair dessas circunstâncias a conclusão de haja uma natureza diversa entre a prorrogação que aqui chamamos de convencional e as extensões de prazo para fins de reequilíbrio, que incluímos nesta tese dentre as prorrogações extraordinárias. Juntamente com o prazo, é preciso reconhecer que há diversas outras variáveis que fazem parte da equação contratual, como, por exemplo, o volume de investimentos, a tarifa cobrada dos usuários, a

Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54).

⁹¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 167 e 168. Citando expressamente Floriano Azevedo Marques, Mariana Dall’Agnol e Rafaella Guzela também reconhecem os institutos como distintos e investidos um em relação ao outro. Vide: CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 214.

demanda pelo serviço, o valor de eventual pagamento devido ao Poder Concedente em decorrência da outorga, as receitas acessórias, alternativas, complementares ou decorrentes de projetos associados, os variados custos etc.

Quando o contrato é prorrogado, a variável de prazo sofre uma alteração, que conseqüentemente modificará o resultado final da equação. Na verdade, sempre que qualquer uma das variáveis da equação sofrer uma alteração, que não possa ser revertida; a única forma de manter a sua neutralidade — ou seja, manter o resultado final da equação — será encontrar alguma outra variável que possa ser modificada, de forma a proporcionar uma compensação. A tabela abaixo ilustra, de modo extremamente simplificado, essa operação matemática:

Equação original	Equação desequilibrada	Equação reequilibrada
$A + B - C = 0$	$A + B - C = 1$	$A + B - C = 0$
$A = 4$	$A = 4$	$A = 4$
$B = 1$	$B = 2$	$B = 2$
$C = 5$	$C = 5$	$C = 6$

Quando o elemento B da equação foi alterado, passado do valor “1” para o valor “2”, a sua variação implicou na modificação do resultado final. A equação original restou, portanto, desequilibrada em relação ao pacto original. Para recobrar o seu equilíbrio foi necessário, então, alterar outra variável, de modo a compensar a modificação sofrida pelo elemento B. A opção ilustrada acima foi a alteração do elemento C, cujo valor passou de “5” para “6”, o que fez com que o resultado final da equação voltasse a zero, recobrando assim o equilíbrio original.

Embora em um contexto muito mais complexo, é basicamente isso o que ocorre com as equações econômico-financeiras dos contratos de concessão de serviço público. Assim, se a variável de “demanda” for alterada em seu desfavor, tendo esse risco sido atribuído ao Poder Concedente, o concessionário terá direito ao reequilíbrio da equação econômico-financeira, que deverá ser obtido pela alteração de alguma outra variável da equação, como, por exemplo, a tarifa ou o prazo. Um dos mecanismos disponíveis para

reequilibrar o contrato, portanto, será a extensão do prazo (ou a sua prorrogação, que aqui classificamos dentre as extraordinárias), caso seja obtido o consenso entre as partes para tanto.

Por outro lado, é possível que a alteração original, a gerar o desequilíbrio, seja a própria alteração do prazo, em razão, por exemplo, do deferimento, pelo Poder Concedente, de um pleito de prorrogação convencional apresentado pelo concessionário. Nesse caso, para recobrar o equilíbrio originalmente pactuado, será necessário buscar alguma outra variável cuja alteração possa compensar a modificação do prazo. Será possível, então, por exemplo, alterar a variável “investimentos a cargo do concessionário” para obter tal efeito.

No primeiro caso, uma alteração inesperada na “demanda” causou o desequilíbrio, tendo sido o aumento do prazo, a forma encontrada para reequilibrar a equação. No segundo caso, foi a ampliação do prazo que desequilibrou o contrato e a forma de reequilibrá-lo foi ampliar os investimentos a cargo do concessionário. **Em princípio, não nos parece que o fato de a alteração do prazo ser o elemento desequilibrador, que impõe a alteração de outra variável, ou se constituir na variável a ser alterada para compensar o efeito do elemento desequilibrador, possa indicar uma distinção na natureza das prorrogações.** Na prática, qualquer uma das variáveis, se for alterada, por qualquer razão, provocará o desequilíbrio da equação econômico-financeira, cujo reequilíbrio dependerá de que se opte por alguma outra variável a ser modificada em proporção que leve à compensação do fator desequilibrante. Prazo, demanda e volume de investimentos são alguns exemplos de variáveis que podem estar contidos nessa equação. Há diversos outros. É possível, inclusive, que o contrato seja desequilibrado e reequilibrado sem que, necessariamente, essas específicas variáveis sejam afetadas. Pode-se imaginar, por exemplo, um caso em que, tendo o risco ambiental sido assumido pelo Poder Concedente, o órgão competente determine medidas mitigadoras, que não eram previsíveis e que importarão em aumento excessivo nos custos de prestação do serviço, levando assim a uma redução dos pagamentos devidos pelo concessionário ao Poder Concedente em razão da outorga recebida.

O prazo é, sem dúvida, uma variável relevante da equação econômico-financeira e sua alteração poderá gerar desequilíbrio ou ser usada para recobrar o equilíbrio original perdido. Se foi a alteração do prazo (em razão da prorrogação convencional) que desequilibrou o contrato, justificando a modificação compensadora de outras variáveis, ou se, em decorrência do desequilíbrio gerado por outras variáveis, convencionou-se ampliar o prazo como medida de reequilíbrio, não parece ser ontologicamente relevante para caracterizar institutos diferentes em cada uma dessas hipóteses, mesmo porque, como preceitua o art. 9º, §4º da Lei

nº 8.987/95, a restauração do equilíbrio econômico-financeiro deve ser concomitante ao evento desequilibrador, de modo que causa e efeito deverão estar o mais próximos no tempo que for possível.

Além disso, é preciso reconhecer que o art. 175 da Constituição impõe, em seu *caput*, a obrigatoriedade de se realizar a licitação, como regra. Não há dúvida de que as prorrogações dos contratos de concessão e permissão de serviço público são possíveis, porque, no inciso I do parágrafo único do mesmo artigo, o texto constitucional expressamente admite que a lei disponha sobre o seu regime. A Constituição nada dispõe, no entanto, quanto ao regime das extensões, ampliações ou renovações de prazo. Assim, se entendermos que a extensão de prazo para fins de reequilíbrio é algo distinto das prorrogações, ou seja, que sua natureza jurídica é ontologicamente diferente da natureza jurídica das prorrogações contratuais, teremos forçosamente que admitir que o texto constitucional excepcionou apenas as prorrogações da obrigatoriedade de licitar. As extensões de prazo para fins de reequilíbrio, sem licitação, seriam, portanto, vedadas pelo ordenamento constitucional. Nem se alegue que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro é também protegido constitucionalmente, pois esse direito não se confunde com o direito a escolher o meio pelo qual ele será assegurado. Não parece que seja esse o caso, no entanto, pois não se encontra nenhuma razão que possa justificar tal diferenciação entre as prorrogações do prazo contratual em virtude de ter como finalidade o atendimento a razões variadas de interesse público ou o reequilíbrio da economia contratual, afetado por evento passado.

Não nos parece possível afirmar, portanto, que quando a prorrogação tenha por finalidade recobrar o equilíbrio econômico-financeiro, não seja necessária sua **previsão no contrato ou na lei**, podendo até mesmo ser deferida em casos nos quais haja expressa interdição legal ou contratual, como alguns autores chegam a afirmar. Também não se compreende por que, nesses casos, eventuais limitações temporais estabelecidas na lei ou no contrato não seriam aplicáveis. Essas questões serão tratadas adiante. Por ora, basta afirmar que não parece haver razão para sustentar uma diferença de tratamento jurídico entre os seguintes situações: (i) cuidando-se de um pedido de prorrogação ordinária, o Poder Concedente só poderá deferi-lo quando essa possibilidade estiver prevista em contrato, devendo-se restringir aos limites e parâmetros da lei, podendo, então, estabelecer os investimentos adicionais necessários para o reequilíbrio do contrato; mas, por outro lado, (ii) caso a equação econômico-financeira do contrato seja impactada em desfavor do concessionário, a prorrogação (ou extensão de prazo) que seja daí decorrente, não se

submeterá a nenhuma limitação — nem legal nem contratual — e poderá sempre ser deferida para permitir o reequilíbrio da equação econômico-financeira.

A segunda alternativa provocaria situação ainda mais absurda, caso se entendesse possível prorrogar o contrato em função de desequilíbrio causado por alteração unilateral do contrato. Nesse caso, diante de uma necessidade de novo investimento identificada, se o Poder Concedente decidisse aguardar o final do prazo originalmente ajustado para prorrogar o contrato, aí teria que se sujeitar a todos os limites estabelecidos na lei e no contrato. De modo distinto, caso optasse por impor os novos encargos unilateralmente, ainda no curso do prazo original, o contrato poderia ser reequilibrado por meio de um aditivo de prorrogação antecipada, sem nenhuma limitação⁹¹⁷.

Na França, o art. L. 1.411-2 do *Code général des collectivités territoriales – CGCT*, que previa expressamente as prorrogações contratuais para reequilibrar o contrato nos casos em que o Poder Concedente obriga o concessionário a contrair investimentos não previstos originalmente no contrato⁹¹⁸, foi revogado pela nova Lei de Concessões, de 2016⁹¹⁹. Não há atualmente nenhuma norma disciplinando expressamente as prorrogações dos contratos de concessão. No entanto, a orientação jurisprudencial e doutrinária que tem prevalecido é a de que devem ser aplicadas as normas existentes, tanto do direito francês como do direito comunitário, que disciplinam a fixação dos prazos contratuais, as quais impõem a sua proporcionalidade em relação aos investimentos que ficam a cargo do concessionário. Assim, do mesmo modo que, na contratação originária, o prazo não pode ser fixado em extensão distinta daquela que permita a devida amortização dos investimentos, também o prazo

⁹¹⁷ Note-se que, como visto acima, na França, antes da nova lei de concessões, a legislação previa duas possibilidades de prorrogação: (i) por interesse público, limitada a um ano suplementar, muito similar ao que denominamos nesta tese como prorrogação premial e (ii) prorrogação para fins de reequilíbrio, quando haja determinação do Poder Concedente de acréscimo de investimentos. A segunda hipótese se assemelha em tudo, ao que denominamos aqui como prorrogação convencional, quando o Poder Concedente decide que é conveniente e oportuna a prorrogação e, então, determina novos investimentos, atribuindo uma extensão de prazo suficiente — e não excedente — para amortizá-los. Como refere Guglielmi: “*La loi ne limite pas expressément la durée de la prolongation, mais tant l’application du régime général de la loi que le motif de la prolongation qui repose sur l’effet d’investissements imprévus indiquent que cette durée ne saurait excéder la durée d’amortissement des nouveaux investissements.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 807)

⁹¹⁸ Sobre a disciplina legal quanto às prorrogações dos contratos de delegação de serviço público na França, vide: VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, pp. 12 e 13; BENCHENDIKH, François. **L’essentiel de la délégation de service public**. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2014, pp. 71 a 73; BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2^a ed. Paris: PUF, 2007, pp. 515 a 519.

⁹¹⁹ FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Ordonnance sur l’attribution de contrats de concession*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/1/29/2016-65/jo/texte>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

adicionado em uma prorrogação não poderá superar o tempo necessário para assegurar a amortização dos novos investimentos não originalmente previstos⁹²⁰.

Tratando-se, portanto, a prorrogação para fins de reequilíbrio, de uma das espécies de prorrogação *lato sensu*, não há razão para que não se aplique a ela o mesmo regime jurídico, incluindo a observância dos requisitos de que já se cuidou no subcapítulo 6.1.3 acima. A existência de **consenso** entre as partes será, evidentemente, sempre necessária, pois não se pode admitir que a Administração Pública imponha ao concessionário uma prorrogação não desejada do contrato, como condição obrigatória para que seja compensado pelo desequilíbrio contratual cujas consequências suportou.

Nesse sentido, cumpre examinar também se seria possível, diante da formação de consenso, reduzir o prazo contratual para corrigir um desequilíbrio a favor do concessionário. Há autores, no entanto, que rejeitam essa possibilidade, pois isso implicaria em verdadeiro desvirtuamento das bases econômicas e financeiras do projeto, sem produzir vantagem para a Administração⁹²¹. Na verdade, ao que parece, só se poderá chegar a tais conclusões após uma detida análise do caso concreto. Assim, para que a Administração Pública anua com a redução do prazo contratual deverá estar convencida de que a providência atende ao interesse público, criando alguma vantagem para o poder público — que pode ter interesse em retomar a concessão mais cedo —, sem desvirtuar as bases do projeto. Nesse caso, sendo possível o consenso, não parece haver razões que devessem impedir a redução do prazo contratual para fins de reequilíbrio.

⁹²⁰ “*Désormais la modification de la durée d’un contrat de concession constitue une modification du contrat comme une autre, dont la légalité doit être appréciée au regard de la grille de lecture constituée par les articles 36 et 37 du décret du 1er février 2016. En outre, la prolongation d’un contrat de concession devra, en plus d’être conforme aux articles 36 et 37 du décret, être également conforme aux principes continus à l’article 34 de l’ordonnance et qui encadre la détermination de la durée du contrat, la nouvelle durée devait toujours correspondre à ‘la nature et [au] montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire’ conformément aux principes traditionnels.*” (HAUTON, Marianne. L’extension de la durée des contrats de concession. In: **Contrats Publics**, Moniteurjuris, n° 183, jan. 2018. Disponível em <https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2018/01/L%E2%80%99extension-de-la-dur%C3%A9e-des-contrats.pdf>. Consultado em 22 de novembro de 2019, pp. 52 e 53)

⁹²¹ “*A prorrogação do contrato para fins de reequilíbrio, contudo, é tema afeto ao desequilíbrio em desfavor do concessionário. As hipóteses em que a Administração Pública é afetada negativamente pelo desequilíbrio — e é bem verdade que elas existem — encontram remédio em outros mecanismos. Isso porque, se a prorrogação do tempo do contrato cria vantagem adicional ao particular sem prejuízo ao projeto, o seu ‘encurtamento’ ou encampação não cria vantagem adicional à Administração, mas desvirtua as bases econômicas e financeiras em que o projeto se funda.*” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 211) ou Laís Senna, que, fazendo referência ao regime jurídico da encampação, afirma que: “*Entende-se, portanto, que a Lei tenha tido a intenção de impedir a redução discricionária do prazo contratual, quando não acompanhada de lei autorizativa.*” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 117)

Vale referir, a esse respeito, a recente decisão do Tribunal de Contas da União que, ao examinar os contratos de concessão rodoviária, especificamente da malha paulista, tendo em vista a constatação de que os mecanismos para revisão contratual em favor do poder público, como o acréscimo de outorga, não se mostram eficientes, preconizou o expurgo de vigência contratual, ou redução marginal do prazo contratual, a ser aplicado naquelas situações em que o concessionário deixe de realizar os investimentos que tenham sido incluídos nos aditivos de prorrogação antecipada⁹²², de que se cuidará abaixo:

Por outro lado, o mecanismo de ‘acrécimo de outorga’, estabelecido no anexo 3 da Minuta do Termo Aditivo ao Contrato, que visa compelir a Concessionária a pagar os valores remanescentes não utilizados para solução de conflitos urbanos, previamente reajustados, a partir do décimo ano da concessão, conforme já mencionado acima, não tem o condão de desincentivar a inadimplência. Consta-se que grande parte dos riscos que podem afetar a consecução de investimentos em solução de conflitos urbanos não estão no controle da Concessionária. Portanto o ‘acrécimo à outorga’ como forma de incentivo negativo não parece ser eficiente, sob o enfoque regulatório.

Por último, entende-se que o mecanismo de **expurgo de vigência contratual** pode ser utilizado não só para os investimentos previstos em resolução de conflitos urbanos, mas para todos os investimentos de cunho obrigatório que a Concessionária deixe de realizar e que sejam decorrentes da prorrogação antecipada da Malha Paulista.

A condição de que o **contrato esteja vigente** também obviamente é exigível. Não faria sentido pretender, após o encerramento da vigência contratual, fazê-lo renascer com o fim de compensar desequilíbrio passado. O mesmo se diga em relação ao **desempenho adequado**⁹²³. Não faria sentido prolongar o prazo contratual de um concessionário inadimplente, que não estivesse satisfazendo condições mínimas de desempenho, única e exclusivamente para compensá-lo de algum desequilíbrio que, eventualmente tenha sofrido. Como se vê, não há direito adquirido do concessionário a uma forma específica de compensar o desequilíbrio contratual e o interesse público deve sempre prevalecer, obstando a prorrogação de contrato mantido com concessionário inepto.

Dentre os autores que distinguem as extensões de prazo para fins de reequilíbrio das prorrogações em geral, há quem defenda que a sua utilização para reequilibrar o contrato

⁹²² BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.876/2019**. Plenário. Min. Relator Augusto Nardes, processo nº 009.032/2016-9.

⁹²³ “(...) embora apresente grandes vantagens em detrimento de outras formas de recomposição, não pode ser adotada de forma indiscriminada. Apenas em situações em que o particular esteja obtendo resultados positivos da exploração do serviço, e nas quais seja possível demonstrar o prestígio ao interesse público, é que se poderia considerar a adequabilidade técnica, econômica e financeira da extensão de prazo no caso concreto.” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 87)

deveria de **lei específica**, não sendo suficiente a autorização legislativa genérica⁹²⁴; assim como há autores, como Rafael Vêras e Leonardo Coelho, que sustentam que, por se tratar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, de uma garantia constitucional, prevista no art. 37, XXI da Constituição, deve-se reconhecer que “*prescinde de autorização legal específica, ou de previsão editalícia*” e “*está totalmente desvinculada do prazo limite previsto para eventual prorrogação contratual*”⁹²⁵. Também Jacintho Arruda Câmara entende que a “*extensão do prazo contratual*” quando necessária “*à recomposição da equação econômico-financeira inicialmente pactuada*” independe de autorização no edital ou no contrato⁹²⁶. Maurício Portugal Ribeiro igualmente sustenta que há “*confusão entre os regimes da prorrogação ou prorrogação antecipada de contrato e a extensão de prazo de contratos para seu reequilíbrio*”, afirmando em consequência que, por se tratar de uma “*forma de pagamento de uma dívida contratual, a extensão de prazo do contrato não precisa estar previamente prevista em lei específica, em regulamentos ou no contrato*”⁹²⁷.

Os argumentos, no entanto, não impressionam. Do mesmo jeito que a Administração Pública não pode pagar uma indenização, ainda que devida e reconhecida por decisão judicial transitada em julgado, com violação da regra constitucional do precatório ou contrariando a lei do orçamento; também não pode prorrogar um contrato com fins de reequilíbrio se, para tanto, for necessário cometer uma ilicitude ou violar o contrato. O direito à intangibilidade do

⁹²⁴ “Uma genérica autorização legislativa não é por si só suficiente para a adoção da prorrogação aqui tratada, implementada para promover a recomposição da equação econômico-financeira da concessão.” (MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, p. 217)

⁹²⁵ FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 298. No mesmo sentido: “Assim, não há duvidar que, embora inexistindo na lei, no edital ou no contrato, explícita contemplação de prorrogação contratual para atender à finalidade mencionada [reequilíbrio econômico-financeiro], esta, sem a menor dúvida ou entredúvida, é perfeitamente cabível. Ou seja: dita prorrogação independe de previsão legal ou contratual.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (org.) **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009, p. 59 *apud* GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54.)

⁹²⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contrato administrativo**. V. 6, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 346 a 348.

⁹²⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. **A Medida Provisória nº 752/16 e os setores rodoviário e aeroportuário: seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/mp-para-reestruturar-contratos7.pdf>. Consultado em 25 de novembro de 2019.

equilíbrio contratual não se confunde com pretensão de direito adquirido a escolher qual deverá ser o meio pelo qual se vai buscar eventual reequilíbrio necessário.

O uso da prorrogação será possível, quando o seu regime jurídico assim o permitir, segundo as condições legais e contratuais aplicáveis. Será imprescindível, portanto, que além de prevista em lei — que poderá, a nosso ver, ser genérica, como já se afirmou anteriormente — a prorrogação seja autorizada nos termos do contrato. São inúmeras, no entanto, as opiniões em contrário⁹²⁸. Ao justificar a desnecessidade de previsão contratual para que seja possível a prorrogação para fins de reequilíbrio, Marianna Dall’Agnol Canto e Rafaella Guzella⁹²⁹ sustentam que “*careceria de fundamento exigir que o instrumento previsse meios e métodos, numerus clausus, para tutelar tais situações inesperadas e imprevisíveis*”. Deste modo, concluem “*desnecessária a previsão de cláusula contratual disciplinando a possibilidade de prorrogação extraordinária*”.

Parece aqui, novamente, haver uma confusão entre, de um lado, o direito ao reequilíbrio e os métodos para calcular o seu montante e, de outro, os meios a serem utilizados para a recomposição. Os fatores desequilibradores da equação são diversos e, efetivamente, devem ser inesperados e imprevisíveis. Espera-se de um contrato bem elaborado, no entanto, que contenha a previsão de como os desvios provocados por tais fatores, quaisquer que eles sejam, deverão ser apurados. Aferida a extensão do reequilíbrio,

⁹²⁸ “A extensão de prazo para fins de reequilíbrio, ademais, pode ter lugar mesmo em contratos que não prevejam a prorrogação ou que a vedem, pois com ela não se confunde.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 168); “Ademais, a prorrogação deve estar prevista no edital e na minuta do contrato, anexa ao instrumento convocatório (...), ressaltadas as hipóteses de prorrogação como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 91); “No caso de o contrato vedar, genericamente, a prorrogação, entendemos que está a tratar de prorrogação por conveniência e oportunidade, não da forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual. Pois, se assim o fizesse, detalharia a espécie de prorrogação a qual se refere.” (SENNÁ, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 91); “Se o poder concedente optar pela prorrogação do prazo, a fim de assegurar o reequilíbrio contratual, poderá fazê-lo independentemente de constar do contrato cláusula de prorrogação, porque se estará diante de uma situação superveniente, imprevisível e extraordinária, criada no interesse dos usuários a fim de garantir-lhes até o final do contrato a prestação de “serviço adequado”.” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 29) e “A prorrogação contratual para fins de reequilíbrio não depende de previsão contratual expressamente consignada.” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Prazo de vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, p. 72)

⁹²⁹ CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELLA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 215.

restará escolher, dentre as alternativas disponíveis, qual será o meio mais adequado de recomposição.

A prorrogação do prazo contratual poderá ser uma dessas alternativas. Isso vai depender, no entanto, de haver a possibilidade jurídica — diante do disposto na lei e nas cláusulas contratuais —, de se proceder à prorrogação. **Se houver vedação legal ou contratual de uma nova prorrogação, essa alternativa não estará disponível e a Administração deverá escolher a opção mais adequada dentre as que sejam permitidas pela lei ou pelo contrato.** Isso não quer dizer, por outro lado, que seja imprescindível que o contrato indique expressamente a prorrogação como um dos meios de reequilíbrio contratual. Basta que possibilite a prorrogação. Sendo possível a prorrogação e não havendo vedação expressa a que seja utilizada para alguma finalidade específica, a prorrogação poderá atender a qualquer uma delas. No entanto, se a lei ou o contrato vedarem expressamente a prorrogação corretora de desequilíbrio ou a permitirem dentro de limites já alcançados (número máximo de prorrogações ou duração máxima somando-se o prazo original com as prorrogações já efetuadas, por exemplo), não mais será possível lançar mão desse instrumento para obter o reequilíbrio da equação econômico-financeira, que deverá ser obtida por outros meios.

Deve-se considerar, a esse respeito, que, apesar de não haver uma diferença ontológica entre as prorrogações convencionais e as prorrogações para fins de reequilíbrio, o contrato poderá atribuir tratamentos distintos a cada uma delas. É o que ocorre, por exemplo, nas concessões de aeroportos, como se constata pela leitura da cláusula constante no contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim, no Rio de Janeiro/RJ⁹³⁰:

2.6. A vigência do Contrato será pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos para o Aeroporto do Galeão, sendo sempre contado a partir da sua Data de Eficácia.

2.7. O Contrato poderá ser prorrogado por até 5 (cinco) anos, uma única vez, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de Revisão Extraordinária, na forma prevista neste Contrato.

Como se vê, o contrato não prevê hipótese de prorrogação convencional. A única espécie de prorrogação expressamente autorizada é aquela que se faça necessária para fins de reequilíbrio. Mesmo assim, o contrato limita a uma única prorrogação, que não poderá superar 5 anos, sendo o prazo original de 25 anos. Não parece dúvida neste caso que, tendo sido

⁹³⁰ Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/galeao/>. Consultado em 20 de dezembro de 2019.

completados os 5 anos de prorrogação, ainda que se constate um novo desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, não será mais possível reequilibrá-lo por meio de nova prorrogação do prazo. Outras formas de reequilíbrio deverão ser encontradas.

Na Espanha, o art. 29, apartado 6, da Ley 9/2017⁹³¹, possui disposição semelhante, de natureza genérica, que se aplica a todos os contratos de concessão de serviço público, limitando a quinze por cento de sua duração inicial o tempo máximo de prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro:

Os prazos dos contratos licitados podem ser prorrogados por apenas 15% de sua duração inicial, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico do contrato nas circunstâncias previstas nos artigos 270 e 290. Os períodos em que serão suspensos por justa causa atribuível à administração concedente ou por força maior não serão levados em conta para fins de cálculo da duração da concessão ou para a execução das obras. Se a concessionária for responsável pelo atraso na execução das obras, se submeterá às disposições do regime de penalidade contidas nas especificações de cláusulas administrativas específicas e nesta Lei, não sendo possível a prorrogação do prazo da concessão.

Já, em Portugal, o art. 410, número 3 do Código dos Contratos Públicos⁹³² prevê expressamente que a prorrogação para fins de reequilíbrio pode ser realizada independentemente do disposto em cláusula contratual:

2 - Na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista, sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo.

3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 1 [que trata do prazo fixado em contrato], o prazo inicial da concessão pode ser prorrogado com fundamento na necessidade de assegurar a amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário, nos termos previstos no artigo 282.º

No Brasil, além de ser autorizada em lei e admitida pelas disposições contratuais, para que a prorrogação para fins de reequilíbrio possa se dar, será necessária, ainda, uma avaliação a ser realizada pela Administração Pública, a qual será discricionária⁹³³, como sempre deve

⁹³¹ “Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290. No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.” (ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

⁹³² PORTUGAL. Legislação. **Decreto-Lei n.º 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. *Código dos contratos públicos*. Disponível em http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf. Consultado em 8 de junho de 2019.

⁹³³ “Pressupondo a legitimidade da alteração que causou o desequilíbrio, o administrador poderá então fazer uma avaliação discricionária de como reequilibrar o ajuste, e, havendo cláusula contratual que autoriza a

ocorrer em qualquer tipo de prorrogação contratual. Evidentemente, não haverá espaço de discricionariedade quanto à identificação dos fatores de desequilíbrio ou quantificação da compensação necessária. Quanto a esses aspectos a atuação da Administração Pública será vinculada. Saber se a prorrogação, dentre as diversas alternativas de correção da equação contratual disponíveis, é ou não a mais adequada, é que envolverá o exame de conveniência e oportunidade⁹³⁴, que deverá levar em conta a vantajosidade comparativa entre tais alternativas, assim como outros fatores envolvidos, como as possíveis vantagens de se optar por uma nova licitação ou pela assunção direta do serviço.

A esse respeito, é interessante notar que o argumento do interesse público é usado com frequência por aqueles que defendem a opção pela prorrogação como a melhor opção para recompor o equilíbrio contratual perdido, como preconizam Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Guzela⁹³⁵:

Some-se a isso que o reequilíbrio por prorrogação não subverte a lógica afeta a parcerias público-privadas que não sejam integralmente subsidiadas pela Administração, tal como faz o reequilíbrio por indenização oriunda de verbas públicas. (...)

As vantagens do reequilíbrio por prorrogação contratual não se encerram aqui, mas se alastram em tantas outras. Basta pensar que seu emprego permite ao concessionário a recuperação financeira de forma justa, não impõe restrição de liquidez à Administração, não obriga o usuário a arcar com tarifas superiores em desatenção à modicidade, poupa gastos que seriam necessários à realização de novo procedimento licitatório e ainda otimiza a mobilização e o *know-how* de concessionário que já acumulou a experiência no desempenho dos serviços concedidos.

Não nos parece, no entanto, que seja possível chegar a afirmar, como fazem Rafael Vêras e Leonardo Coelho, que poderá haver casos em que “*a extensão do prazo contratual se apresentará como a única medida possível*”⁹³⁶. De fato, se isso ocorrer e não existir nenhuma

extensão ou prorrogação de prazo, não há óbice a que esse mecanismo seja utilizado.” (BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006)

⁹³⁴ Jacintho Arruda Câmara chama atenção para o fato de que, algumas vezes, outras alternativas, como o aumento tarifário, podem mesmo se revelar inviáveis: “Isso ocorrerá sempre que ao aumento da tarifa não corresponda um proporcional aumento de receita da concessionária. Seriam situações em que, devido à condição sócio-econômica dos usuários do serviço, a elevação do valor das tarifas traria uma queda na demanda pelo serviço e, conseqüentemente, a receita geral da empresa concessionária não seria beneficiada.” (CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173)

⁹³⁵ CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 218 e 219.

⁹³⁶ FREITAS, Rafel Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 291. Mesma afirmação também é feita por Rafael Scwind: “*A prorrogação-reequilíbrio não só é cabível em tese, como, em certos casos, poderá ser a única solução possível (ou ao menos a mais adequada) para a recomposição da equação econômico-financeira do contrato de PPP.*” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Prazo de

outra forma de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve-se reconhecer que surgirá para o concessionário um direito adquirido à prorrogação do prazo contratual que, em verdade, se confundirá com o próprio direito subjetivo ao reequilíbrio. As chances de uma circunstância deste tipo de fato se verificar, no entanto, parecem ser bastante remotas. Seria necessário, então, provar que eventuais alternativas como o aumento da tarifa e a redução de investimentos ou outros encargos estejam completamente inviabilizadas. Se isso for possível, estar-se-á diante de um ato vinculado a ser praticado pela autoridade administrativa ao deferir o pedido de prorrogação. Na imensa maioria das vezes, no entanto, pode-se supor que haverá alternativas disponíveis, de modo que se tratará de uma decisão discricionária a cargo da Administração Pública.

Nesse sentido, deve causar preocupação a tese quanto a um suposto direito subjetivo dos concessionários à prorrogação contratual quando ela se destine a reequilibrar a economia do contrato, como sustentado por Bernardo Strobel Guimarães, para quem “(...) o concessionário tem o direito subjetivo público a continuar a executar o contrato em estando a avença desequilibrada a seu favor, isso pelo prazo necessário e suficiente para que a remuneração a ele devida em vista do projeto seja implementada.”⁹³⁷ Para o autor, a existência de um desequilíbrio pendente de compensação, no momento em que se atinge o termo final do contrato, deve obstar a sua extinção, criando automaticamente para o concessionário o direito de continuar prestando o serviço. Segundo sua compreensão, as razões para tal seriam: (i) o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (ii) a impossibilidade de suspender a execução do contrato mesmo diante de inadimplência do Poder Concedente (art. 39 da Lei nº 8.987/95); (iii) a usual ausência de garantias a favor do concessionário em face das inadimplências do poder público e (iv) o fato de que, por estar em situação especial, não se aplicaria o princípio da licitação, em decorrência de que apenas o concessionário está sofrendo prejuízos, não havendo que se cogitar de isonomia em relação aos demais potenciais interessados em prestar o serviço.

vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019)

⁹³⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 55. No mesmo sentido, a doutrina de Antônio Carlos Cintra do Amaral: “Se a indenização não for previamente paga, a concessionária tem direito a dar sequência ao contrato até obter sua plena recomposição econômico-financeira.” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 29) e GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 327 e 328.

Deste modo, conclui que “se a Administração não se valer de outra técnica reparadora (indenização, supressão de investimento, aumento de tarifa etc.) para reparar o equilíbrio econômico-financeiro até o fim do contrato, ela não poderá pretender extinguir o vínculo, impondo por ato omissivo prejuízos ao seu contratado que pode ela evitar”⁹³⁸. Ora, inicialmente, é preciso reconhecer que há uma contradição lógica em reconhecer um pretensão subjetivo do concessionário a exigir que o reequilíbrio se dê por meio de uma prorrogação contratual e a conclusão de que esse direito só existirá quando a Administração Pública já não tiver se valido de “outra técnica reparadora”. Fica claro, portanto, que o direito subjetivo alegado não é quanto à prorrogação do contrato, mas sim quanto à manutenção do seu equilíbrio, que, no entanto, poderá se dar por meio de diversas técnicas reparadoras — para usar a expressão do autor — entre elas, a prorrogação. Não parece haver sentido em concluir que, diante de uma suposta omissão da Administração Pública, surgiria para o concessionário um direito subjetivo referente especificamente a uma dessas técnicas, que é a prorrogação.

Também não parece correto sustentar que a omissão da Administração a impede de “pretender extinguir o vínculo”. Na verdade, não se trata de uma pretensão. **Com o decurso do prazo, se não houver um ato formal de prorrogação, o vínculo se extinguirá**⁹³⁹. Como afirma Helène Hoepffner, diante do silêncio das partes, o efeito automático gerado pelo advento do termo final do prazo contratual é a sua extinção, jamais a sua prorrogação⁹⁴⁰. O que não se justifica é uma pretensão do concessionário, em casos deste tipo, a uma

⁹³⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 56.

⁹³⁹ Não nos parece haver qualquer respaldo na legislação vigente para a afirmação de Antônio Carlos Cintra do Amaral de que “o contrato não terá sido extinto pelo decurso do prazo, já que resta reequilibra-lo econômica e/ou financeiramente. Enquanto o contrato estiver desequilibrado, continua em vigor. Se a contratada for previamente indenizada, o contrato se extingue com o decurso do prazo. Caso contrário, continua válido e eficaz até ser reequilibrado. Vale dizer: o contrato continua a existir até que a obrigação do poder concedente — de reequilibrar o contrato — seja cumprida.” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 29) Não há dúvida, nesse sentido, que o contrato continuará a existir. Só não será mais eficaz. Ao menos, não para o fim de manter o concessionário prestando o serviço após o decurso do prazo. Também Carlos Roberto Siqueira Castro sustenta uma espécie de prorrogação tácita ao considerar obstada a realização de nova licitação enquanto não integralmente satisfeita a pretensão indenizatória do concessionário sainte: “(...) antes de se proceder à abertura do processo licitatório anunciado, faz-se necessário, sob pena de estar-se cometendo ilegalidade evidente, proceder à apuração dos investimentos efetuados pelas atuais permissionárias, com vistas ao seu efetivo e justo ressarcimento, que poderá ser efetivado pelo pagamento ou pela prorrogação da permissão. Tal apuração está inegavelmente incluída entre os levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações, a que se refere a lei, já que não se pode admitir a formalização de novas delegações, por meio de licitações, sem que antes se indenize de forma adequada e integral as atuais permissionárias pelos vultosos investimentos não amortizados dos atuais permissionários.” (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **Direito Constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 1169)

⁹⁴⁰ HOEPFFNER, Helène. **La modification du contrat administratif**. Paris: LGDJ, 2009, p. 226.

prorrogação tácita^{941 942}, advinda única e exclusivamente de um pleito eventualmente existente em face da Administração Pública⁹⁴³.

Em verdade, deve-se reconhecer que é disso que se trata. Não se cogita — por absurdo — de hipótese em que a Administração reconheça o desequilíbrio, haja consenso entre as partes quanto ao seu valor, mas se recuse arbitrariamente a compensá-lo. Caso isso ocorra, estar-se-á possivelmente diante de um caso de improbidade administrativa⁹⁴⁴. O mais provável é que não exista, em casos como esse, consenso entre o concessionário e o Poder Concedente quanto ao valor do desequilíbrio, ou mesmo quanto à sua existência. Deste modo, eventual pretensão de prolongar indefinidamente a duração do contrato enquanto as partes não chegarem a um consenso ou houver uma decisão judicial definitiva revela, na verdade, a intenção de impor uma pressão ao administrador público para forçar a celebração de um acordo, deixando o concessionário em uma posição negocial de vantagem, o que não se justifica. Trata-se na verdade, de pretensão de tomar a concessão como um verdadeiro “refém” do concessionário, que só a libertará depois que tiver satisfeito seus interesses. Além disso, como já se viu, **não se admite contrato de concessão por prazo indeterminado**, o

⁹⁴¹ Tratando especificamente do tema das prorrogações para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, que admite como possíveis, Luis Roberto Barroso assevera que “*não se admite, por evidente, que um contrato firmado pela Administração possa ser indefinidamente renovado ou prorrogado, tornando-se praticamente eterno.*” (BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro** (edição especial), Rio de Janeiro, pp. 211 e 212) ou “*O que não significa a possibilidade de utilização infinita desse recurso como forma de composição do equilíbrio econômico-financeiro. Aí sim, estar-se-ia diante de uma situação que ignora a constitucionalidade do princípio da licitação e admite a prestação de um serviço público por particular, por meio de uma concessão, de forma desenfreada.*” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 83)

⁹⁴² Felipe Guimarães diferencia as prorrogações automáticas que, tendo fundamento no contrato, não foram expressamente admitidas pelas partes quando do termo final do contrato, tendo a sua execução prosseguido sem nenhuma manifestação expressa; das tácitas, que ocorreriam automaticamente ao final do prazo, sem que sequer houvesse previsão contratual que lhe desse respaldo. O autor, todavia, rejeita ambas espécies de prorrogação. (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 300 a 304)

⁹⁴³ Na Espanha, a Ley 9/2017, que disciplina os contratos do setor público, veda expressamente as prorrogações tácitas, em seu art. 29, apartado 2: “*En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes.*” (ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

⁹⁴⁴ Conduta deste tipo consistiria, em tese, caso não haja interesses escusos de enriquecimento ilícito do agente ou outrem, em ato de improbidade por atentar contra os princípios da Administração Pública, na forma prevista no art. 11, II da Lei nº 8.429/92, que cuida da hipótese em que o agente público retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício.

que ocorreria caso se admitisse essa alternativa de prorrogação até que se considere reequilibrada a relação contratual⁹⁴⁵.

Maurício Portugal também indica que, quando do advento do termo final do prazo do contrato, caso seja devida indenização por investimentos não amortizados, o ideal seria “*a conversão automática do valor da indenização em prazo adicional do contrato*”. No entanto, tempera a sua recomendação, admitindo que o Poder Concedente não fique impedido de realizar uma nova licitação, “*desde que a extinção do contrato em curso e a assinatura do novo contrato de concessão fiquem condicionados ao pagamento da indenização por investimentos não amortizados ao concessionário*”,⁹⁴⁶.

Ao examinar essa questão, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que o termo final do contrato de concessão de serviço público não se condiciona ao pagamento prévio de eventual indenização que seja apurada como devida, de modo que “*cabe ao ente concedente a retomada imediata da prestação do serviço público até a realização de nova licitação, para garantir a continuidade do serviço*”,⁹⁴⁷.

Quanto à mencionada determinação contida no parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.987/95, no sentido de que, mesmo nos casos em que o concessionário tenha direito à rescisão do contrato, deverá manter o serviço em funcionamento até que decisão judicial transitada em julgado tenha desconstituído o vínculo contratual, trata-se de norma que visa a assegurar a continuidade dos serviços públicos naqueles casos em que haja discordância entre o concessionário e o Poder Concedente quanto ao cumprimento das condições contratuais. Apenas a decisão judicial transitada em julgado autorizará a interrupção dos serviços. Não se compreende como a interpretação dessa norma poderia redundar em se reconhecer ao

⁹⁴⁵ No mesmo sentido: “*A vedação à prorrogação automática se aproxima das razões que vedam a concessão por prazo indeterminado. De partida, impede-se a prorrogação automática por representar risco de perpetuidade do referido contrato, imunizando-o da incidência de novos regimes sobre a concessão.*” (FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 293)

⁹⁴⁶ RIBEIRO. Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões**: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Consultado em 18 de novembro de 2019, p. 375.

⁹⁴⁷ “2. O STJ firmou o entendimento de que, havendo a extinção de concessão de serviço público por decurso do prazo, cabe ao ente concedente a retomada imediata da prestação do serviço público até a realização de nova licitação, para garantir a continuidade do serviço, não se condicionando o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, a ser requerida nas vias ordinárias.” (BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no AREsp 644.026/MG**, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018)

concessionário o direito a continuar prestando o serviço público após o advento do termo final do contrato, que é causa de sua extinção.

No caso de que se cuida, dispondo a Administração Pública de alternativa para manter disponível aos usuários a prestação dos serviços — seja pela assunção direta pela própria Administração ou pela instituição de novo concessionário — não há qualquer justificativa para manter em atividade o concessionário cujo contrato já se extinguiu por decurso de prazo. Seus eventuais pleitos de natureza patrimonial deverão ser discutidos na via administrativa ou judicial próprias. Evidentemente, caso não seja esse o caso e a Administração Pública não tenha outra forma de manter a continuidade dos serviços, o concessionário antigo poderá ser mantido, não em razão da existência dos seus pleitos, mas sim em decorrência de uma prorrogação emergencial, da qual se tratará no subcapítulo seguinte.

Reitere-se, portanto, que a decisão de anuir ou não com uma prorrogação será sempre discricionária⁹⁴⁸ e deverá examinar todas as circunstâncias fáticas existentes, além do regime jurídico aplicável, a fim de avaliar se há ou não interesse público em assim proceder. Ao tratar das prorrogações como medida de reequilíbrio contratual, Rafael Oliveira ressalta algumas medidas de cautela que devem ser adotadas pela Administração Pública, entre as quais explicita a necessidade de “*demonstração, fundamentada de que a prorrogação contratual revela a melhor medida para o reequilíbrio quando comparada com outros instrumentos*”⁹⁴⁹. Reconhece, portanto, inexistir direito adquirido do concessionário à prorrogação, a qual dependerá — mesmo quando destinada a recompor o equilíbrio contratual — de uma

⁹⁴⁸ Ana Paula de Barcellos reconhece que se trata de decisão discricionária: “(...) a Administração Pública poderá fazer uma avaliação, no âmbito de sua discricionariedade, de como será a melhor forma de recompor o equilíbrio original do ajuste, considerando os vários elementos que podem produzir esse resultado, desde aumento de tarifa, aumento da base pagante da tarifa, aporte de recursos pela própria Administração, prorrogação do prazo contratual, entre outros de que se possam cogitar.” (BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pererira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201). No mesmo sentido, as considerações de Lino Torgal: “*Só em concreto e perante cada tipo de contrato será possível decidir quais as medidas mais adequadas à reposição do equilíbrio econômico-financeiro. (...) inexistem, nesta matéria, um princípio de tipicidade de medidas correctoras. (...) as vias de reposição aí indicadas não revestem um carácter taxativo. Trata-se de uma norma aberta, que confere uma margem de manobra considerável à Administração na definição da via a utilizar.*” (TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 252). Em dissertação dedicada ao tema das prorrogações para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, Laís Senna afirma que: “*Apresentadas algumas das formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro surge a dúvida quanto ao critério de aplicação dessas medidas. Entendemos ter o Poder Concedente discricionariedade na escolha do meio de recomposição.*” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 43)

⁹⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 91.

avaliação da Administração, que deverá envolver uma análise comparativa com outras alternativas disponíveis e optar pela prorrogação apenas quando entender se tratar da forma que melhor atende ao interesse público. Adverte, ainda, o autor, quanto à “*impossibilidade de prorrogações sucessivas ad aeternum que transformem o contrato por prazo determinado em relação com prazo indeterminado*”⁹⁵⁰.

Apesar do esforço realizado por vários autores para destacarem as vantagens da prorrogação sobre outras modalidades de recomposição do equilíbrio contratual — uma vez que não onera o usuário com o aumento da tarifa, não reduz a expectativa de investimento e não se utiliza de recursos orçamentários, transferindo o custo do serviço do usuário para o contribuinte —, é preciso reconhecer que esse exame deve ser feito caso à caso, à luz das circunstâncias específicas que estejam presentes. A prorrogação pode também não se revelar como uma opção satisfatória em algumas situações⁹⁵¹. Pode ocorrer, por exemplo, que além de fatores de desequilíbrio a serem compensados, a concessão tenha outros problemas, não oriundos do desequilíbrio efetivamente verificado. A concessão pode não ter se revelado um bom negócio para o concessionário⁹⁵², que superestimou receitas que não se concretizaram,

⁹⁵⁰ “É importante ressaltar a impossibilidade de admissão de realização de prorrogações sucessivas e infinitas do contrato de concessão. Tal prática atentaria contra a própria natureza desse instituto, cuja finalidade é a temporalidade, que confira livre concorrência e isonomia entre particulares na escolha do prestador do serviço e a garantia de titularidade do serviço nas mãos do Estado.” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 51 e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs)**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 91.

⁹⁵¹ Egon Bockmann adverte que “(...) o alongamento cronológico do contrato é remédio de delicada prescrição, pois, se é certo que poderá implicar o incremento na receita em prazo mais longo (compensando de forma menos traumática o desequilíbrio presente), fato é que exige especial atenção, porquanto: (i) a faculdade de prorrogar não derroga a norma da obrigatoriedade de licitação, mas apenas a excepciona (logo, deve ser interpretada restritivamente); (ii) sua instalação não pode exigir novos investimentos de levado volume (muito menos se estes forem transferidos ao concedente — o que desnaturará a qualidade de comum da concessão); (iii) a extensão do tempo deve ser certa e exauriente, pois não pode ser renovada ad aeternum (pena de transformar um contrato com prazo determinado em algo com termo final incerto); (iv) a depender do momento contratual (antes de sua metade, por exemplo), a prorrogação não envolverá a solução do desequilíbrio, mas a instalação de futura incerteza ainda mais grave; (v) a prorrogação não se presta a resolver problemas de ausência de receitas presentes.” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8987/95**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133)

⁹⁵² “Contudo, apesar das relevantes vantagens que o mecanismo apresenta, não será ele adequado à resolução de todo e qualquer tipo de desequilíbrio — a exemplo de desequilíbrios que incrementem os custos fixos na prestação do serviço ou que frustrem de forma corrente as receitas projetadas. Isso porque a dilação do prazo contratual não promoverá o reequilíbrio se o particular não estiver obtendo resultados financeiros positivos com a execução da atividade, resultado capaz de, para além de remunerá-lo em patamares adequados, consubstanciar um delta destinado a amortizar o desequilíbrio experimentado. Nesta hipótese, careceria de sentido a prorrogação do contrato, pois sua aplicação não combinada com outras medidas incorreria em majoração progressiva do desequilíbrio ou se mostraria incapaz de amortizar o desequilíbrio previamente configurado.” (CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. *Prorrogações contratuais em*

apresentou proposta excessivamente agressiva para vencer a licitação e não conseguiu obter os níveis de eficiência que imaginou que conseguiria, sofreu o impacto de riscos que assumiu como seus em magnitude maior do que a esperada ou qualquer outra circunstância que tenha transformado o empreendimento em uma fonte de prejuízos para o concessionário. Nesse caso, ainda que haja desequilíbrio em seu favor a ser compensado, a prorrogação de um contrato que não produz lucro jamais poderá ser admitida como o meio adequado de reequilíbrio, devendo-se, nesse caso, buscar alguma alternativa efetiva para a compensação do concessionário.

Laís Senna observa, a esse respeito, que o ideal é que o serviço público seja custeado pela cobrança da tarifa pelos usuários, de modo que a modalidade de reequilíbrio preferível seria a revisão tarifária⁹⁵³. No caso dos arrendamentos portuário, a Resolução nº 3.220/2017 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ estabeleceu como meio preferencial de reequilíbrio contratual o aumento ou redução dos valores previstos em contrato, embora também tenha previsto a possibilidade de prorrogação:

Art. 14 A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamentos a que se refere esta Norma poderá se dar, a critério do poder concedente, por intermédio, mas não se limitando, da utilização dos seguintes meios:

I – Preferencialmente pelo aumento ou redução dos valores financeiros previstos no contrato de arrendamento;

II – Modificação das obrigações contratuais do arrendatário previstas no próprio fluxo de caixa marginal;

III – Extensão ou redução do prazo de vigência do contrato de arrendamento; e

IV – Pagamento de indenização.

O Tribunal de Contas da União, ao aplicar a referida resolução⁹⁵⁴, estabeleceu a necessidade que sejam observadas uma série de condições para que seja possível prorrogar um contrato de concessão para fins de reequilíbrio, destacando-se a identificação de fato superveniente imprevisível e a demonstração da inviabilidade de utilização de outros

contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 219)

⁹⁵³ “Como na assinatura do contrato fica acertada entre as partes a remuneração mediante a prestação do serviço, seria ideal a recomposição do equilíbrio garantido à concessionária a partir de uma compensação de mesma natureza que a prestação original comprometida, qual seja, a remuneração a partir do pagamento de tarifas pelos usuários do serviço público prestado.” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 85)

⁹⁵⁴ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.446/2018**. Plenário. Relator Min. Bruno Dantas, processo nº 030.098/2017-3.

mecanismos, revelando que todas as demais formas de recomposição do equilíbrio devem gozar de prioridade em relação à prorrogação. Vale referir, ainda, à necessidade de se respeitar os limites materiais, de modo a que o objeto contratual não reste descaracterizado e à vedação da prorrogação em casos de performance insuficiente:

9.2.1.2. restringir a hipótese de prorrogação contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de arrendamento portuário às situações em que restar demonstrado que a alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa, bem como o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato:

9.2.1.2.1. ocorrência de fato superveniente, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente;

9.2.1.2.2. necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;

9.2.1.2.3. demonstração da inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular, e, subsequentemente, nos serviços disponibilizados aos usuários, nos termos do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário e do art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014;

9.2.1.3. vedar a possibilidade de extensão de prazo cujos arrendatários estejam em falta com as obrigações com o Poder Público, inclusive no que tange aos investimentos originariamente previstos, bem como em relação aos padrões de qualidade e desempenho na prestação de serviço;

(...)

9.2.2.1. fixar limites objetivos, com vistas a evitar a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento e potencial comportamento oportunista dos arrendatários;

Em outro julgamento, ao proferir o *Acórdão nº 774/2016*⁹⁵⁵, o Tribunal de Contas da União rejeitou a pretensa distinção entre os regimes jurídicos aplicáveis às prorrogações ordinárias e extraordinárias e expressou o entendimento, de que, dentre as alternativas disponíveis para obter o reequilíbrio contratual, a opção pela prorrogação, naquele caso, seria a menos adequada, devendo ser utilizada apenas excepcionalmente, quando demonstrada a inviabilidade de utilização de outros mecanismos:

77. Verifica-se que as opções para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato estampadas na doutrina e na regulamentação da Antaq podem ser divididas em três grupos: mecanismos que interferem na relação entre o poder público e o regulado (alteração dos encargos devidos pelo arrendatário, estipulação de indenizações), mecanismos que interferem nos serviços disponibilizados aos usuários (alteração de tarifas cobradas, modificação das obrigações contratuais) e mecanismos que interferem no contexto do mercado regulado (alteração de prazo contratual).

⁹⁵⁵ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 774/2016*. Plenário. Relator Walton Alencar Rodrigues, processo nº 021.919/2015-1 (grifos não constantes do original).

78. Entende-se que a alteração de prazo é a forma mais gravosa à disposição do poder concedente para se alcançar o reequilíbrio contratual. De fato, a licitação de um arrendamento portuário público envolve minuciosa preparação por parte dos eventuais interessados, demandando estudos, análise de cenários, captação de recursos e preparação de propostas. A indiscriminada alteração do termo final das avenças traz imprevisibilidade ao setor portuário, dificultando o planejamento dos possíveis concorrentes, e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios.

79. Ademais, convém lembrar que o decreto regulamentador da Lei dos Portos (art. 19 do Decreto 8.033/2013) impôs restrições à prorrogação de contratos de arrendamento: uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, este não superior a vinte e cinco anos.

80. Logo, entende-se que a alteração de prazo, por se tratar da forma mais gravosa de interferência no mercado regulado dos arrendamentos portuários, deve ser utilizada como meio de reequilíbrio econômico-financeiro contratual apenas em situações excepcionais, quando demonstrada a inviabilidade de adoção de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular regulado (alteração dos encargos devidos pelo arrendatário, estipulação de indenizações), e, subsequentemente, mecanismos que interferiram prioritariamente nos serviços disponibilizados aos usuários (alteração de tarifas cobradas, modificação das obrigações contratuais); e ainda, desde que não incorra em afronta às restrições impostas pela legislação.

Se prevalecesse a tese de que as prorrogações constituem um direito adquirido do concessionário quando fundadas em uma necessidade de reequilíbrio contratual, cláusulas restritivas como as inseridas no contrato de concessão dos aeroportos — que limita a 5 (cinco) anos o prazo máximo de prorrogações para fins de reequilíbrio — seriam ilegais, pois estariam obstando o exercício de um direito derivado diretamente da lei. Não parece que seja essa, no entanto, a solução jurídica correta para o problema. Como já se referiu, o direito subjetivo do concessionário é ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, por via de consequência, ao reequilíbrio da equação que tenha sido desequilibrada. Não há direito adquirido ao método ou instrumento que será usado para obter tal reequilíbrio. Essa decisão é discricionária da Administração. Ilegais seriam cláusulas contratuais que obstassem o direito ao reequilíbrio, jamais aquelas que interditem o uso desse ou daquele meio para obtê-lo, desde que preservem alguma alternativa para que o concessionário seja devidamente compensado.

Há, por fim, que se tratar da **duração dos períodos de prorrogação contratual** quando sua finalidade seja recobrar o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. O assunto será tratado no subcapítulo 6.3 de modo mais abrangente, quanto a todas as espécies de prorrogação atinentes aos contratos de concessão de serviço público. No entanto, tendo em vista a tendência doutrinária que se tem observado de atribuir tratamento jurídico distinto a essa espécie, justifica-se a sua análise individualizada. De início, deve-se afirmar que, se o objetivo desse tipo de prorrogação é recompor o equilíbrio do contrato, a duração do período de prorrogação deve ser aquele necessário e suficiente para obter a compensação almejada. Se for menor, não terá logrado o intento. Por outro lado, não se justifica que se seja

mais alongado, pois isso provocaria o enriquecimento sem causa do concessionário. Insta examinar, no entanto, a aplicabilidade a essa espécie de prorrogação dos limites temporais que atingem as prorrogações como um todo.

Ao sustentarem que se submetem a um regime jurídico distinto daquele aplicável às prorrogações em geral, há autores que sustentam que a extensão de prazo para fins de reequilíbrio não se submete aos limites de duração estabelecidos nos contratos nem sequer na legislação aplicável⁹⁵⁶. Adotando uma posição intermediária, Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim Pinheiro — que defendem um tratamento jurídico distinto entre as prorrogações e as extensões de prazo para fins de reequilíbrio — reconhecem que os prazos máximos que sejam estipulados para as prorrogações em geral, devem também ser aplicáveis àquelas que se destinem ao reequilíbrio dos contratos⁹⁵⁷. No entanto, expressam a opinião de que outras limitações, como à quantidade de renovações possíveis (“prorrogável uma única vez”), não seriam aplicáveis.

Outros autores, preocupados com a ilimitação desta espécie de prorrogação para fins de reequilíbrio, preconizam que, ao menos, deve a extensão temporal manter relação de proporcionalidade com o prazo inicialmente avençado⁹⁵⁸. Como temos sustentado na presente tese não haver motivo para diferenciar as prorrogações segundo as finalidades perseguidas em cada caso, não nos parece que haja qualquer razão para excepcionar nesse caso a aplicação da lei ou do próprio contrato em relação aos limites temporais que se imponham às

⁹⁵⁶ Bernardo Strobel Guimarães rejeita qualquer tipo de limitação para as prorrogações corretoras: “(...) o alcance dessas normas não pode ser extrapolado para suprimir a técnica da “prorrogação corretora”, que sempre configura uma alternativa à disposição da Administração para retomar a relação entre encargos e receitas originalmente avençada. Isso independente da previsão de prazos máximos de vigência da avença, pois configura elemento externo à previsão originária do prazo.” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 55). Para Laís Senna, “É possível então perceber certo consenso: os limites estabelecidos em lei para as prorrogações não devem ser aplicados às extensões de prazo para reequilíbrio dos contratos.” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 111). No mesmo sentido, Lino Torgal (TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 260)

⁹⁵⁷ “o único aspecto que nos parece relacionar tais situações consiste na necessária observância do prazo de vigência máximo, considerando os períodos de cada etapa (v.g., prazo original e prazo total da prorrogação).” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434)

⁹⁵⁸ “(...) a prorrogação para recomposição da equação inicial deve ser proporcional aos prazos fixados no contrato originário, sob pena de subversão da legal e constitucional do instituto da concessão.” (SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, n. 38, ano 8, jul./ago. 2006.)

prorrogações⁹⁵⁹. Afinal, concluindo-se que não são aplicáveis a essas prorrogações os limites estabelecidos na lei e nos contratos, quais, então, seriam os limites aplicáveis? Não nos parece que seja possível conciliar a inexistência de limites temporais para a prorrogação com a impossibilidade de prorrogações ilimitadas que se extrai do texto constitucional. Adepta da tese de que não se aplicam nesse caso os limites legais e contratuais, Laís Senna, em dissertação dedicada ao tema das alterações de prazo como forma de recomposição do equilíbrio, procura dar resposta a essa indagação, afirmando que a desnecessidade de observar os limites existentes “(...) não significa dizer que a extensão de prazo nesse caso pode ser infinita. O Poder Concedente deverá sempre realizar seu juízo discricionário como forma de considerar a melhor opção de recomposição, orientado pelo interesse público e pelos princípios de modicidade tarifária e licitação”⁹⁶⁰.

Não nos parece, no entanto, que esse poder discricionário possa ser exercido durante o curso da execução contratual. Tanto o art. 175 da Constituição, como a Lei nº 8.987/95, determinam que o contrato de concessão deve conter as condições para a prorrogação do contrato. É afinal, a lei, quem pode disciplinar os casos de prorrogação segundo o texto constitucional. Não havendo disciplina legal a esse respeito, deve-se aplicar a regra geral do *caput* do art. 175, ou seja, deve-se proceder à licitação. Nesse sentido, não é possível que nenhuma das modalidades de prorrogação se dê fora dos limites legais e, tendo em vista que, segundo os termos da lei, é cláusula essencial dos contratos de concessão aquela que estabeleça as condições da prorrogação, pode-se concluir que, sem previsão contratual expressa não é possível prorrogar o contrato.

Será sempre necessário, portanto, interpretar o contrato e encontrar nele tanto a autorização quanto os limites objetivos para as prorrogações. Assim, se o **contrato é silente**, isso significará a impossibilidade de prorrogação. De qualquer uma de suas espécies. Se houver autorização genérica, qualquer uma delas será possível. Sendo genérico o limite temporal, tal limite deverá ser observado para a soma de todas as prorrogações pretendidas,

⁹⁵⁹ “Há que se observar, na fixação do prazo de prorrogação, os limites eventualmente fixados pelo legislador, em atenção ao princípio da legalidade. De consequência, tendo o legislador já indicado o prazo máximo da concessão, deve ele ser necessariamente observado pela Administração Pública, não sendo lícito prorrogar a concessão para além do limite preestabelecido pela lei. Do mesmo modo, se a lei determina que o serviço pode ser objeto de concessão por 30 anos, prorrogáveis por igual período, eventual prorrogação não poderá ultrapassar tal prazo. E claro, sendo vedada a prorrogação pela lei, a medida simplesmente não estará dentre aquelas passíveis de adoção em caso de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” (MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, p. 217)

⁹⁶⁰ SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 111.

qualquer que seja a sua espécie. Já nas hipóteses em que o contrato tiver optado por estabelecer regimes jurídicos distintos para distintas espécies de prorrogação, aí sim será possível a diferenciação. O Superior Tribunal de Justiça já afirmou esse entendimento, de que as limitações genericamente impostas às prorrogações aplicam-se também àquelas cuja finalidade seja o reequilíbrio do contrato⁹⁶¹:

1. O STJ entende que, fixado estabelecido prazo de duração para o contrato, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que, *in casu*, se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas.

No mesmo sentido⁹⁶²:

2. Fixado determinado prazo de duração para o contrato e também disposto, no mesmo edital e contrato, que esse prazo só poderá ser prorrogado por igual período, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, sob pena de violação não apenas das disposições contratuais estabelecidas mas, sobretudo, de determinações impostas pela Constituição Federal e por toda a legislação federal que rege a exploração dos serviços de loterias.

3. Não há ofensa ao equilíbrio contratual econômico financeiro em face dos investimentos realizados pela empresa recorrente, porquanto o ajuste de tal equilíbrio se faz em caráter excepcional por meio dos preços pactuados e não pela ampliação do prazo contratual. A prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos, o que não pode ser ratificado por este Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Contas da União também já decidiu, ao tratar dos contratos de arrendamento portuário, que, nas hipóteses de prorrogação contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, deve-se “*avaliar a imposição de limite temporal com vistas a vedar a utilização do instituto no período final do contrato*”, assim como “*avaliar a definição de limites que assegurem que o prazo admissível para a prorrogação guarde razoável relação de proporcionalidade com o prazo inicial do contrato*”⁹⁶³.

⁹⁶¹ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1549406/SC**, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 16/08/2016, DJe de 06/09/2016.

⁹⁶² BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 912.402/GO**, Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/08/2009, DJe de 19/08/2009.

⁹⁶³ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 1.446/2018**. Plenário. Relator Min. Bruno Dantas, processo n° 030.098/2017-3.

6.2.2.2. Prorrogação antecipada (para fins de reequilíbrio)

A prorrogação antecipada, como já se referiu, é uma espécie de prorrogação para fins de reequilíbrio⁹⁶⁴, decorrente de uma modificação contratual reputada pelo Poder Concedente como imprescindível. Diante da constatação quanto à necessidade de realização de investimentos não previstos pelo contrato, ao invés de impor unilateralmente a alteração desejada, a Administração Pública pode optar por negociar com o concessionário a celebração de um termo aditivo que incluirá os novos investimentos a serem realizados e a forma pela qual o concessionário será compensado, de modo a manter a equação econômico-financeira do contrato equilibrada⁹⁶⁵. Nos casos em que o mecanismo de reequilíbrio acordado é a prorrogação do prazo, tratar-se-á de uma prorrogação antecipada, já que ocorrerá de maneira precoce, em momento significativamente afastado do termo final do contrato originalmente estabelecido.

Apesar de ter sido previsto em lei recentemente⁹⁶⁶, o instituto não é novo. Nos Estados Unidos, no período em que as *public utilities* eram substancialmente reguladas pelos contratos de *franchise*, há notícia de prorrogações de prazo renegociadas em momento substancialmente

⁹⁶⁴ A diferenciação dos dois institutos foi assim caracterizada no Acórdão nº 2.876/2019 do Tribunal de Contas da União: “*Ou seja, a prorrogação antecipada faz uso de previsão contida em contrato com o prazo máximo possível predefinido, mas que até o momento da celebração tratava-se de uma mera expectativa de prorrogação. Com a sua efetiva antecipação, a expectativa é transformada e incorporada definitivamente ao patrimônio do contratado, com a dilação do prazo para uma nova data de vigência, até o limite máximo previsto no contrato. Já a prorrogação para fins de reequilíbrio é cabível para situações em que o equilíbrio da equação econômico-financeira da concessão é alterado, diante de ocorrência de eventos supervenientes e imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis. A prorrogação do prazo, como uma dentre as medidas regulatórias disponíveis, é acionada como forma de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.*” (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.876/2019**. Plenário. Min. Relator Augusto Nardes, processo nº 009.032/2016-9)

⁹⁶⁵ “(...) quando definidos pelo Poder Concedente e pela concessionária a prorrogação antecipada, tem-se a antecipação de uma decisão discricionária mediante o cumprimento de novas obrigações por parte deste contratado, tais quais, a realização de novos investimentos, não previstos inicialmente.” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 67). No mesmo sentido: “*A antecipação do prazo contratual mediante contrapartida, por sua vez, terá lugar nas hipóteses que, por razões econômicas, o poder concedente, ao invés de esperar o termo do contrato de concessão, incentiva que o concessionário realize investimentos previstos nas suas obrigações contratuais originárias, mediante a contrapartida de ampliação da vigência do prazo da concessão. (...) Trata-se de expediente que se apresenta vantajoso para o poder público, em razão da possibilidade de realização de novos investimentos imediatos em infraestrutura pública, que teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões.*” (FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 297)

⁹⁶⁶ Refere-se à Lei nº 13.334/2016, da qual se cuidará mais à frente.

anterior ao termo final originalmente pactuado entre as partes⁹⁶⁷. No Brasil, após o revigoramento dos contratos de concessão na década de 90, há diversos exemplos em que essas prorrogações precoces foram negociadas. Há alguns casos notórios, no Estado e no Município do Rio de Janeiro, que merecem ser examinados.

O contrato de concessão para a exploração dos serviços públicos de transporte metroviário de passageiros no Estado do Rio de Janeiro foi firmado em 1998⁹⁶⁸, por 25 anos, até 2023. Em 2007 foi firmado o Termo Aditivo nº 06⁹⁶⁹, prorrogando-o por mais 25 anos. A decisão se deu após cerca de 9 (nove) anos de execução contratual, muito antes, portanto, da metade do período inicial originalmente avençado e estendeu o seu prazo até 2048, em momento distante mais de 40 anos da data em que a decisão foi tomada. A análise jurídica quanto à minuta de aditivo que se propunha, resultou no Parecer nº 01/2007 – MLM/PHSC, no qual se afirmou:

A critério exclusivo do poder concedente, especialmente para assegurar a continuidade e qualidade dos serviços públicos, o prazo da concessão poderá ser prorrogado, hipótese excepcional à regra de duração dos contratos que, para ser efetivada, depende da observância do princípio da motivação, onde o poder concedente, analisando requerimento (consubstanciado em relatórios técnicos de regularidade e qualidade dos serviços aprovados pela agência reguladora, bem como na apresentação de um plano de investimentos para o novo período contratual) da concessionária, formulado em prazo anterior ao término da concessão, inicialmente avençado, verificará o interesse público (exame de conveniência e oportunidade) na prorrogação, inclusive no que diz respeito à manutenção ou não da exclusividade na prestação dos serviços na área concedida.

Situação muito semelhante ocorreu em relação aos serviços públicos de transporte ferroviário, cujo contrato de concessão também foi firmado em 1998, pelos mesmos 25 anos⁹⁷⁰, tendo sido o seu termo final foi fixado em 2023. Firmou-se, então, em 2010 o Termo

⁹⁶⁷ *"In addition, there are many examples of simple renegotiation of the franchise duration — for example, extending its duration by twenty or thirty years — substantially prior to the expiration of the original franchise."* (PRIEST, George L. *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993, p. 312)

⁹⁶⁸ RIO DE JANEIRO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP. **Contrato de concessão para a exploração dos serviços públicos de transporte metroviário de passageiros**, celebrado entre a Opportrans e o Estado do Rio de Janeiro, em 27 de janeiro de 1988. Disponível em: <http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54877/CONTRATO+DE+CONCESS%C3%83O+-+Metr%C3%B4Rio+-+31-03-1999.pdf/be7fe265-4d84-4519-8099-15644da76628>. Consultado em 5 de dezembro de 2019.

⁹⁶⁹ Todos os aditivos podem ser consultados no mesmo endereço eletrônico referido na nota acima.

⁹⁷⁰ RIO DE JANEIRO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP. **Contrato de concessão para exploração dos serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros** celebrado entre a Supervia e o Estado do Rio de Janeiro. Disponível em http://www.agetransp.rj.gov.br/contratos?_contratos_WAR_agetransportlet_concessionaria=Supervia. Consultado em 19 de novembro de 2019. O contrato e todos os seus aditivos podem ser consultados no endereço eletrônico referido, mantido pela AGETRANSP.

Aditivo nº 08, prorrogando-o por mais 25 anos, estendendo, portanto, o seu prazo até 2048. A prorrogação se deu, como se pode constatar, após cerca de 12 anos de execução contratual. Pronunciando-se na qualidade de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, quanto à minuta proposta para o aditivo, Marcos Juruena colacionou diversos excertos de doutrina que, àquela época, sem que houvesse lei tratando especificamente do assunto, expressamente admitiam a prorrogação do prazo dos contratos de concessão como mecanismo para recobrar o seu equilíbrio econômico-financeiro e concluiu:

Em síntese, a prorrogação do prazo contratual seria um mecanismo juridicamente válido para o atingimento do objetivo de recomposição do equilíbrio.

Na hipótese em exame, tal prorrogação tem por objetivo realizar, de forma mais suave para o contratante, a compensação dos gastos suportados pela concessionária na execução de novos investimentos.

Também no Município do Rio de Janeiro já houve experiência deste tipo, como ocorreu na concessão firmada para a exploração da Linha Amarela⁹⁷¹. O contrato de concessão foi originalmente firmado em 1994, pelo prazo originário de 120 meses, ou seja, 10 anos. Em 1997, foi assinado o 4º Termo Aditivo, acrescentando investimentos não previstos anteriormente e ampliando o prazo de vigência contratual para 162 meses. Já o 5º Termo Aditivo, firmado em 1999, passou o prazo da concessão para 300 meses, os quais deveriam ser contados apenas a partir de 1º de janeiro de 1998, ocasião em que se iniciou a cobrança do pedágio. Já em 2010, o 11º Termo Aditivo acresceu novamente investimentos, alguns deles, inclusive, fora da área de concessão, com o objetivo de melhorar a mobilidade na cidade, estendendo o prazo contratual para 480 meses que, contados a partir de 1998, levaram o termo final do contrato — que havia sido inicialmente fixado em 2004 — para 2038.

A elevação do valor cobrado pelo pedágio urbano a níveis muito superiores ao padrão verificado no Estado, considerando, inclusive, as estradas fluminenses, gerou uma grande polêmica, alimentada não só pela decisão de onerar os usuários com custos relacionados a obras realizadas fora da área da concessão, quanto pela decisão de, em 2010, levar o termo final do contrato para data distante 28 anos daquele momento, quando inicialmente o contrato havia sido celebrado por 10 anos. Após a mais recente sucessão no Poder Executivo municipal, a questão ganhou contornos políticos e o novo prefeito iniciou verdadeira cruzada

⁹⁷¹ RIO DE JANEIRO (Município). Prefeitura. **Contrato de concessão para exploração de pedágio**. Disponível em: http://prefeitura.rio/documents/8822216/10480306/Linha_Amarela.pdf. Acessado em 19 de novembro de 2019

contra a concessionária, com a adoção de medidas de legalidade muito questionável, dando início a uma longa contenda judicial.

A partir de 2018, foram publicados os Decretos municipais nºs 45.546/2018, 45.645/2019 e 45.969/2019⁹⁷², que simplesmente determinavam a interrupção da cobrança do pedágio na via, alegando desequilíbrio contratual em favor do Município. A cada tutela de urgência que era concedida nos autos do Processo nº 0323589-13.2018.8.19.0001, em curso na 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, suspendendo seus efeitos, publicava-se o seguinte decreto, sob o pretexto de terem sido sanadas as deficiências apontadas na decisão judicial anterior. O caso chegou ao ponto em que, em uma noite de domingo, em 27 de outubro de 2019, o Prefeito determinou que agentes da Prefeitura destruíssem as cancelas, impedindo a cobrança do pedágio, o que efetivamente foi feito⁹⁷³, tendo sido esses fatos objeto de nova liminar, proferida no processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001, também em curso na 6ª Vara de Fazenda Pública, que determinou ao Município que se abstivesse de encampar a concessão sem a observância do devido processo legal. Foi, então, aprovada a Lei complementar municipal nº 213/2019, autorizando a encampação da via, a qual veio a ser posteriormente suspensa por nova decisão liminar, fundada em possível inconstitucionalidade do procedimento previsto na lei municipal, que consistiria em verdadeira apuração unilateral dos prejuízos⁹⁷⁴.

Os fatos acima narrados, ocorridos em concessões do Estado e do Município do Rio de Janeiro, encerram exemplos de prorrogações antecipadas de contratos de concessão, levadas a cabo ou em momento bastante precoce em relação ao termo final do contrato ou por tempo desproporcional ao prazo inicialmente ajustado. Não há dúvida, como já se afirmou, que existe a possibilidade de utilizar as prorrogações contratuais como instrumento para recompor o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. O desafio que se põe consiste em encontrar o momento mais adequado para que isso seja feito e os limites de proporcionalidade a serem observados.

No caso da concessão estadual do Metrô Rio, em 2007 — quando o contrato estava vigente há menos de 10 anos, com menos da metade de seu prazo decorrido —, sua duração,

⁹⁷² A decisão liminar referente ao último desses decretos, com o histórico dos fatos pode ser consultada em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190523-08.pdf>. Acessado em 20 de novembro de 2019.

⁹⁷³ A notícia desses acontecimentos pode ser consultada em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/10/27/prefeitura-do-rio-assume-linha-amarela-e-suspende-pedagio-neste-domingo.ghtml>. Acessado em 20 de novembro de 2019.

⁹⁷⁴ Vide notícia veiculada em: <https://oglobo.globo.com/rio/justica-suspende-lei-que-autoriza-encampacao-da-linha-amarela-pela-prefeitura-entenda-crise-24080388>. Acessado em 20 de novembro de 2019.

inicialmente estabelecida em 25 anos, foi postergada para 2048, momento 41 anos distante daquele em que a decisão foi tomada. A situação é muito parecida no caso da Supervia (serviço de trens urbanos) e no caso da Linha Amarela, esta última uma concessão de 10 anos, firmada em 1994, que, em 2010, foi estendida até 2038, momento distante 28 anos daquela data. Ressalte-se, ainda, que a última prorrogação se deu por prazo bastante superior à duração original do contrato. Nesses casos, não parece que a questão principal a responder seja se é ou não possível usar as prorrogações como instrumentos de revisão contratual, mas sim se deve haver algum limite temporal para a antecipação do momento em que tais prorrogações serão examinadas, assim como para a extensão de prazo a ser conferida.

Nesse sentido, é de se louvar as iniciativas legislativas recentes de se disciplinar a prorrogação antecipada. Premido pelas circunstâncias criadas pela crise econômica, cujos efeitos no Brasil se acirraram a partir de 2014, aumentando bastante as dificuldades para a atração de novos investidores para projetos de infraestrutura no Brasil, foram disciplinados esses mecanismos legais de flexibilização dos prazos contratuais, já que, diante de um cenário de escassez de recursos, tornou-se imperioso negociar com concessionários incumbentes, com vista à possibilidade de ampliar o seu nível de investimentos, oferecendo-se, em contrapartida, a ampliação do prazo dos respectivos contratos.

Surgiram, assim, os novos marcos legais. O primeiro exemplo — e menos bem-sucedido — foi o da Lei nº 12.783/13 que, no art. 12, autorizou o Poder Concedente a antecipar, em até 60 meses, relativamente ao termo final do contrato, os efeitos da prorrogação. O objetivo principal, como já se referiu, era o de reduzir as tarifas de energia elétrica, uma vez que as usinas já tinham amortizado integralmente os seus investimentos e ainda havia significativo tempo de vida útil restante dos seus ativos. A prorrogação antecipada das usinas hidrelétricas deveria se dar, deste modo, com a alteração do regime de comercialização da energia produzida, que deixava de se dar em ambiente livre e passava a ocorrer em ambiente regulado, com tarifa fixada pela ANEEL, calculada apenas com base nos custos operacionais e de manutenção. Nos anos seguintes, no entanto, por razões diversas, a tarifa de energia elétrica no Brasil acabou alcançando patamares elevadíssimos.

No mesmo ano, o art. 57 da Lei nº 12.815/13 permitiu a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário firmado sob a égide da Lei nº 8.630/93, excluindo-se, portanto, os contratos mais antigos, celebrados sob a vigência da legislação anterior, que não exigia a licitação. A norma legal também exigiu expressamente a existência de cláusula contratual permitindo a prorrogação, para que a sua antecipação fosse possível. Apenas os contratos que já estavam aptos a serem prorrogados, portanto, poderiam ter o momento da sua

prorrogação antecipado. Além disso, foi estabelecida a condição de que o concessionário aceitasse assumir novas obrigações de investimento, sendo essa a razão de interesse público que motivou a instituição desse mecanismo legal, dada a premência por investimentos imediatos no setor⁹⁷⁵.

Mais recentemente foi editada a Lei nº 13.448/2017 que, em seu art. 6º, §1º, introduziu modalidade de prorrogação antecipada especificamente dirigida aos contratos de parceria e empreendimentos qualificados no âmbito do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI), disciplinado pela Lei nº 13.334/2010⁹⁷⁶. Além da obrigatoriedade de estar qualificado no PPI, conter cláusula autorizadora da prorrogação no contrato e incluir novos investimentos, também foram inseridas outras condicionantes para essa prorrogação antecipada⁹⁷⁷. Uma genérica, de caráter temporal, que só permite a antecipação da prorrogação se, ao menos, a metade da duração originalmente pactuada já tiver sido esgotada e desde que não tenha sido ultrapassado 90% de sua duração. Deste modo, evita-se casos, como os ocorridos no Rio de Janeiro, que se relatou acima, em que contratos firmados com prazo inicial de 25 anos foram prorrogados após 7 anos de execução⁹⁷⁸; assim como a antecipação da prorrogação quando o termo final do contrato já esteja muito próximo, situação em que é preferível aguardá-lo e negociar um aditivo de prorrogação convencional. As prorrogações antecipadas devem ser reservadas para aquelas situações em que há premência para a realização de novos investimentos e não se pode aguardar o advento do prazo final do contrato, que ainda está muito distante no tempo⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ Vide, a esse respeito, as considerações de Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim em: PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017

⁹⁷⁶ “Trata-se de prorrogação do prazo dos contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário, em razão da inclusão de novos investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e com a concordância do contratado (arts. 4º, inc. II e 6º da lei nº 13.448/2017)” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 91)

⁹⁷⁷ “(...) a prorrogação antecipada do contrato não é livre. A lei é clara ao estabelecer condições específicas.” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 68)

⁹⁷⁸ “(...) a depender do momento contratual (antes de sua metade, por exemplo), a prorrogação não envolverá a solução do desequilíbrio, mas a instalação de futura incerteza ainda mais grave.” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8987/95**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133)

⁹⁷⁹ “Diante de um investimento necessário e não contemplado, o que fazer? A Administração espera o termo contratual para, só assim, poder estruturar um novo ajuste? Ainda que ele seja inútil diante das novas necessidades? Afinal de contas, e o pacta sunt servanda? A realidade desses contratos demonstra, todavia, que é preciso admitir flexibilidade, reconhecendo-se mecanismos — como a prorrogação — que assegurem a

Foram inseridos ainda condicionantes específicos. Para o setor rodoviário, impôs-se a constatação da conclusão de, pelo menos, 80% dos investimentos contratualmente acordados e para o setor ferroviário, o cumprimento, nos últimos 5 anos, das metas de produção e segurança estipuladas no contrato. O objetivo foi o de assegurar que seriam antecipadas as prorrogações apenas naqueles casos em que o contrato vem sendo executado adequadamente, com o cumprimento de parte significativa das obrigações do concessionário, quando já tenha transcorrido o tempo suficiente para traçar um perfil adequado do seu desempenho.

Além de assegurar que o concessionário possui bom desempenho, para que o contrato de concessão seja prorrogado antecipadamente é necessário que haja alterações imprescindíveis a serem realizadas no contrato, que justifiquem a antecipação do momento próprio para discutir ordinariamente as prorrogações. A caracterização das razões de interesse público que justificam a prorrogação devem sempre ser objeto de cuidada motivação. Quando tais prorrogações são antecipadas, torna-se ainda mais relevante esse esforço, de demonstração das vantagens que são perseguidas pela Administração Pública, que normalmente dizem respeito à inclusão de novos investimentos, os quais, não tendo sido previstos inicialmente, tornaram-se necessários e essenciais; mas pode envolver também outros aspectos, como a modificação de índices de produtividade, a inclusão de novas metas ou quaisquer mecanismos voltados ao ganho de eficiência. É o que se extrai do *Acórdão nº 2.200/2015* do Tribunal de Contas da União⁹⁸⁰, que determinou à então existente Secretaria de Portos da Presidência da República, que:

9.1.2. ao estabelecer os indicadores de desempenho – e suas condições de revisão e atualização – em cada pedido de prorrogação antecipada de contrato de arrendamento, evidencie, de forma expressa e fundamentada, sua aderência aos objetivos inculpidos na Lei 12.815/2013 e, também, que os índices de produtividade definidos proporcionarão ganhos de eficiência comprovados, à exceção, quanto a este último aspecto, dos casos em que os investimentos propostos não oferecerão de imediato nenhum incremento dessa variável, para os quais deverão restar demonstrados os outros benefícios que serão obtidos com a dilação de prazo;

Discussão importante relacionada às prorrogações antecipadas diz respeito ao novo termo inicial da contagem do prazo do contrato, após a contratação. Nos casos ocorridos no

mutabilidade necessária para trazer para a atualidade, aquilo que um dia já foi indispensável, hoje já se sabe não ser mais pertinente, e que, se esperado o amanhã, será inútil.” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 153)

⁹⁸⁰ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.200/2015**. Plenário. Min. Relator Ana Arraes, processo nº 024.882/2014-3.

Rio de Janeiro, que se relatou acima, anteriores aos novos marcos legais, contou-se a extensão dos prazos a partir do termo final originalmente estabelecido para os contratos. Assim, contratos firmados por 25 anos e prorrogados após cerca de 10 anos de execução, por mais 25, estendiam-se cerca de 40 anos à frente. Felipe Guimarães chama a atenção para a necessidade de que a extensão do prazo se inicie no momento em que é tomada a decisão, sustentando não ser possível o deferimento de uma prorrogação que só surtirá efeito no futuro, na data originalmente estabelecida como termo final do contrato. A seu ver, a prorrogação antecipada importa, necessariamente, na “*antecipação do vencimento da concessão*”, seguida de sua ampliação por novo período. De outro modo, “*os ocupantes do governo ao tempo da assinatura do termo aditivo de prorrogação antecipada terão usurpado, inegavelmente, dos ocupantes do governo ao tempo em que tal prorrogação se tornar eficaz, (...) a competência para decidir sobre a prorrogação por interesse público*”⁹⁸¹.

Esse entendimento trará consequências significativas naqueles casos em que houver limitação do número de vezes que um contrato pode ser prorrogado. Parecem relevantes, de todo modo, as considerações do autor, pois, como se viu, a antecipação das prorrogações que se contam a partir dos termos finais originalmente estabelecidos acabam redundando em alongamento dos prazos para data muito distante do momento em que as decisões são tomadas. A Lei nº 12.783/2013 previu expressamente, em seu art. 14, II que, no caso da antecipação dos efeitos da prorrogação, o novo prazo estabelecido deve ser contado “*a partir do 1º (primeiro) dia subsequente ao da assinatura do (...) termo aditivo*”.

Outro ponto sempre importante a destacar quando se trata de prorrogações que trazem consigo alterações substanciais de outros aspectos do contrato, é a necessidade de que tais alterações respeitem a essência do objeto, não lhes impondo transformações substanciais⁹⁸². Tratando do exemplo do setor rodoviário, Ana Paula de Barcellos alerta para a necessidade de que os investimentos a serem acrescentados — que, embora não previstos originalmente, podem se fazer necessários no curso de contratos de longa duração como os de concessão de

⁹⁸¹ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 60 a 67.

⁹⁸² “*A dúvida que surge nesse ponto tem relação com a possibilidade de se admitir a modificação/inclusão de obrigações em contratos em curso (...). Ao acordarem a realização imediata de novos investimentos, as partes não estão alterando o objeto do contrato, o que de fato levaria à desfiguração do pacto inicial (...). No caso das parcerias de longo prazo, tem-se que o objeto é a prestação, o dar e/ou o fazer. Não alteradas essas circunstâncias pela inclusão de um novo plano de investimentos, não há uma desnaturação do contrato original, mas apenas a formalização de um novo negócio jurídico, já que fonte de novas obrigações.*” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 168)

serviço público — devem ter uma conexão direta com o objeto originalmente instituído. Da mesma forma, deve ser necessário um exame prévio para avaliar a possibilidade de incorporar tais elementos em um novo contrato autônomo, a ser licitado de modo independente da concessão em curso⁹⁸³. Somente quando isso não se revelar possível é que poderá haver a modificação do contrato existente para incluí-los em seu objeto⁹⁸⁴:

Parece natural que em concessões rodoviárias cujo prazo inicial varia entre 20 e 25 anos novas necessidades surjam ao longo do caminho. Será preciso demonstrar, porém, que essas novas necessidades estão diretamente conectadas ao objeto original da concessão, de modo que é mais racional e eficiente alterá-lo, para incluir a nova demanda, do que segregar essas novas necessidades em um objeto autônomo a ser licitado de forma independente.

Em relação aos investimentos a serem incorporados no termo aditivo de prorrogação antecipada é essencial, ainda, cuidar para que sejam, de fato, novos. Não se deve permitir, evidentemente, que investimentos já exigidos na modelagem contratual original sejam apresentados sob nova roupagem, com o fim de incorporá-los no cálculo da compensação a ser transformada em ampliação do prazo. Essa preocupação foi expressa em recente acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União⁹⁸⁵, ao examinar a minuta do termo aditivo de prorrogação referente às concessões da malha rodoviária paulista:

Ocorre que a cláusula 8 da minuta do Termo Aditivo ao Contrato foi redigida de forma ampla, a ponto de permitir a inclusão de investimentos não apenas diretamente relacionados com o interesse público, mas também ao interesse privado.

É o caso, por exemplo, de o poder concedente exigir a realização de investimentos para o aumento da capacidade da via, que já estão previstos na cláusula 12.2.2, item 'iii' da minuta de Termo Aditivo e, conseqüentemente, **ser obrigado a reequilibrar o contrato, mesmo considerando que é obrigação da Concessionária a realização de investimentos**, sem direito a reequilíbrio, para manter a via com capacidade de transporte.

⁹⁸³ Luís Roberto Barroso também menciona a necessidade, para que se proceda à prorrogação antecipada, de se demonstrar previamente que não é viável licitar de forma autônoma a alteração ou que fazê-lo redundaria em solução anti-econômica e ineficiente. A esse respeito, vide: BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro** (edição especial), Rio de Janeiro, p. 198 a 200.

⁹⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 199. Laís Senna também adverte que “(...) o estabelecimento de termos totalmente distintos daqueles que foram inicialmente pactuados não seria admissível, pois aí haveria a concretização do instituto da novação, garantindo à concessionária prestadora de serviço um novo contrato, sem que tenha havido certame licitatório para esta contratação. Isso acarretaria a violação ao princípio da concorrência garantido na Constituição Federal.” (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 51)

⁹⁸⁵ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.876/2019**. Plenário. Min. Relator Augusto Nardes, processo nº 009.032/2016-9.

Outra possibilidade de uso indesejado dessa cláusula seria a inclusão de investimentos para atender o interesse público enquanto ainda houvesse um montante de investimentos advindos do excedente econômico-financeiro indicado no MEF para ser utilizado na redução de conflitos urbanos.

O problema enfrentado pelo Tribunal de Contas da União, diz respeito ao risco moral, ou comportamentos oportunistas. Além dessas situações de que cuidou o acórdão referido, pode-se cogitar, ainda, de investimentos que realmente não constem no escopo contratual e efetivamente sejam necessários, mas não propriamente urgentes. Pode haver, nesses casos, a tentativa de, por variadas razões, procurar “forçar” a sua inclusão antecipada no contrato. Um dos motivos para esse comportamento pode ser o interesse do concessionário de se aproveitar das relações políticas existentes com o governo atual, para garantir, por intermédio de uma prorrogação antecipada, a ampliação do prazo contratual que, ordinariamente deveria ser negociado com o governo seguinte. Diante do risco de comportamentos oportunistas deste tipo, a legislação espanhola restringe a utilização da prorrogação como modalidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, impondo limites máximos para as extensões de prazo que tenham esse fundamento, assim como vedando-as expressamente nas hipóteses em que o desequilíbrio foi causado por atos unilaterais adotados pelo Poder Concedente relacionados com a execução do contrato, reservando essa modalidade apenas para os casos de fato do príncipe e força maior, como relata Rafael Fernández Acevedo⁹⁸⁶:

Non obstante, a prorrogação do período de concessão, tendo em vista sua colisão com os princípios da concorrência, publicidade e transparência, está sujeita a limites estreitos. De fato, é permitido apenas em casos de *de factum principis* e força maior, e com o limite máximo de 10% de sua duração inicial em contratos de gestão de serviços públicos (e em cumprimento aos limites de duração máxima legalmente esperados) e 15% nas concessões de obras públicas, desde que, neste último caso, mais de 50% da remuneração da concessionária provenha em das tarifas pagas pelos usuários. Portanto, mesmo que haja autorização expressa para a prorrogação nas disposições contratuais, não poderá ser adotada para compensar o exercício do *ius variandi*.

Na legislação brasileira também há exemplos deste tipo, como já se referiu, como a restrição contida na Lei nº 13.448/2017, para que a prorrogação antecipada dos empreendimentos do PPI se dê apenas depois de superada a primeira metade do prazo

⁹⁸⁶ “No obstante, la prórroga del plazo de la concesión, habida cuenta de su colisión con los principios de concurrencia, publicidad y transparencia, está sometida a estrechos límites. En efecto, se admite únicamente en los supuestos de *factum principis* y fuerza mayor, y con el límite máximo de un 10% de su duración inicial en los contratos de gestión de servicios públicos (y con respeto a los límites máximos de duración previstos legalmente) y de un 15% en las concesiones de obras públicas, siempre que, en este último caso, la retribución del concesionario provenga en más de un 50% de las tarifas abonadas por los usuarios. Por tanto, sin perjuicio la previsión expresa de la prórroga en los pliegos contractuales, no cabrá adoptarla para compensar el ejercicio del *ius variandi*.” (ACEVEDO, Rafael Fernández. Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilibrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 266)

inicialmente ajustado e antes que haja transcorrido mais de 90% desse tempo. A norma do art. 14, II da Lei nº 12.783/2013 que estabeleceu que o prazo novo, resultante da prorrogação antecipada, se inicia no momento da assinatura do aditivo e não a partir do termo final originalmente avençado, pode ser também um desincentivo a esses comportamentos oportunistas, especialmente nos casos em que o número de prorrogações possíveis seja limitado, já que, ao antecipar o momento da prorrogação, o concessionário poderá estar reduzindo o prazo máximo potencial do seu contrato.

A prorrogação antecipada, como já se afirmou, é essencialmente um mecanismo para permitir a inclusão de investimentos novos — ou realização de outros tipos de modificação contratual — que efetivamente se mostrem relevantes para que a concessão possa resultar em uma prestação de serviços eficiente e adequada, permitindo atender aos usuários com qualidade. A alternativa consensual da antecipação do momento da prorrogação pode evitar, por exemplo, a alteração unilateral do contrato para a inclusão impositiva de novos investimentos. A possibilidade de usar a ampliação do prazo da concessão como modalidade de reequilíbrio do contrato é a principal vantagem dessa espécie de prorrogação. Outro mecanismo de que também pode lançar mão o Poder Concedente nesses casos é a **encampação**, já que a extinção antecipada do contrato, com vistas à realização de nova licitação, sob condições reformuladas, com a inclusão das obrigações de investimento que se pretende introduzir, pode ser também uma forma de obter o intento perseguido pela Administração Pública e alcançar o interesse público almejado.

O cenário da encampação pode até mesmo ser considerado mais conveniente pela Administração, quando comparado com a prorrogação, por exemplo naquelas situações em que os contratos originais tiverem sido firmados em momentos nos quais o custo Brasil encontrava-se excepcionalmente elevado, ou as condições macroeconômicas encontravam-se deterioradas, levando à celebração de contratos de concessão com taxas internas de retorno – TIR especialmente elevadas. Nesses casos, a inclusão de novos investimentos pode acabar impondo uma oneração excessiva para o Poder Concedente, mesmo que se valha do instituto da prorrogação, combinado ou não com outros mecanismos.

Pode ocorrer também que o contrato original tenha sido firmado em bases especialmente favoráveis, se comparadas com o momento atual em que se dará a prorrogação. Em situações deste tipo, pode-se projetar que o resultado de uma nova licitação, a ser realizada em momento de crise ou carência de recursos no mercado para investimentos,

poderá resultar em condições piores do que as constantes dos contratos já existentes⁹⁸⁷. A prorrogação, nesses casos, pode, então, viabilizar a realização dos investimentos de forma menos onerosa à Administração Pública e aos usuários.

Há, na verdade, uma série de questões que devem ser consideradas quando se cogita lançar de um instituto como a encampação que, apesar de legítimo e previsto em lei, impõe uma série de custos extraordinários⁹⁸⁸. Antes de mais nada, há que se considerar que, não estando a Administração disposta a assumir diretamente a prestação do serviço, deverá considerar os custos para a organização de uma nova licitação e o tempo que levará para fazê-lo. Além disso, há os custos relacionados com a transição de um concessionário para outro, com a natural curva de aprendizado do concessionário novo, sem contar com o risco de que seu nível de performance se revele mais baixo do que o do concessionário anterior. Esses são os custos e riscos relacionados a qualquer extinção de concessão de serviço público. Há que se considerar, ainda, **riscos específicos** oriundos da encampação.

Em decorrência de previsão legal expressa no art. 37 da Lei nº 8.987/95, a encampação dependerá de prévia autorização legal. Assim, caso a Administração decida optar por essa via, deverá assumir o custo político de negociar com o Parlamento a aprovação de uma lei que o permita. Haverá, ainda, um custo reputacional para o país, que poderá vir a influenciar outros empreendimentos para os quais se deseje a participação do investimento privado. Não há dúvida de que a encampação é um instrumento jurídico disciplinado em lei, cujo uso pelo poder público é perfeitamente legítimo. Há, no entanto, uma percepção negativa no mercado sempre que um país interfere impositivamente sobre relações consensuais firmadas com particulares. Essa percepção negativa costuma ser ainda mais forte perante os investidores internacionais, especialmente em relação a países emergentes como o Brasil. Já

⁹⁸⁷ “Além disso, em cenários de recessão econômica, é possível que se tenha dificuldades em conseguir novos investimentos necessários à adequada prestação de um serviço ou para ampliação de obras de infraestrutura. A prorrogação, nessas hipóteses, representaria alternativa a possibilitar que eventuais contratados pudessem arcar com esses custos em troca da ampliação do prazo contratual para amortizá-los.” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 154)

⁹⁸⁸ Carolina Zaja dedica-se, em sua dissertação, a descrever diversos desses custos de transação: “A questão, na verdade, se desenvolve no domínio do questionamento central desse trabalho: qual é o custo da escolha pública? Isso porque, tanto quanto se pode comparar a prorrogação antecipada à encampação, pode o Poder Público entender que, diante de determinado caso concreto, a opção mais eficiente não é licitar e sim prorrogar. Ambos são instrumentos à disposição da Administração no exercício dos seus misteres.” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 151)

existe uma percepção generalizada quanto à insegurança jurídica do ambiente regulatório brasileiro. Construir uma reputação de ambiente negocial seguro é algo que leva tempo e depende de compromissos assumidos por sucessivos governos. É algo difícil de construir, mas que pode se perder muito rapidamente com notícias veiculadas na imprensa internacional quanto à “quebra” de contratos ocorrida em determinado país. As explicações jurídicas viajam muito mais lentamente que as notícias e os comentários em blogs e redes sociais. Esse efeito perverso, portanto, não pode ser ignorado. Por fim, a encampação impõe o pagamento de indenização ao concessionário quanto aos seus investimentos ainda não amortizados, a qual deve ser prévia; ou seja, a retomada da concessão só poderá ocorrer depois de efetivamente paga a indenização devida.

Tendo por objetivo a comparação, sob o prisma econômico, das diversas opções existentes para enfrentar especificamente os problemas atuais da malha ferroviária brasileira, estudo divulgado em março de 2018 pelo Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais, da Fundação Getúlio Vargas ⁹⁸⁹ concluiu que, do ponto de vista da economicidade, as prorrogações antecipadas seriam a opção mais adequada para obter os investimentos necessários:

1) No que diz respeito à prorrogação antecipada dos contratos, conclui-se que essa permite tanto a inclusão da obrigatoriedade dos investimentos nos contratos de concessão quanto a atualização das cláusulas contratuais, visando, principalmente, a melhoria da transparência de informações e a promoção da concorrência na prestação dos serviços de transporte ferroviário. Considerando a economicidade dos atos administrativos, nos termos do art. 70 da Constituição, a prorrogação antecipada se mostra alternativa que melhor se adequa e atende ao interesse público.

De qualquer modo, tratando-se de uma decisão discricionária, como são todas as decisões administrativas que anuem com qualquer prorrogação de contrato de concessão, é importante que a Administração Pública considere todas as circunstâncias do caso e tome uma decisão informada, após conhecer adequadamente os dados e analisá-los, inclusive com a realização dos estudos técnicos que se façam necessários, motivando a sua decisão, de modo que suas razões sejam conhecidas e possam ser, inclusive, controladas.

⁹⁸⁹ OLIVEIRA, Gesner *et al.*. **Avaliação da política de prorrogação antecipada das concessões ferroviárias**. Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em https://gei-sa.fgv.br/sites/gei-sa.fgv.br/files/u49/estudo_vantajosidade_final_grupo_de_economia_vf_limpa_.pdf. Acessado em 2 de dezembro de 2019.

6.2.2.3. Por emergência

Nas prorrogações por emergência, como anota Felipe Guimarães, “o contrato de concessão é prorrogado pelo tempo necessário para o Poder Concedente preparar-se para prestar, diretamente, o serviço ou realizar a licitação pública para nova outorga da atividade”⁹⁹⁰. Jacintho Arruda Câmara menciona a possibilidade de que os contratos de concessão sejam prorrogados pelo tempo que for necessário para a realização de um processo licitatório, de modo a evitar o risco de descontinuidade do serviço público⁹⁹¹.

É preciso considerar, a esse respeito, que é uma obrigação da Administração Pública planejar-se adequadamente e adotar as providências necessárias para assegurar a continuidade dos serviços públicos segundo os parâmetros exigidos em lei. Tratando-se os contratos de concessão de serviços públicos de vínculos de longa duração, em princípio, é de se esperar que, aproximando-se o seu termo final, a Administração Pública tome as providências necessárias para que o contrato seja prorrogado, seja concluída a tempo uma licitação para a seleção do próximo concessionário ou se organize para assumir a prestação direta do serviço⁹⁹². Deve-se admitir, no entanto, que, em decorrência das mais variadas razões, ocorra situação em que, aproximando-se o encerramento do prazo contratual, a Administração não disponha de nenhuma alternativa para a substituição definitiva do concessionário. Será necessário, então, buscar alguma solução provisória, enquanto se ultimem as providências que já deveriam ter sido anteriormente adotadas e não foram. Uma solução provisória possível é a prorrogação emergencial do contrato de concessão que se vai expirar, relativizando-se a regra geral da licitação em decorrência da urgência verificada⁹⁹³.

⁹⁹⁰ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 46.

⁹⁹¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contrato administrativo**. V. 6, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 347

⁹⁹² “*Bem por isso, o término do contrato de concessão não pode em hipótese alguma conduzir à interrupção da prestação do serviço público, cabendo à Administração Pública adotar as medidas necessárias à sua continuidade, seja assumindo ela mesma a prestação do serviço, se estiver autorizada, seja garantindo que outro particular esteja apto a prosseguir com a tarefa, após sagrar-se vencedor do indispensável procedimento licitatório, que para tanto deve estar concluído com alguma antecedência. Todavia, é possível que ao final do contrato de concessão nem uma coisa e nem outra ocorram: a Administração Pública não tem condições de assumir a prestação direta do serviço e não há ainda outro particular escolhido para assumir o papel de concessionário, por conta, p. ex., de algum atraso no procedimento licitatório, algo para lá de corriqueiro. Em situações assim não poderá o Estado simplesmente permitir que o serviço seja interrompido, sendo lícita a prorrogação do contrato de concessão que está por ter seu prazo esgotado.*” (MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, pp. 212 e 213)

⁹⁹³ “*Vale dizer: ainda que o caput do art. 175 da CRFB exija “sempre” licitação para concessão de serviço público, a regra licitatória pode ser relativizada quando houver a necessidade excepcional de contratação*

Para Marcos Juruena, seria aplicável nesses casos a autorização legal de contratação com dispensa de licitação, em decorrência da situação de emergência, prevista no art. 24, IV da Lei nº 8.666/93⁹⁹⁴. Não nos parece que seja esse o caso. Como já afirmado no subcapítulo 6.2.2.1 acima, o art. 175 da Constituição, ao tratar dos contratos de concessão e permissão de serviço público, não possui a mesma ressalva constante do art. 37, XXI, de modo que não se admitem contratações diretas neste caso, não sendo aplicáveis as disposições da Lei nº 8.666/93⁹⁹⁵, cujo fundamento, sem dúvida, é o disposto no inciso XXI do art. 37. O que ocorre na hipótese presentemente em estudo é uma colisão de princípios. De um lado, o art.

*direta para garantia ‘dos direitos dos usuários’ e manutenção do ‘serviço adequado’, na forma exigida pelos incisos II e IV do parágrafo único do referido dispositivo constitucional.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 108)*

⁹⁹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46.

⁹⁹⁵ Em sentido contrário, a doutrina de Marcos Juruena: “*O emprego do advérbio ‘sempre’, no art. 175 da CF, antes da menção à licitação para a concessão ou permissão de serviço público, levou à conclusão precipitada de que não caberia, jamais, a dispensa de licitação. No que se refere à inexigibilidade, não há, todavia, o que se questionar. Sendo impossível a competição, aplica-se o caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que, repita-se, é adotada subsidiariamente aos institutos da concessão e permissão. A hipótese é fática e a lei simplesmente reconhece a realidade. Quanto à dispensa — art. 24 da lei nº 8.666/93—, deve ser ressaltado que não cabe a aplicação dos incisos I e II (dispensa em razão do valor) pelo simples fato de que a modalidade geralmente exigida para a concessão é a concorrência, que, logicamente, não se encaixa em casos de dispensa em razão do valor; e todas as outras hipóteses que se referem a outros contratos, que não a concessão — incisos VII e VIII e XIV a XX —, além dos incisos X, XII e XIII, que também não se coadunam com o objeto da concessão. Podem ser aplicadas, no entanto, as hipóteses gerais concernentes a todos os contratos, tais como os incisos III, IV, V e IX.*” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46) Também Marçal Justen Filho sustenta que “*embora o silêncio da Lei nº 8.987, é admissível a contratação direta, sem prévia licitação, para concessões e permissões. É possível adotar, para o caso, a mesma sistemática tradicional, distinguindo hipóteses de inexigibilidade e dispensa.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284). Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o amplo enunciado do art. 37, XXI da Constituição, à primeira vista poderia levar à interpretação de que o art. 175 “*no sentido de nele encontrar uma expressão absoluta daquele princípio, com o propósito de afastar temperamentos circunstanciais quando se tratasse de contrato de serviços públicos.*” No entanto, afirma que “*esta, como outras interpretações apressadas, radicais e absolutas, não logram prosperar, pois as exegeses sistemática e teleológica não abonam essa abordagem do racional que justificaria a reiteração tópica do princípio da licitação, tal como encontrada no art. 175, caput, CF*”. Deste modo, concluir que “*a par do princípio licitatório, existem vários outros, de igual ou maior envergadura axiológica, que também devem ser considerados e ponderados em conjunto, como é o caso para exemplificar, dos princípios da continuidade do serviço, da modicidade tarifária, o da segurança jurídica, da boa-fé do administrado e do interesse público, até mesmo por serem, estes outros, princípios substantivos que, de acordo com as circunstâncias, podem afastar a aplicação de um princípio adjetivo*”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Das normas de transição nas concessões de serviços públicos de transporte coletivos urbanos (um estudo de caso). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. IX, Direito das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 110). Também Rafael Oliveira admite a aplicação das hipóteses de dispensa de licitação para a contratação de “*empresa que participou da licitação, observada a ordem de classificação e mantidas as condições inseridas no contrato de concessão, para executar o objeto contratual remanescente.*” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019). Também Antônio Carlos Cintra do Amaral admite a aplicação da Lei nº 8.666/93 aos contratos de concessão. Vide: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.

175 exige que os contratos de concessão e permissão de serviço público sejam sempre precedidos de licitação. De outro lado está o princípio da continuidade dos serviços públicos. Apesar de não estar expresso no texto constitucional — mas apenas na legislação ordinária, no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 —, esse princípio é deduzido do próprio conceito de serviço público como conjunto de atividades suprimidas da livre iniciativa e entregues à titularidade estatal, com o objetivo de que a Administração Pública assegure à sua prestação aos usuários. Como ensina Juan Alfonso Santamaría Pastor⁹⁹⁶:

A continuidade do funcionamento do serviço é uma das razões fundamentais que justificam a atribuição à Administração Pública de uma atividade em regime de serviço público: trata-se de garantir com isso — entre outros valores, naturalmente — que uma atividade que atenda necessidades coletivas importantes esteja disponível aos cidadãos de forma contínua e regular, sem que sua efetiva realização dependa da livre decisão de um indivíduo e de sua conveniência econômica.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto admite a aplicação das hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas na Lei nº 8.666/93 também às contratações de concessão de serviço público, mas chega a tal conclusão valendo-se do mesmo racional da colisão de princípios⁹⁹⁷:

Com efeito, a par do princípio licitatório, existem vários outros, de igual ou maior envergadura axiológica, que também devem ser considerados e ponderados em conjunto, como é o caso para exemplificar, dos princípios da continuidade do serviço, da modicidade tarifária, o da segurança jurídica, da boa-fé do administrado e do interesse público, até mesmo por serem, estes outros, princípios substantivos que, de acordo com as circunstâncias, podem afastar a aplicação de um princípio adjetivo.

A esse respeito, não parece haver dúvida de que, em situações nas quais sua aplicação impeça a concretização de outros valores constitucionais, o princípio da licitação possa ser excepcionalmente afastado. Isso não significa, a nosso ver, que estejam autorizadas as contratações diretas para as concessões de serviço público, nos termos da Lei nº 8.666/93. Isso porque, o art. 37, XXI, da Constituição — que fundamenta as hipóteses de contratação direta inseridas nos arts. 24 e 25 da lei de licitações — autoriza expressamente o legislador a

⁹⁹⁶ “*La continuidad en el funcionamiento del servicio es una de las razones fundamentales que justifican la asunción por la Administración de una tarea en concepto de servicio público: lo que se trata de garantizar con ello — entre otros valores, naturalmente — es que una actividad que cubre importantes necesidades colectivas se encuentre disponible para los ciudadanos de modo continuo y regular, sin que su realización efectiva dependa de la libre decisión de un particular y de su conveniencia económica.*” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo general**, vol. II. 3ª ed. Madri: Iustel, 2015, p. 358). No mesmo sentido, Gaspar Ariño Ortiz destaca que “*Como consecuencia del carácter imprescindible para la vida social, que es precio de las actividades de servicio publico, se produce esa característica doble que es: por un lado, la continuidad y regularidad en su prestación; por otro, la obligación legal de suministro y el derecho subjetivo de cualquier ciudadano a la utilización del mismo.*” (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. 3ª ed. Granada: Comares editorial, 2004, p. 574.)

⁹⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Das normas de transição nas concessões de serviços públicos de transporte coletivos urbanos (um estudo de caso). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. IX, Direito das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 110.

prever exceções quando entender que são desejáveis. A mesma autorização não consta no art. 175 da Constituição, de modo que, no que se refere aos contratos de concessão e permissão de serviço público, a obrigação de realizar previamente a licitação não poderá ser afastada por razões de conveniência admitidas pelo legislador. Seu afastamento somente será possível quando efetivamente obstar a consecução de outros valores constitucionais. Deste modo, no que se refere ao tema ora examinado, a contratação emergencial se justificará apenas extraordinariamente, de modo a assegurar a continuidade do serviço, mesmo em contrariedade à letra da norma constitucional do art. 175, que, neste caso, restará excepcionada por valor de igual estatura constitucional, extraível do mesmo dispositivo normativo.

Não se trata de aplicação do disposto no art. 24, IV da lei de licitações e contratos e, portanto, não será aplicável a limitação de 180 dias para a duração do contrato emergencial. A esse respeito, deve-se reconhecer que a modelagem de uma contratação deste tipo pode se revelar bastante complexa e, não raro, exigir um período de tempo maior que esse. Deste modo, a contratação emergencial deverá cobrir o tempo que for preciso para que a Administração Pública possa organizar um procedimento licitatório adequado para a contratação de um novo concessionário, sem, por outro lado, superar o tempo estritamente necessário para tanto⁹⁹⁸. A prorrogação por emergência, portanto, deverá se dar pelo prazo necessário e suficiente para a adoção das providências imprescindíveis para obter uma solução definitiva que assegure a continuidade do serviço público.

No que se refere à inexigibilidade de licitação, igualmente não nos parece aplicável o regime estabelecido pela Lei nº 8.666/93, pelas razões já expostas. Não há dúvida, como referido por Marcos Juruena, que se trata de hipótese fática e que “*a lei simplesmente reconhece a realidade*”⁹⁹⁹. Nossa discordância se dá quanto aos efeitos jurídicos resultantes

⁹⁹⁸ “Na hipótese aqui tratada, a prorrogação não deve se estender para além do prazo necessário à assunção da prestação do serviço por outro sujeito. Afinal, o contrato foi prorrogado apenas para garantir a continuidade do serviço enquanto não há outro sujeito apto a assumir a sua prestação. Trata-se de garantir a transição entre um contrato de concessão e outro (ou outra forma de prestação), sem interrupção do serviço, devendo o prazo da prorrogação ser adequado a tal finalidade, observado o princípio da razoabilidade. Se o motivo da prorrogação for atraso no procedimento licitatório para escolha de novo concessionário, p. ex., o contrato de concessão poderá seguir em vigor apenas pelo período necessário à conclusão do certame e à preparação do novo concessionário, não mais. O prazo da prorrogação há de ser breve, portanto, sendo de todo inadmissível que se estenda por período superior ao estritamente necessário, sob pena de violação à norma constitucional que exige licitação para outorga de concessão de serviço público.” (MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, pp. 212 e 213)

⁹⁹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46.

da realidade fática observada. Nesse sentido, não nos parece que, como sustenta o autor, a autorização legal do art. 25 da Lei nº 8.666/93 seja extensiva aos contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Para os contratos administrativos, em geral, a lei admite que, ao reconhecer a situação de fato — de inexistência de potencial competidor —, o administrador está autorizado a deixar de organizar a licitação e proceder a uma negociação direta com aquele a ser contratado, inclusive quanto às condições contratuais a serem estabelecidas. Não parece correto admitir o mesmo procedimento para os contratos de concessão ou permissão de serviço público. Ao exigir que a contratação se dê “*sempre através de licitação*”, o art. 175 impõe que a modelagem seja construída por meio de estudos e análises, permitindo a participação social por meio de audiências, consultas ou procedimentos de manifestação de interesse, mas nunca uma negociação direta entre as partes quanto aos termos do contrato a ser firmado. Tendo em vista tratar-se de contratos geralmente vultosos e de longo prazo, também não se admite que a presunção de falta de competitividade, ainda que atestada pela Administração, produza o efeito de obstar a licitação. Será sempre necessário publicar o edital e constatar a efetiva ausência de competidores. Caso, de fato, apenas um interessado se apresente, se a sua proposta for considerada regular e aceitável, o contrato será com ele firmado. De todo modo, uma situação de emergência, que é do que ora se trata, não justificaria a inexigibilidade de licitação.

A formalização da prorrogação por emergência se dá, como ocorre com qualquer outra espécie de prorrogação, por meio de aditivo contratual, de modo que será essencial a obtenção de um acordo com concessionário para que a prorrogação seja viável. Caso não seja possível formar o consenso, não havendo a prorrogação do contrato, deverá a Administração Pública buscar outra solução. Se houver outra empresa que se disponha a assumir a prestação do serviço pelo tempo reduzido estritamente necessário à adoção das providências necessárias para concluir uma solução definitiva, será possível proceder à sua contratação direta. Se houver vários interessados — o que parece uma hipótese improvável — a Administração deverá buscar algum tipo de seleção simplificada, com critérios impessoais e objetivos, para que possa escolher aquele que será contratado para o período de emergência. Será possível, ainda, que assuma ela própria a prestação direta do serviço provisoriamente ou, até mesmo, cogitar-se da requisição de serviço¹⁰⁰⁰, que poderá recair, inclusive, sobre o concessionário

¹⁰⁰⁰ “*Por conseguinte, uma eventual imposição da Administração concedente, mesmo que fundamentada em razões de utilidade pública, para que a empresa concessionária desenvolva as actividades concedidas por um tempo superior ao prazo fixado (...) não corresponde a uma verdadeira situação de prorrogação (...) devendo tal hipótese ser enquadrada (...) como uma actuação limitativa da liberdade de iniciativa económica privada (...)*”

incumbente que recusou o aditivo de prorrogação emergencial. Findo o seu contrato, certamente não estará mais obrigado pela relação contratual e, portanto, não mais vinculado à equação econômico-financeira. As condições contratuais podem ser, portanto, um parâmetro para a indenização, mas o particular não estará mais contratualmente obrigado a aceitá-las e, caso os serviços sejam requisitados, poderá demonstrar os seus custos sem qualquer vinculação com a equação econômico-financeira do contrato extinto.

Carlos Ari Sundfeld oferece um exemplo interessante de requisição, envolvendo a prestação do serviço público de transporte intermunicipal de passageiros. Relata que algumas empresas concessionárias continuavam operando no Estado de São Paulo, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, com base em contratos que haviam sido firmados sem licitação. Com o advento da Lei estadual nº 15.179/13, que estabeleceu a obrigação de gratuidade para idosos no transporte público, algumas dessas empresas pleitearam a revisão tarifária como forma de reequilíbrio de seus contratos de concessão, tendo o pleito sido negado pela Administração Pública sob a alegação de nulidade das outorgas, por terem sido conferidas sem licitação. Sua conclusão é a de que, ainda que não subsista mais o vínculo contratual entre as partes, que estabeleça um equilíbrio econômico-financeiro; tendo em vista que a lei impôs à empresa a prestação de um serviço que não poderá ser cobrado diretamente do usuário, trata-se de uma requisição de serviço, a qual necessariamente é onerosa. Sendo assim, se não puder ser compensada pela adequação de um modelo tarifário, deverá ser compensada por outros meios¹⁰⁰¹:

A ausência de processo licitatório prévio ou mesmo de contrato formal não afasta a existência de uma requisição administrativa de serviços imposta pela lei estadual e que teve como sujeitos passivos todas as prestadoras do serviço de transporte intermunicipal de passageiros, inclusive as que não passaram por licitação. É em virtude dessa situação jurídica (requisição de serviços) que as prestadoras devem ser ressarcidas, seja por meio da aplicação de modelo tarifário baseado no rateio dos custos dos serviços entre os passageiros pagantes, como indicou a agência reguladora na análise do então projeto de lei, seja por intermédio de outra fórmula de compensação que venha a ser adotada pelo poder público.

No caso da necessidade de um contrato emergencial para assegurar a continuidade do serviço público, se não houver interesse do concessionário e nem de alguma outra empresa apta a prestar o serviço provisoriamente, até que uma nova licitação seja preparada

bem como do direito de propriedade (...), uma vez que envolve uma intervenção pública em meios de produção (...) — porventura configurável como uma requisição empresarial —, assim conferindo, ademais, ao empresário o direito a ser indenizado pelos danos causados.” (TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 246)

¹⁰⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito ao equilíbrio financeiro na prestação precária do transporte coletivo de passageiros. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 70.

ou a Administração se organize para assumir a prestação direta, restará ao Poder Concedente requisitar os serviços. Essa requisição certamente será onerosa e imporá o pagamento de uma indenização, a qual não estará vinculada ao contrato desfeito — embora possa tomá-lo por base —, uma vez que, sem o consenso do particular, a relação contratual não mais o obriga.

Como já referido, os atos preparativos para viabilizar uma solução definitiva que assegure a continuidade do serviço público, quando o contrato de concessão está perto de seu fim, é responsabilidade da Administração Pública. Tendo em vista os prazos longos que caracterizam esse tipo de contratação, presume-se que a Administração disponha de tempo suficiente para se planejar e organizar com antecedência os preparativos que se façam necessários para a alternativa escolhida. Evidentemente, imprevistos e percalços podem ocorrer. No entanto, não se deve tolerar a chamada “emergência fabricada”, por meio da qual os agentes públicos encarregados propositalmente deixam de adotar as medidas necessárias, com o objetivo de provocar um contexto que possa ser futuramente caracterizador da situação de emergência, justificando assim a prorrogação contratual¹⁰⁰². Deste modo, sempre que for firmado um termo aditivo de prorrogação contratual, um contrato emergencial ou, mesmo a Administração for obrigada a lançar mão da requisição de serviços, deve haver algum tipo de iniciativa apuratória da responsabilidade disciplinar dos envolvidos¹⁰⁰³, de modo a verificar se houve falha ou cometimento de alguma irregularidade, buscando extrair daí o aprendizado que sirva para evitar a repetição de situações como essas, quando forem evitáveis.

Para Marçal Justen Filho, que não admite como legítima nenhuma prorrogação que não se destine a reequilibrar a economia do contrato, não será possível prorrogar o contrato em decorrência da emergência. Segundo sua convicção, caso não sejam adotadas pela Administração Pública as providências para que, ao final do contrato, o serviço possa ser retomado ou transmitido a uma nova concessionária — escolhida por processo licitatório —, caberá ao concessionário alertar o Poder Concedente e provocá-lo à adoção das medidas cabíveis. Em todo o caso, se, ao final do prazo, não houver alternativa que permita a

¹⁰⁰² “Muito pior é a ‘prorrogação fabricada’, na qual as partes executam o contrato em sono profundo e, de repente, despertam para o fim do prazo sem que haja tempo útil para a licitação; assim, são constrangidas a alongar o prazo. Esse fabrico da solução ilegal é situação que merece firme resposta negativa.” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8987/95. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 132)

¹⁰⁰³ O projeto de uma nova Lei Geral das Concessões, em exame pelo Congresso Nacional, prevê expressamente, em seu art. 155, a possibilidade das prorrogações emergenciais e, corretamente, estabelece, no parágrafo único, a obrigatoriedade de que sejam apuradas as responsabilidades dos agentes públicos que, eventualmente, tenham dado causa à criação da situação de emergência. (BRASIL (Congresso Nacional). **Substitutivo do relator ao Projeto de Lei nº 2.892**, de 2011. Institui a Lei Geral de Concessões. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-19-11-2019. Consultado em 25 de novembro de 2019)

continuidade do serviço, “o concessionário estará legitimado a manter a prestação do serviço essencial”. No entanto, segundo o autor, estará caracterizada uma situação de fato, pois “a concessão mantida, após o prazo final, é situação jurídica ilícita e irregular”¹⁰⁰⁴.

6.3. Duração e quantidade dos períodos adicionais

No passado, já foi comum a celebração de contratos de concessão assinados por 50, 100 anos. A prática mais recente é que passou a estipular prazos menores, prevendo a possibilidade de sua prorrogação¹⁰⁰⁵. Isso não significa, no entanto, que essas prorrogações possam ser sucessivas e ocorrer ilimitadamente. Não se admitem, como já se viu anteriormente, contratos eternos, nem que se prolonguem indefinidamente. Assim, se não é possível contratar por prazo indeterminável, também não será possível tornar o prazo indeterminável por força do regime jurídico atribuído às prorrogações¹⁰⁰⁶. Todo contrato administrativo deve ter um fim e isso deve ser compreendido no sentido de que o seu prazo inicial, somado ao prazo de todas as prorrogações possíveis, deve ter um limite precisamente verificável e que seja previamente conhecido, inclusive por aqueles que estejam interessados em participar da licitação que selecionará o contratado.

Pode-se dizer que a estipulação desse limite temporal máximo e intransponível serve a três propósitos especiais: (i) assegurar que, em algum momento, o Poder Concedente seja obrigado a voltar ao mercado para uma busca ampla quanto à alternativa mais vantajosa disponível; (ii) fixar a variável de tempo da equação econômico-financeira, que as partes se obrigam a observar, comprometendo-se o Poder Concedente a compensar o concessionário caso esse equilíbrio seja perdido em seu desfavor e (iii) dar oportunidade a possíveis interessados em prestar aquele serviço. Pode-se imaginar, no entanto, situação em que não

¹⁰⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 574 e 575.

¹⁰⁰⁵ “Ora, se é lícito ao titular do serviço público estabelecer que o prazo da concessão é de 30 anos, por que não seria lícito fixá-lo em 15, admitindo desde logo a prorrogação por outro período de 15 anos? Tanto num caso como noutro há um prazo determinado para a delegação da prestação do serviço ao concessionário, requisito essencial da concessão. A diferença é que na primeira hipótese o prazo considerado adequado pelo titular do serviço público é fixado no contrato de modo uno, não admitindo divisão, enquanto na segunda o mesmo prazo será dividido em dois blocos.” (MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, p. 219)

¹⁰⁰⁶ “(i) a faculdade de prorrogar não derroga a norma da obrigatoriedade de licitação, mas apenas a excepciona (logo, deve ser interpretada restritivamente) (...) (iii) a extensão do tempo deve ser certa e exauriente, pois não pode ser renovada ad eternum (pena de transformar um contrato com prazo determinado em algo com termo final incerto)” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8987/95**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133)

fará sentido voltar periodicamente ao mercado: são aqueles casos em que o serviço público é exercido em competição com outros prestadores, sem que haja restrições intransponíveis de acesso ao mercado. São os casos em que a entrada de um novo agente não depende do desligamento de um anterior. A necessidade de licitações periódicas certamente perde muito o interesse em casos como esse. Há outros casos nos quais a segunda razão para limitar o prazo não está presente. São aquelas concessões em que o Poder Concedente não se compromete com a equação econômico-financeira do contrato firmado com o concessionário, por não ter controle quanto às rendas que pode auferir.

Enquanto estiverem presentes alguma dessas razões, será possível sustentar a imperiosa necessidade de manter os prazos máximos determináveis desde a contratação original. No entanto, se nenhuma dessas razões estiver presente, perde-se o fundamento para exigência dessa natureza ¹⁰⁰⁷. Pode-se referir exemplificativamente aos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens e ao serviço de transporte público aéreo. No primeiro caso, a outorga de novas concessões de rádio ou televisão não dependem necessariamente da extinção de alguma das concessões existentes e as empresas que exploram esse serviço atuam em acirrada concorrência umas com as outras. Da mesma forma, suas receitas não são limitadas pelo Poder Concedente nem advém de tarifas cobradas dos usuários. O serviço é prestado gratuitamente e a concessão se sustenta principalmente com as receitas alternativas oriundas da venda de espaços publicitários durante a programação que, embora possa se submeter a algum tipo de regulação, não está sujeito a nenhum limite imposto pelo Poder Concedente. Não teria sentido, portanto, que uma empresa concessionária desse setor pretendesse que a Administração Pública fosse responsável por recompor qualquer perda ou quebra de expectativa de receita sofrida. Por essa razão, a Constituição, em seu art. 223, estabeleceu um regime de prorrogações automáticas, fixando o seu prazo em 10 anos, conforme a redação de seu §5º, mas condicionando a não renovação da concessão à aprovação de, ao menos, dois quintos dos membros do Congresso Nacional, em votação nominal. Assim, não havendo pronunciamento do parlamento, as concessões seguem sendo prorrogadas indefinidamente. Note-se, contudo, que o Constituinte não abriu mão, nem aqui, de

¹⁰⁰⁷ O caso do setor de telecomunicações é relevante sob esse aspecto. A única atividade do setor que segue sendo prestado sob o regime jurídico dos serviços públicos é o serviço telefônico fixo comutado – STFC, o qual, contudo, atualmente é prestado sob regime de liberdade tarifária, de acordo com a norma autorizadora do art. 104 da Lei nº 9.472/97. Todavia, tendo em vista que, apesar de ser prestado em ambiente competitivo, em assimetria regulatória, não é possível instituir um novo concessionário sem que o concessionário atual, da respectiva área, se afaste. Não se justificaria nesses casos, portanto, as prorrogações automáticas e indetermináveis dos contratos de concessão.

determinar um prazo. Apenas estabeleceu um regime de prorrogações indefinidamente sucessivas¹⁰⁰⁸.

No outro caso referido também inexistem as duas razões que justificam estabelecer prazos totais máximos. As empresas de aviação, que exploram os serviços públicos de transporte aéreo competem entre si. Embora a situação atualmente vivenciada no mercado brasileiro seja de concorrência imperfeita, pode-se considerar que a entrada de novos competidores não depende da retirada de nenhum dos concessionários atuais. Quanto às suas receitas, trata-se de atividade que atualmente é exercida sob regime de liberdade de preços. O Poder Concedente não determina nem limita os valores a serem cobrados dos usuários. Por outro lado, também não faria sentido que as companhias aéreas pretendessem extrair de seus contratos uma equação econômico-financeira a ser assegurada pelo Concedente. Deste modo, tendo o art. 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) estabelecido que “a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular”, seu art. 183 atribuiu ao Poder Executivo a regulamentação das concessões. A Resolução ANAC nº 377/2016 dispôs, então, em seu art. 14 que “a concessão para operar permanecerá válida enquanto a empresa mantiver todas as condições técnicas e operacionais definidas pela ANAC e atender as demais leis e normas infralegais aplicáveis”. Assim, embora os contratos continuem sendo celebrados com as companhias aéreas por prazo certo, atualmente com vigência estabelecida em 10 anos, sua prorrogação se dá automaticamente, até que advenha alguma das causas de extinção indicadas no art. 18 da Resolução ANAC nº 377/2016, que inclui a constatação de risco à segurança operacional, o descumprimento reiterado da legislação ou do contrato de concessão, a perda do certificado de operador aéreo, entre outras.

Em geral, no entanto, ao menos algum dos motivos acima referidos continuam presentes, justificando-se assim que as concessões disponham de um prazo máximo total definido. As prorrogações devem, então, ser compreendidas como oportunidades de manter a prestação do serviço sob a responsabilidade de um concessionário que o esteja desempenhando de maneira adequada, com qualidade, eficiência e demonstrando uma boa

¹⁰⁰⁸ “Há, por exemplo, importante segmento dos serviços públicos para o qual a própria Constituição Federal assegura a continuidade do vínculo, autorizando — e até incentivando — a prorrogação sucessiva das concessões. Trata-se do setor de radiodifusão. (...) Aliás, a opção claramente assumida pelo Constituinte foi pela continuidade do vínculo, pois exigiu que a não renovação da outorga contasse com a aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional em votação nominal (art. 223, §2º).” (SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte - RDPE**, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.)

performance. Como foi possível observar acima, no subcapítulo 5.2, há vantagens e desvantagens tanto para o Poder Concedente, quanto para o concessionário pelo fato de a regulação dos serviços públicos se dar por meio de um vínculo aprazado. De todo modo, tendo havido a decisão — em geral, tomada pelo legislador — de optar pelo modelo de regulação contratual, o mesmo deve ser respeitado. O regime jurídico que se estabelece deve ter o objetivo de buscar o melhor equilíbrio possível entre as vantagens que podem ser extraídas desse sistema temporal. Não se discute que os vínculos contratuais nas concessões de serviço público devem ter um fim. Estabelecer qual o prazo ideal em cada caso é o desafio que se apresenta e não é tarefa fácil, pois depende da ponderação de uma série de fatores. O sistema de prorrogações, expressamente permitido pelo art. 175 da Constituição, confere certa flexibilidade a esse aprazamento dos contratos, uma vez que viabiliza que, ao longo do tempo, o Poder Concedente tenha oportunidades de avaliar se deve ou não seguir com aquele concessionário.

Segundo esse racional, o ideal é que haja o maior número possível de oportunidades para que avaliações desse tipo possam ser feitas. Assim, embora possa ser desejável que — naquelas situações em que a execução do contrato transcorre à contento — haja a possibilidade de se estender o contrato por prazos razoavelmente longos, de modo a evitar as mudanças muito frequentes de concessionários; a existência de marcos de verificação periódica não tão afastados só favorece que se possa assegurar que um serviço de qualidade seja oferecido aos usuários. Deste modo, em princípio, no plano ideal, os contratos de concessão de serviço público devem ter um limite estendido em relação ao seu prazo máximo, antes que uma nova licitação se torne obrigatória, conjugado com prazos iniciais, assim como os decorrentes das prorrogações, estipulados no menor tempo possível, que permita aliar a amortização dos investimentos necessários com o princípio da modicidade tarifária¹⁰⁰⁹.

São nesse sentido as recomendações de Williamson, ao defender que, quando se utiliza a técnica contratual para a regulação dos serviços, o ideal é que tais contratos sejam firmados pelo menor prazo possível, embora sua recomendação esteja, em grande parte,

¹⁰⁰⁹ Tendo em vista os vultosos investimentos que normalmente envolvem uma concessão, naturalmente é esperado que os prazos estipulados sejam longos. Quando se refere ao menor tempo possível, é preciso ter isso em mente. Relevantes a esse respeito as reflexões de Rafael Schwind quanto ao lado negativo de “*um prazo dividido em bloco inicial e prorrogações sucessivas*”, especialmente quando “*se estabelecer um prazo inicial mais curto e a possibilidade de sucessivas prorrogações*”, já que “*o parceiro privado não poderá calcular a viabilidade da PPP levando em conta que todas as prorrogações possíveis serão aplicadas. O seu direito é apenas que o prazo original seja observado.*” É esse, portanto, o prazo que deverá ser suficiente para a amortização pretendida. (SCHWIND, Rafael Wallbach. Prazo de vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, pp. 56 e 57)

associada à ideia de facilitar o exercício da função regulatória, especialmente no que diz respeito à adaptação do regime jurídico aplicável àquela dada atividade, no contexto de um sistema jurídico que não admite a alteração unilateral dos contratos administrativos¹⁰¹⁰:

Contratos recorrentes de curto prazo. Uma das principais vantagens da contratação recorrente de curto prazo sobre contratações de longo prazo é que os contratos de curto prazo facilitam a tomada de decisões adaptativas e sequenciais. Assim, evitam-se exigências como as de que as contingências sejam descritas de forma abrangente e as adaptações adequadas a cada trabalho sejam justificadas com antecedência. Em vez disso, o futuro pode ir se desdobrando e as adaptações podem ir sendo introduzidas em cada intervalo de renovação do contrato, considerando apenas os eventos que efetivamente se materializaram. Dito de outra forma, as pontes são cruzadas uma (ou algumas) de cada vez, à medida que ocorrem eventos específicos. Quando comparado com o sistema de reivindicações contingentes, que requer que a árvore de decisão completa seja gerada previamente, de modo que todas as pontes possam ser cruzadas com antecedência, o sistema de tomada de decisão adaptativo e sequencial economiza muito a racionalidade limitada.

George Priest também questiona os contratos de duração muito extensa¹⁰¹¹:

Durações dessa extensão para as franquias obviamente complicam a especificação de uma estrutura de preço e qualidade mínima de serviço. Mesmo confiante em estimar o preço competitivo para hoje, quem pode prever o preço competitivo em trinta anos? Como veremos, no entanto, as franquias de *utilities* também incorporaram muitas disposições que permitem o reajuste de elementos básicos, o que dificulta a análise das implicações de um prazo inicial de trinta ou cinquenta anos.

Quanto à estipulação de prazos limitadores máximos, que levem em consideração tanto o período inicial como todos os períodos subsequentes de prorrogação, Lino Torgal reconhece que “*a soma do prazo máximo contratualmente previsto para a prorrogação premial*¹⁰¹² *com o prazo original do vínculo não poderá exceder o limite máximo de duração*

¹⁰¹⁰ **“Recurrent short-term contracts.** A leading advantage of recurrent short-term contracting over long-term contracting is that short-term contracts facilitate adaptive, sequential decision-making. The requirements that contingencies be comprehensively described and appropriate adaptations to each worked out in advance are thereby avoided. Rather, the future is permitted to unfold and adaptations are introduced, at contract renewal intervals, only to those events which actually materialize. Put differently, bridges are crossed one (or a few) at a time, as specific events occur. As compared with the contingent claims contracting requirement that the complete decision tree be generated, so that all possible bridges are crossed in advance, the adaptive, sequential decision-making procedure economizes greatly on bounded rationality.” (WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 83)

¹⁰¹¹ “Franchise durations of such length obviously complicate the specification of a price structure and minimum quality of service. Even if confident in estimating today's competitive price, who can predict the competitive price in thirty years? As we shall see, however, utility franchises also incorporated many provisions allowing readjustment of basic provisions which make difficult analysis of the implications of the thirty- or fifty-year basic term.” (PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, n° 1, part 2, abr. 1993, p. 309)

¹⁰¹² Recordar-se que esse autor utiliza a expressão prorrogação premial para referir aquela espécie de prorrogação que nesta tese denominamos como convencional e que, usualmente, é referida pela doutrina brasileira como prorrogação por interesse público.

*fixado em abstrato por lei administrativa especial*¹⁰¹³. A legislação portuguesa estabelece um prazo máximo, que incorpora os períodos de prorrogação, fixando-o, na ausência de disposição contratual específica, em 30 anos, por força do disposto no art. 410 do Código de Contratos Públicos¹⁰¹⁴:

2 - Na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista, sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo.

Também na Espanha, o art. 29, apartado 6, da Ley 9/2017,¹⁰¹⁵ estipula prazos máximos de duração dos contratos de concessão, incluindo os períodos de prorrogação, sem estabelecer uma quantidade máxima desses eventos:

Em qualquer caso, a duração dos contratos de concessão de obras ou a concessão de serviços a que se refere o segundo parágrafo do presente dispositivo não deve exceder, incluindo possíveis prorrogações:

- a) Quarenta anos para contratos de concessão de obras, e para a concessão de serviços que compõem a execução de obras e a operação do serviço.
- b) Vinte e cinco anos em contratos de prestação de serviços que compõem a operação de um serviço não relacionado à prestação de serviços de saúde.
- c) Dez anos em contratos de concessão de serviços que compõem a operação de um serviço cuja finalidade consiste na prestação de serviços de saúde desde que não se encarem no ponto (a).

Na União Europeia, a Diretiva 2014/23/UE, que trata dos contratos de concessão, em seu considerando 52, estabeleceu que, ao fixar a duração dos contratos de concessão de serviço público, a autoridade administrativa competente deve cuidar para que não feche o mercado para a concorrência por um prazo excessivamente longo, sob o risco de causar entraves à livre concorrência e à liberdade empresarial¹⁰¹⁶. Deste modo, a recomendação aos

¹⁰¹³ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, pp. 239 e 240.

¹⁰¹⁴ PORTUGAL. Legislação. **Decreto-Lei nº 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. *Código dos contratos públicos*. Disponível em http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf. Consultado em 8 de junho de 2019.

¹⁰¹⁵ *En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del presente apartado, no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de: a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio. b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios. c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).* (ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019)

¹⁰¹⁶ “A fim de evitar o encerramento do mercado e a restrição da concorrência, importa limitar a duração da concessão. Além disso, é provável que as concessões com uma duração muito longa resultem no encerramento

Estados-membros é no sentido de que a duração deve ser aquela indispensável para a recuperação dos investimentos. A mesma recomendação se aplica às prorrogações, que não devem ter duração mais longa do que aquela necessária para amortizar os investimentos que sejam previstos para o período de tempo suplementar.

No Brasil, embora pouco frequentes, são louváveis iniciativas como o do Decreto nº 9.048/2017, cujo art. 19 estabeleceu um limite máximo temporal, de 35 anos para o prazo a ser inicialmente ajustado nos contratos de concessão e arrendamento portuário, permitindo a sua prorrogação por sucessivas vezes, sem impor limite quantitativo, nem duração individual das prorrogações, mas restringindo a soma de todos os períodos possíveis ao limite de 70 anos, a partir de quando o Poder Concedente obrigatoriamente deverá recorrer ao mercado, por meio de uma licitação seguida de nova contratação.

O que não se justifica, no entanto, sob nenhuma ótica, é a prática arraigada na tradição jurídica brasileira de contratos de concessão com prazo “prorrogável uma única vez, por igual período”. Na experiência que se colhe do direito comparado também não se identificam práticas similares. Em Portugal, Lino Torgal¹⁰¹⁷, ao contrário, adverte que o prazo da prorrogação não deve equivaler ao prazo original, nem ser dele próximo:

De todo modo, diríamos que a duração máxima admissível da prorrogação que venha a ser, caso a caso, discricionariamente fixada, não deve equivaler à duração inicial do contrato ou, sequer, a um período próximo dela. Se, como foi referido, a decisão de continuidade do concessionário se poderá justificar à luz de considerações específicas e transitórias, a verdade é que essa mesma decisão vem obstar à (re)abertura ao mercado da atividade pública concedida, podendo, dessa forma, impossibilitar o eventual advento de uma proposta (e, ulteriormente, a celebração de um contrato) com atributos mais favoráveis para o interesse público.

Na França, onde os contratos de concessão sempre se entenderam como *intuitu personae*, não estando submetidos tradicionalmente sequer à necessidade de prévia licitação, depois da chamada *Loi Sapin*, as possibilidades de prorrogação restaram bastante reduzidas. Excluídos os casos de prorrogação para o fim de reequilibrar o contrato, as demais hipóteses de prorrogação foram limitadas à duração máxima de um ano, havendo quem defenda

do mercado, podendo desse modo causar entraves à livre circulação de serviços e à liberdade de estabelecimento. Todavia, tal duração poderá justificar-se se for indispensável para o concessionário poder recuperar os investimentos planeados para a realização da concessão, bem como para obter a remuneração do capital investido.” UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/23/UE**, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. *Relativa à adjudicação de contratos de concessão*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/>

HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=pt. Consultado em 10 de julho de 2019

¹⁰¹⁷ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 239.

atualmente o entendimento de que, com a aprovação da recente Lei de Concessões¹⁰¹⁸, estariam vedadas quaisquer iniciativas de prorrogação meramente por interesse público¹⁰¹⁹.

No Brasil, a lei geral de concessões (Lei nº 8.987/95) deixa bastante espaço para que a Administração Pública estabeleça o desenho que entender mais conveniente para a temporalidade dos contratos. Não estabelece prazos máximos nem mínimos, nem impõe limites para a quantidade de vezes que o contrato pode ser prorrogado¹⁰²⁰. É verdade que a Lei nº 11.079/2004, ao disciplinar as parcerias público-privadas, impõe limites mínimos e máximos aos contratos de concessão especialmente por ela regulados e diversas leis setoriais também o fazem. Causa, assim, certa estranheza a insistência no modelo de iguais períodos, que não reflete o conteúdo das determinações legislativas e não faz sentido do ponto de vista da lógica econômica. Se originalmente foi calculado um prazo determinado para a amortização dos investimentos então reconhecidos como necessários; como sequer cogitar que, ao final desse prazo, normalmente alongado, haja novos investimentos e obrigações cuja amortização deverá demandar exatamente o mesmo período de tempo?¹⁰²¹ Seria uma coincidência incrível e altamente improvável que situação desse tipo ocorresse.

Independentemente das limitações e parâmetros estabelecidos para as prorrogações dos contratos de concessão, é importante ressaltar que se trata, em última análise, como vimos

¹⁰¹⁸ FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Ordonnance sur l'attribution de contrats de concession*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/1/29/2016-65/jo/texte>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

¹⁰¹⁹ HAUTON, Marianne. L'extension de la durée des contrats de concession. In: **Contrats Publics**, *Moniteurjuris*, nº 183, jan. 2018. Disponível em [https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2018/01/L%](https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2018/01/L%E2%80%99extension-de-la-dur%C3%A9e-des-contrats.pdf)

[E2%80%99extension-de-la-dur%C3%A9e-des-contrats.pdf](https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2018/01/L%E2%80%99extension-de-la-dur%C3%A9e-des-contrats.pdf). Consultado em 22 de novembro de 2019, p. 52.

¹⁰²⁰ “A lei também foi aberta em relação à prorrogação desses contratos. Não houve limitação quanto ao número possível de prorrogações; a lei apenas estabeleceu como cláusula necessária aos contratos de concessão a que tratasse das ‘condições para prorrogação do contrato’ (art. 23, XII). Os requisitos para prorrogação, inclusive o número de vezes em que será admitida, devem ser disciplinados no próprio contrato” (SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte - RDPE**, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013) e “A Lei nº 8.987/1995, cumprindo a função de lei geral sobre o tema, interessadamente nada dispôs sobre o limite do prazo de duração dos contratos de concessão de serviços públicos, e nem tampouco sobre o limite do número de prorrogações.” (FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 291)

¹⁰²¹ “(...) se a alteração do objeto é legítima, causará estranheza que ela produza uma extensão de prazo, e.g., equivalente ao prazo original do ajuste, exemplo frequentemente apresentado pela doutrina como de extensão ilegítima. Se o custo adicional associado à alteração é equivalente ao objeto original do contrato — tanto assim que o prazo necessário para amortizá-lo é o mesmo —, o quadro parece indicar que não se tratava na realidade de uma alteração necessária à melhor execução daquele objeto, mas de objeto diverso e autônomo, que deveria ser submetido a licitação própria.” (BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro** (edição especial), Rio de Janeiro, p. 213)

anteriormente, de uma decisão discricionária da Administração Pública, por meio da qual caberá ao agente público competente avaliar se há interesse na prorrogação em comparação com as alternativas disponíveis. Nesse caso, deverá levar em conta todas as circunstâncias do caso. Não somente se a organização de uma nova licitação ou a assunção da atividade para ser prestada diretamente pela Administração Pública se revelam como opções menos vantajosas, a autorizar a prorrogação. Haverá de levar em conta, também, se há opções de reequilíbrio contratual mais convenientes, se for essa a finalidade da prorrogação cogitada, por exemplo. Ou se seria mais vantajosa uma contratação emergencial ao invés de uma prorrogação emergencial para permitir o tempo necessário para a organização de uma nova licitação. A decisão quanto a prorrogar ou não o contrato deverá levar em conta todos os elementos envolvidos e deverá, evidentemente, ser fundamentada¹⁰²².

Deve-se ressaltar, ainda, que o ideal é que o contrato ofereça parâmetros para pautar a decisão administrativa¹⁰²³. Devem ser evitadas, portanto, as chamadas cláusulas em branco¹⁰²⁴, que contenham uma mera autorização genérica para a prorrogação. Como adverte Flávio Amaral, cláusulas excessivamente detalhadas também não são desejáveis, pois criariam amarras obstrutivas para o gestor, que precisa lidar com um contrato de longo prazo, incompleto, que demanda logicamente alguma flexibilidade¹⁰²⁵.

O ideal, portanto, como se viu, é que a cláusula deixe claro qual é o prazo inicial do contrato e qual o prazo máximo que a execução contratual poderá atingir, considerando-se todas as prorrogações possíveis, a partir de quando a Administração Pública fica obrigada a proceder à licitação. Quando se entender conveniente, a cláusula contratual poderá prever

¹⁰²² GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, pp. 236 e 237.

¹⁰²³ A prática brasileira nem sempre prima por contratos com cláusulas precisas e minuciosas. Como bem observa Letícia Queiroz, com saborosa comparação com a culinária francesa. Naquele país, tanto as receitas quanto os “*cahiers de charges*” dos contratos de concessão costumam ser bem mais detalhados: “*Com efeito, diversamente do que ocorre na França, em que as condições de prestação de serviços pela própria Administração Pública são estipuladas com precisão e minúcia que caracterizam as descrições francesas — desde suas leis às receitas de sua famosa culinária —, a aplicação de tal critério à realidade brasileira teria que se basear em abstrações, porquanto a disciplina infralegal dos serviços prestados diretamente pela Administração Pública não costuma fornecer indicação minuciosa das condições em que serão desenvolvidos.*” (ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, p. 113)

¹⁰²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 554; GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 230; MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, p. 220; OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Oliveira Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 267; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 243 e TORRALBA, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 235.

¹⁰²⁵ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 230.

também limite máximo da quantidade de vezes que o contrato poderá ser prorrogado ou períodos máximos de tempo de que cada prorrogação poderá se revestir. Como já se referiu, a prática consagrada no Brasil de estabelecer a possibilidade de prorrogação “uma única vez por igual período” não parece adequada. Trata-se de solução que não se compatibiliza com a presunção de que o prazo contratual deve estar relacionado ao tempo necessário e suficiente para a amortização dos investimentos.

Nesse sentido, o que ora se preconiza é que os prazos de concessão sejam fixados na menor extensão que permita conciliar a amortização dos investimentos necessários com a modicidade tarifária. Quanto menor for esse prazo, mais reduzidas serão as chances de surgirem eventos de desequilíbrio contratual e mais simples será a sua correção. Também será reduzida a probabilidade de surgirem razões que imponham a antecipação do momento da prorrogação, já que não terá sido fixado em data muito distante; assim como do surgimento de problemas que imponham a extinção antecipada do contrato. A administração contratual será tanto mais simples como menor for o prazo da execução contratual.

Por outro lado, deve-se considerar também que há vantagens associadas à manutenção do concessionário, quando o mesmo esteja provendo um serviço de qualidade e adequado¹⁰²⁶. Prazos muito curtos poderiam criar embaraços relacionados a uma constante troca do concessionário, o que pode gerar custos e ineficiências indesejáveis. As prorrogações podem ser um instrumento contratual valioso para contornar esses problemas. No entanto, como não podem redundar em uma execução contratual por tempo indeterminado, será sempre necessário estabelecer um prazo máximo, a partir de quando será imprescindível ir ao mercado para colher novas propostas.

Deste modo, valendo-se da mesma lógica referida para a determinação do prazo inicial, também é ideal que os prazos de cada prorrogação sejam fixados no menor período de tempo possível para conciliar amortização de investimentos e modicidade tarifária. Em princípio, não se vê vantagem em limitar a quantidade de prorrogações possíveis. Fixado um prazo total máximo, consideradas todas as prorrogações, pode-se concluir que quanto maior for o número de prorrogações melhor, já que isso significará que cada uma delas foi fixada em período consideravelmente curto. Caso se entenda conveniente a limitação do número de

¹⁰²⁶ Nesse sentido, Jèze já apontava para a necessidade de se assegurar certa estabilidade aos contratos de concessão de serviço público: “*On ne conçoit pas une concession du service public faite pour quelques mois. C’est d’ordinaire pour 25, 30, 40, 50, 60, 75 ans que le contrat de concession est conclu. Le besoin de stabilité est éprouvé par l’administration par le public, par le concessionnaire.*” (JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**, tome 3: le fonctionnement des services publics. Reimpressão da edição de 1926. Paris, Dalloz, 2011 p, 368)

prorrogações, em princípio, será recomendável que seja autorizada uma quantidade razoável, não havendo razão para limitá-las a uma única. Vislumbra-se assim, como ideal, situações em que seja viável estabelecer um prazo inicial relativamente curto, com a previsão de um prazo maior como limite global, sem limitação da quantidade de vezes em que poderá ser prorrogado, como na seguinte cláusula hipotética:

A presente concessão é estabelecida pelo prazo inicial de 12 (doze) anos, considerando a amortização de todos os investimentos ora previstos, podendo ser prorrogada quantas vezes for necessário, qualquer que seja a finalidade da prorrogação, a critério da Administração Pública e caso haja interesse do concessionário, até o limite máximo de 40 (quarenta) anos, quando será obrigatoriamente extinto este contrato.

Preconiza-se, também, à luz de tudo quanto já exposto, que as cláusulas deixem clara a vinculação da Administração Pública nos casos em que se pretenda instituir prorrogações premiais. Nesses casos, será imprescindível indicar quais são as metas que deverão ser atingidas para gerar o direito adquirido à extensão de prazo, as quais devem ser facilmente distinguíveis dos parâmetros de qualidade ordinários impostos ao concessionário para a execução contratual e das condições a serem comprovadas para que as prorrogações convencionais possam ser deferidas pela Administração Pública, caso entenda conveniente e oportuna.

Também no que se refere às prorrogações para fins de reequilíbrio, é desejável que seja indicado expressamente no contrato se haverá um prazo máximo global, a envolver qualquer tipo de prorrogação ou se, além das prorrogações convencionais, haverá um outro limite específico para as prorrogações para fins de reequilíbrio. Nada impede, ainda, que o contrato vede alguma das espécies de prorrogação. Como se viu anteriormente, em contratos que foram firmados para a exploração de infraestruturas aeroportuárias foram inseridas cláusulas que não preveem prorrogações convencionais, pelo que se conclui que são vedadas, havendo, não obstante, autorização expressa para as prorrogações destinadas ao reequilíbrio contratual, as quais foram limitadas à duração máxima de 5 (cinco) anos. Pode-se vislumbrar também a hipótese inversa: um contrato que admita apenas as prorrogações convencionais e vede as prorrogações que tenham por objetivo reequilibrar o contrato. Como se viu, o direito do concessionário é ao equilíbrio contratual e não às formas disponíveis para recuperá-lo. Caso haja esse tipo de vedação, a revisão contratual deverá encontrar outra forma para efetivar a compensação devida.

7. Encerramento do prazo contratual

7.1. Relicitação: encerramento antecipado do prazo por acordo entre as partes

A introdução do instituto da relicitação pela Lei nº 13.448/2017 é, como se viu, um dos fenômenos de reação à crise que se abateu recentemente no ordenamento jurídico brasileiro quanto à existência de prazos fixos nos contratos de concessão. Trata-se de solução concebida para aqueles casos em que o concessionário demonstra não possuir mais a capacidade de manter a regular prestação do serviço e adimplir com as suas obrigações. Permite-se, então, a celebração de um **acordo entre o Poder Concedente e o concessionário para o encerramento antecipado da vigência contratual**¹⁰²⁷.

Esse mecanismo foi concebido especificamente para ser aplicado nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, naqueles casos em que os respectivos contratos estejam devidamente qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, como se extrai da combinação dos arts. 2º e 13 da lei, já que foram esses os setores identificados como mais sensíveis do ponto de vista das dificuldades econômicas que vêm sendo enfrentadas pelos concessionários. No entanto, embora se trate de instituto recentemente disciplinado em lei, não se deve imaginar que seja uma novidade a retomada de concessões pelo Poder Concedente, antes do término inicialmente fixado para o encerramento do contrato. Na verdade, faz parte das suas prerrogativas como titular do serviço, retomá-lo a qualquer tempo, seja para passar a prestá-lo diretamente ou para proceder a uma nova licitação. Isso pode ocorrer por razões de interesse público, que independam da performance do concessionário, como ocorre nos casos de encampação, de que já se cuidou ou em face da perda das condições de habilitação ou da inadimplência do concessionário, quando pode se justificar a decretação da caducidade da concessão, prevista no art. 38 da lei nº 8.987/95.

Por essa razão, deve-se tomar com cuidado a afirmação de Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Caggiano, no sentido de que a introdução do instituto da relicitação no ordenamento jurídico brasileiro reflete “*a força da realidade se impondo ao otimismo desmedido que animou diversos projetos licitados recentemente*”. É preciso

¹⁰²⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e respostas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017 e FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017, pp. 175 e 176.

considerar que a inadimplência do concessionário é uma conduta ilícita, que merece reprimenda. As sanções estão previstas em lei e no respectivo contrato e podem resultar, quando especialmente grave a inadimplência, na aplicação da pena de caducidade, com a extinção antecipada do contrato. Deste modo, é preciso ter cautela com a identificação de quais são os casos em que se pode lançar mão da relicitação, razão pela qual o art. 14, §2º, I da Lei nº 13.448/2017 impõe ao concessionário que apresente as justificativas e elementos técnicos que demonstrem a necessidade e conveniência de lançar mão dessa modalidade de extinção antecipada consensual. É preciso atentar aos chamados riscos morais (ou *moral hazards*, como denominados na literatura regulatória anglo-americana) envolvidos nessa decisão, de que se cuidará um pouco mais à frente.

Não se deve imaginar, no entanto, que, mesmo antes da nova disciplina legal não fosse possível a chamada “devolução” de uma concessão. A rescisão amigável de um contrato, afinal, é sempre uma opção à disposição das partes. Como recorda Guglielmi, do mesmo modo que as partes decidiram criar o vínculo contratual, podem decidir desfazê-lo¹⁰²⁸. Relevante observar, contudo, como recorda Helène Hoepffner, que a extinção antecipada dos contratos geralmente decorre de uma situação patogênica. Ainda assim, ela pode resultar de uma determinação unilateral da Administração, em uma decisão de cunho sancionatório, ou de um acordo entre as partes, quando houver a possibilidade de construção de um consenso e a lei assim permitir¹⁰²⁹. A importância da Lei nº 13.448/2017, portanto, foi a de deixar claro quais os parâmetros que devem estar presentes para que uma solução consensual possa ser construída entre as partes, excluindo-se a aplicação de sanções administrativas, além de indicar quais as condições de que deve se revestir esse negócio jurídico extintivo do contrato em vigor.

¹⁰²⁸ “*Ce que les parties ont fait, elles peuvent de défaire. Les contrats de transfert de la gestion opérationnelle des services publics, quoiqu’administratifs, restent avant tout des contrats. L’indemnité — ou son absence — est alors le fruit d’une négociation. Certaines dispositions des contrats de concession prévoient par exemple que la personne publique pourra reprendre la gestion du service dans une période précédant l’échéance du terme. On utilise quelquefois pour décrire cette situation le terme impropre de rachat contractuel. Il s’agit en fait soit d’une résiliation dans l’intérêt du service accompagnée d’un accord sur l’indemnité, soit d’un avenant intégrant l’accord.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Drôit du service public**. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 817)

¹⁰²⁹ “*Les parties peuvent également décider de réduire la durée du contrat en anticipant la réalisation du terme initialement convenu. Le plus souvent, cette modification est le résultat d’une situation pathogène: en réduisant la durée de leur contrat, les parties visent à éteindre la relation contractuelle, à rompre le contrat initial. (...) La résiliation anticipée peut d’abord être conventionnelle. En effet, comme en droit civil, la fin anticipée du contrat, avant la réalisation intégrale de son objet ou l’expiration de la durée pour laquelle il avait été conclu, peut faire l’objet d’un accord de volonté entre les parties. (...) La résiliation anticipée peut ensuite être unilatérale. Celle-ci occupe une place importante. (...) La résiliation peut, en premier lieu, être utilisée comme un moyen de sanction en cas de manquement de l’un des cocontractants à ses obligations contractuelles.*” (HOEPFFNER, Helène. **La modification du contrat administratif**. Paris: LGDJ, 2009, p. 236)

Não sendo possível o acordo, nos termos da lei, ou o contrato deve continuar a ser executado a contento, ou não haverá alternativa que não a decretação da caducidade. Note-se que o legislador condicionou a concretização definitiva da “devolução” da concessão, a que haja algum outro interessado em assumir a condição de concessionário, por meio de uma nova licitação, que deverá ser organizada pelo Poder Concedente. Formando-se o consenso entre as partes, a lei permite, então, que sejam, inicialmente, estabelecidas uma série de alterações contratuais, por meio de aditivo a ser firmado, que estabelecerá um regime especial a vigorar durante o período de transição¹⁰³⁰, enquanto uma nova licitação é organizada, exatamente o que permitirá ao concessionário incumbente manter a exploração do serviço, suspendendo investimentos que seriam obrigatórios, na forma do art. 15 da Lei nº 13.448/2017. A extinção definitiva do contrato só ocorrerá, contudo, se um novo concessionário se apresentar. Caso a licitação não seja bem sucedida, o regime de transição será encerrado e o contrato voltará a ser executado sob as condições originais, podendo ser retomado ou instaurado, quando cabível, o processo de caducidade, tendo o concessionário renunciado ao período de cura, previsto no art. 38, §3º da Lei nº 8.987/95, como condição para a sua adesão à relicitação. Caso a licitação seja exitosa, o novo concessionário assumirá. Segundo Carolina Zaja, a relicitação alia “*descumprimento contratual, renegociação e extinção do contrato sem solução de continuidade*”¹⁰³¹.

Deve-se considerar, de todo o modo, que a relicitação pode ser uma opção bastante mais vantajosa, não só para o concessionário, mas também para o Poder Concedente. Os processos de caducidade, não se pode olvidar, são processos administrativos sancionatórios e devem garantir o exercício do amplo direito de defesa do concessionário, além de lhe ser assegurada a prerrogativa de corrigir as falhas e transgressões identificadas. Apenas depois de observado o devido processo legal, com o exercício do contraditório e tomada a decisão final, é que poderá ser iniciado o processo de licitação para a contratação de um novo

¹⁰³⁰ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo**: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 194.

¹⁰³¹ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo**: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 188)

concessionário, o que também não se conclui em pouco tempo, sem contar com a possibilidade de instauração de complexo, demorado e custoso contencioso judicial¹⁰³².

É preciso cuidar, no entanto, para que o instituto da relicitação não se torne uma espécie de “tábua de salvação” para licitantes irresponsáveis, que tenham obtido suas concessões à custa de propostas sabidamente inviáveis ou mal elaboradas por falta de competência, de experiência ou, até mesmo, por má-fé. Pautando-se nos estudos de Demserz¹⁰³³ e Williamson¹⁰³⁴, César Mattos destaca que, para Demserz, a modalidade de leilão por menor preço seria sempre a melhor opção, pois esse seria o mais eficiente “*mecanismo de revelação da informação sobre o preço ótimo do serviço regulado para o regulador (uma preciosidade em um contexto de assimetria de informação sobre custos)*”¹⁰³⁵, mas alerta para as considerações de Williamson quanto ao risco, nesses casos, de se estimular “*uma tendência sistemática dos participantes do certame a realizar lances excessivamente baixos*”, acreditando “*serem capazes ex post de convencer o regulador a permitir o incremento dos preços dos serviços acima daquilo que foi resultado do lance no leilão*”¹⁰³⁶. Esse risco moral (*moral hazard*) é especialmente elevado em licitações pelo menor preço, em que licitantes “aventureiros” podem estar dispostos a assumir riscos “políticos”¹⁰³⁷. Segundo os autores, quanto menor for a capacidade dos reguladores de se comprometer *ex ante* a não renegociar as condições contratuais *ex post*, maior a chance de que os lances reflitam menos a eficiência econômica do licitante e se apoiem, ao reverso, nas conexões políticas existentes¹⁰³⁸.

¹⁰³² “O tempo, aliás, se configura em fator econômico determinante a ser considerado pelo poder público. O procedimento de caducidade não é célere, envolve a fase de ‘cura’, já mencionada, na qual será necessário conceder prazo razoável para a defesa e correção de falhas à concessionária e, ainda, o tempo para realização de nova licitação (período no qual a Administração está, também, responsável pelo objeto licitado).” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo**: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 200)

¹⁰³³ DEMSERTZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n 1. Chicago: The University of Chicago Press, abr. 1968.

¹⁰³⁴ WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976.

¹⁰³⁵ MATTOS, César. Concessões de rodovias e renegociação no Brasil. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas**: experiências, desafios e propostas. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 68.

¹⁰³⁶ *Idem*.

¹⁰³⁷ “The upshot is that, although franchise awards can be reduced to a lowest bid price criterion, this is apt to be artificial if the future is uncertain and the service in question is at all complex. Such awards are apt to be arbitrary and/or pose the hazard that “adventurous” bids will be tendered by those who are best suited or most inclined to assume political risks. Again, this gives rise to execution issues, to which we now turn.” (WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 81)

¹⁰³⁸ “(...) os limites de até onde cada candidato conseguirá renegociar o preço do serviço são definidos também pela capacidade percebida de cada um fazer lobby no governo. (...) Assim, mesmo que um candidato seja menos

ou na confiança de falta de condições do regulador em resistir a pleitos futuros de alteração das condições licitadas. É importante que a relicitação não seja usada para casos como esse.

Não cabe ao Poder Concedente resolver as frustrações do concessionário que tenham sido causadas por sua própria culpa, sob o risco de que isso acabe incentivando propostas irrealistas, elaboradas de maneira oportunista com a expectativa de que o Poder Concedente sempre virá em socorro do concessionário. A relicitação não deve ser um antídoto para o que Richard Thaler denomina a maldição do vencedor (*the winner's curse*)¹⁰³⁹, apresentando variados exemplos de comportamentos anômalos que podem acabar sendo incentivados, dentre os quais se incluem propostas desastradas em licitações, que acabam provocando sérios prejuízos ao vencedor. Como adverte Williamson¹⁰⁴⁰, a inexistência de uma presunção sólida de que o vencedor da licitação executará o contrato até o seu final, pode acabar distorcendo a própria natureza do contrato de concessão, concebido necessariamente como um contrato de longo prazo:

Vamos admitir, para efeitos desta subseção, que há uma forte presunção de que o vencedor da concorrência de licitação será o fornecedor do serviço de utilidade pública durante todo o período de contrato. Somente em caso de mal desempenho notório e persistente seria feito um esforço para substituir o franqueado vencedor.

A suposição é apoiada pelas seguintes considerações. Em primeiro lugar, a concessão de um contrato de longo prazo contempla claramente que o vencedor será o fornecedor durante um período considerável. Uma das principais razões para fazer o contrato a longo prazo é dar ao fornecedor os incentivos necessários para implantar ativos de longa duração. Se qualquer leve falha de desempenho em relação às expectativas do franqueador pudesse

eficiente do ponto de vista econômico, com um custo marginal superior, sua 'eficiência política' percebida superior pode mais do que compensar a ineficiência econômica e fazer com que ele ganhe o leilão." (MATTOS, César. Concessões de rodovias e renegociação no Brasil. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, pp. 74 e 76). No mesmo sentido, Williamson: "*In circumstances in which renegotiation is common and perhaps vital to the profitable operation of a franchise, political skills assume special importance. Prospective suppliers who possess superior skills in least cost supply respects but who are relatively inept in dealing with the franchising bureaucracy and in influencing the political process are unlikely to submit winning bids.*"¹⁴ *To the extent that political skills override objective economic skills, the advantages of franchising over regulation are placed in question.*" (WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 83)

¹⁰³⁹ THALER, Richard H. **The winner's curse: paradoxes and anomalies of economic life**. Nova Iorque: The Free Press (Macmillan Inc.), 2012.

¹⁰⁴⁰ "*I assume, for the purposes of this subsection, that there is a strong presumption that the winner of the bidding competition will be the supplier of the public utility service over the entire contract period. Only in the event of egregious and persistent malperformance would an effort be made to replace the winning franchisee. The assumption is supported by the following considerations. First, the award of a long-term contract plainly contemplates that the winner will be the supplier over a considerable period. A leading reason to make the contract long term is to provide the supplier with requisite incentives to install long-lived assets. If any slight failure to perform in accordance with the franchisor's expectations would occasion rescission of the franchise, the long-term contract would be a fiction and its investment purposes vitiated.*"(WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 81)

ocasionar a rescisão da franquia, o contrato de longo prazo seria uma ficção e seus propósitos de investimento seriam comprometidos.

Como adverte Guglielmi, a mesma importância de atribuir ao concessionário de boa-fé a oportunidade de recuperar os seus investimentos, deve ser atribuída à necessidade de evitar que o concessionário de má-fé se prevaleça das circunstâncias de um encerramento, antecipado ou natural, do contrato de concessão, para reivindicar indenizações indevidas¹⁰⁴¹. Também Flávio Amaral alerta para efeito perverso que pode surgir quando um licitante “*não elabora proposta séria e assume o risco de executar o contrato, mas intencionado a pleitear, ulteriormente, reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste*”¹⁰⁴². O grande risco a ser evitado é que um comportamento excessivamente leniente da Administração Pública, demonstrando grande disposição para aceitar a devolução de concessões, mesmo quando esteja claro que as dificuldades do concessionário foram criadas pelo seu próprio modo de agir — apresentando propostas excessivamente agressivas ou conduzindo de forma incompetente a atividade, para a qual não estava adequadamente preparado —, seja interpretado pelo mercado como um incentivo a manter esse tipo de conduta, ampliando assim os problemas ao invés de resolvê-los¹⁰⁴³.

A cautela que deve ser observada pela Administração Pública ao selecionar os casos que poderão ser objeto de uma relicitação servirá para evitar o famoso efeito da criação de ratos em cativeiro, que se observou quando, por recomendação de Oswaldo Cruz para combater uma grave epidemia de peste bubônica no Rio de Janeiro, foi criado, em 1903, o cargo de “ratoeiro”, cujos ocupantes tinham um salário baseado em uma parcela fixa, muito baixa e outra variável, dependente da quantidade de ratos recolhidos por cada um. A medida

¹⁰⁴¹ “*D’un autre côté, le délégataire qui a investi de bonne foi dans l’activité de service public transféré par concession ne doit pas être privé du gain normal qu’il espérait, alors que le délégataire qui contracterait de mauvaise foi, dans l’espoir d’une indemnisation provoquée, doit pouvoir être exclu des avantages exclusivement liés à la fin du contrat.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4^e ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 799)

¹⁰⁴² GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 221.

¹⁰⁴³ “Embora seja um instituto que reflita a perspectiva consensual do Direito Administrativo, sempre existe a possibilidade de ser interpretado como um desincentivo para boas contratações. Isso porque, eventuais futuros contratantes — diante da larga utilização da relicitação — podem se aventurar em contratações nas quais não tenham capacidade ou expertise, contando que, diante da ‘inviabilidade’, possam se valer de um término consensual.” e “Um governo que aceita devoluções com muita facilidade, indica ao mercado que ele pode ser menos conservador quando da licitação. As propostas apresentadas podem ser menos críveis — podem considerar, por exemplo, aumentos de demanda não amparados pela realidade e superestimar o crescimento econômico —, já que, uma vez não efetivadas as suas projeções, basta realizar um acordo com o Poder Concedente, suspender investimentos e extinguir o contrato. As falhas envolvendo risco moral e seleção adversa em futuras licitações poderiam se multiplicar.” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo**: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, pp. 135 e 189)

acabou criando um incentivo para que diversos moradores passassem a instalar criadouros de ratos em casa e até a “importar” ratos de cidades vizinhas, de modo a poder entregá-los às autoridades em troca da recompensa monetária¹⁰⁴⁴. Trata-se, portanto, de um mecanismo legal bastante sensível que, diante dos incentivos errados que pode transmitir ao mercado, deve ser utilizado com parcimônia e muita cautela, exatamente em razão da sutileza que muitas vezes pode envolver a caracterização da situação fática que justifique a relicitação. Carolina Zaja oferece considerações relevantes quanto ao contexto fático que pode justificar a sua utilização¹⁰⁴⁵:

Será um instrumento eficiente quando for usado, sob a perspectiva do particular, como medida para sanar situações em que o inadimplemento decorre de fatos alheios ao seu controle e que o levem a uma situação de incapacidade comprovada de cumprimento. Sob o ponto de vista do poder público, por sua vez, será útil quando a situação de anormalidade que gera a inviabilidade contratual seja de tal monta que o fará alterar premissas e diretrizes regulatórias a serem aplicadas e a própria modelagem do ajuste, resultado na necessidade de elaboração de um novo contrato.

Na verdade, só há que se cogitar de relicitação quando houver descumprimento contratual ou, ao menos, potencial descumprimento. Ou seja, naquelas situações em que o concessionário já comece a demonstrar que não terá condições de continuar executando a contento suas obrigações. A dificuldade reside em saber quais são os casos que poderiam permitir que, ao invés de aplicar as sanções cabíveis, o Poder Concedente admita negociar com o concessionário a interrupção precoce do vínculo contratual. Dentre os concessionários faltosos ou inadimplentes, o que poderia distinguir aqueles que merecem um tratamento especial? A referência a “*fatos alheios ao seu controle*”, utilizado pela autora acima referida não é bastante para caracterizar a situação em exame. Afinal de contas, se não há culpa do concessionário e se os fatos eram alheios ao seu controle, em princípio, seria o caso de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que pudesse continuar a ser executado normalmente.

¹⁰⁴⁴ “Tal medida surtiu grande euforia na população e sucesso na captura de ratos. Mas também estimulou ações contrárias ao combate da doença, como pessoas que criaram cativeiros de ratos em suas próprias casas, assegurando que sempre teriam um trocado a mais, chegavam a importar animais de cidades vizinhas, como Niterói, e viu-se que entre os animais incinerados no Desinfetório Central estavam alguns feitos de papelão e cera.” (CURY, Bruno da Silva Mussa. **Combatendo ratos, mosquitos e pessoas: Oswaldo Cruz e a saúde pública na reforma da capital do Brasil (1902-1904)**. 2012. Dissertação (Mestrado em história) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio, Programa de Pós-graduação em história, Rio de Janeiro, 2012, p. 84)

¹⁰⁴⁵ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, pp. 189 e 190.

Os casos de relibitação, no entanto, parece evidente, são aqueles em que o concessionário não tem direito a nenhuma compensação decorrente do desequilíbrio contratual. Ou, pelo menos, em que eventual reequilíbrio devido não se mostre suficiente para resolver os problemas enfrentados. Pode-se concluir, portanto, que a relibitação pode ser aplicada naqueles casos em que o contrato sofreu, de fato, um grave desequilíbrio que, no entanto, decorreu de fator cujo risco foi contratualmente assumido pelo próprio concessionário. Será necessário demonstrar, ainda — para que se possa lançar mão do instituto da relibitação — que o desarranjo contratual não era previsível. Trata-se, portanto, daqueles casos em que o concessionário apresentou uma proposta razoável e responsável, assumindo riscos que pareciam, à época da contratação, bem dimensionados¹⁰⁴⁶. No entanto, em decorrência de acontecimentos extraordinários, o contrato acabou se tornando ruinoso.

Nesses casos, não caberá ao Poder Concedente socorrer o concessionário, já que os riscos que assumiu fazem parte da atividade empresarial que desempenha. Contudo, também não se justifica que o concessionário seja punido além dos prejuízos que já foi obrigado a suportar em decorrência dos acontecimentos desastrosos que o atingiram. Justifica-se a relibitação, especialmente naqueles casos em que, devido à alteração no cenário econômico, o Poder Concedente se convença de que deve alterar as condições contratuais, talvez até o próprio modelo contratual. Não poderá fazê-lo mantendo o concessionário atual. Deste modo, a alternativa mais conveniente é rescindir o seu contrato e estabelecer uma contratação nova, mediante licitação a ser organizada.

A Lei nº 13.448/2017 estabelece, ainda, algumas condições a serem observadas pelo concessionário que tenha interesse em acordar com o Poder Concedente a relibitação de sua concessão, cuja intenção principal é exatamente desincentivar os comportamentos oportunistas. Pode-se referir, a esse respeito, especialmente à renúncia a participar da nova licitação, na forma do art. 14, §2º, IV e a restrição da indenização que lhe será devida, que deverá incorporar apenas os investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, na forma do art. 17, §1º, VII, excluindo-se qualquer possibilidade de indenização de lucros cessantes. O valor dessa indenização deverá ser um dos elementos a integrarem o estudo técnico que, obrigatoriamente será desenvolvido para subsidiar a decisão da

¹⁰⁴⁶ Carolina Zaja se refere aos graves efeitos da crise econômica que assolou o país, especialmente depois de 2015, levando, por exemplo, à diminuição drástica da demanda nos aeroportos e à desnecessidade de duplicações anteriormente previstas em determinadas rodovias. Vide: OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo**: a prorrogação antecipada e a relibitação na teoria dos contratos públicos. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 192.

Administração Pública de anuir ou não com o pleito de relicitação apresentado pelo concessionário.

No que se refere ao cálculo desse valor a ser indenizado ao concessionário, é preciso levar em conta, ainda, que, apesar de ser essa a regra, a premissa de que o investimento esteja concentrado no período inicial da concessão, de modo que sua amortização ocorra ao longo do prazo contratual, nem sempre corresponde à realidade observada em todo e qualquer contrato. Ilustrativamente, pode-se imaginar o caso de uma concessão para manutenção de um **aterro sanitário**. Admitindo-se que se trate da implementação de um empreendimento novo, logo no início da concessão, de fato haverá despesas elevadas com a construção da infraestrutura e compra dos equipamentos necessários, sem que haja receitas, como costuma ocorrer nas concessões que envolvem implantação de infraestrutura. É a partir do momento que a infraestrutura fica pronta e pode ser usada para prestar o serviço, que as receitas passarão a ser percebidas. No caso do aterro sanitário, a partir do momento que seja possível começar a receber os rejeitos. A partir daí as receitas pela prestação do serviço serão recebidas e as despesas se restringirão aos custos para a operação e manutenção da infraestrutura já implantada. No caso específico dos aterros sanitários, no entanto, é preciso considerar que, ao final da concessão, quando sua capacidade for saturada, as receitas diminuirão em decorrência da impossibilidade de receber novos rejeitos. Exatamente nesse momento de declínio de receitas, as despesas voltarão a se elevar, pois caberá ao concessionário passar a adotar as medidas de monitoramento, inertização do material acumulado e mitigação dos impactos ambientais, como, por exemplo, o reflorestamento do local.

Esse é apenas um exemplo, mas o mesmo problema ocorrerá sempre que houver previsão de alto volume de investimentos na fase final do prazo concessional, como a determinação de construção de uma nova pista em um aeroporto ou a duplicação de uma rodovia, o que pode ser recomendável, tendo em vista a curva de demanda projetada, apenas naquele momento avançado do prazo contratual. O ideal, sempre que possível, é evitar a programação de investimentos elevados ao final da concessão. Mas, caso isso ocorra, o projeto financeiro da concessão deve prever que as receitas obtidas no período intermediário da execução contratual sejam suficientes para arcar com os custos dos investimentos iniciais e também dos investimentos que se farão necessários ao final.

Em casos como esse, ocorre um fenômeno raro de **antecipação de receitas para o concessionário**. Em geral, são usados recursos próprios e de terceiros para a realização dos investimentos, já que o retorno do investimento fica diferido ao longo da execução contratual.

É possível, no entanto, como se pode constatar, que o concessionário receba antecipadamente os recursos que deverá utilizar no futuro. Nesses casos, a equação econômico-financeira do contrato deverá levar em consideração a receita financeira que o concessionário poderá obter com essa disponibilidade antecipada de valores e, preferencialmente, deverá exigir a constituição de garantias que protejam a concessão de eventual mal uso de tais recursos sob a guarda do concessionário¹⁰⁴⁷.

No que se refere à possibilidade de relicitação, obviamente caberá à Administração Pública constatar se a concessionária já faturou receitas que deveriam estar provisionadas para desembolso ao final da concessão. Nesses casos, mesmo que o contrato antigo seja extinto sem pagamento de indenização, ainda assim isso poderá representar prejuízo para a concessão. Será imprescindível, portanto, a elaboração de um estudo técnico — nos moldes que o art. 17 da lei nº 13.448/2017 preconiza para os casos de relicitação de aeroportos, rodovias e ferrovias, no âmbito do PPI — que indique a efetiva situação financeira do contrato naquele momento da sua execução.

Na Espanha, houve recente alteração do regime de indenizações devidas em razão do encerramento prematuro das concessões de serviço público. Atualmente, o art. 271 bis da Ley 9/2017¹⁰⁴⁸ estabelece que, nos casos em que a extinção do contrato de concessão se dê por culpa do concessionário — ou sem que a Administração Pública lhe tenha dado causa — o contrato deve ser relicitado pelo prazo remanescente, na modalidade de menor valor a ser pago pela outorga, mantendo-se a mesma tarifa e todas as demais condições do contrato. A indenização devida ao concessionário sante será, então, exatamente o valor oferecido pela proposta mais vantajosa, devendo ser paga pelo concessionário entrante. Deste modo, o concessionário cujo contrato foi extinto será remunerado exatamente pelo valor que o mercado virá a atribuir ao período remanescente da concessão. Como aponta Rafael Fernández Acevedo¹⁰⁴⁹, “*las cosas valen lo que alguien está dispuesto a pagar por ellas; por*

¹⁰⁴⁷ “Por outro lado, ao antecipar a amortização de investimentos que ainda não foram realizados pela concessionária, o Poder Público deverá se resguardar, eventualmente, por meio da exigência de reforço da garantia de contrato ao final da concessão, para evitar que a concessionária desembarque da relação contratual sem ter executado os investimentos pactuados, mas já tendo embolsado antecipadamente a respectiva remuneração.” (PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 427)

¹⁰⁴⁸ ESPANHA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019.

¹⁰⁴⁹ ACEVEDO, Rafael Fernández. Mantimento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos**

tanto, la concesión valdrá lo que un tercero esté dispuesto a pagar y la forma de determinarlo es poniéndola en el mercado". Caso a licitação fique deserta e o concessionário não logre apresentar algum interessado em um prazo de três meses após o certame, a extinção se dará sem qualquer indenização.

De se notar que o modelo espanhol é o que enfrenta da melhor forma o problema de incentivos distorcidos, já que só permite a relicitação naqueles casos em que haja algum interessado em assumir a concessão nos mesmos moldes do contrato vigente, sob as mesmas condições e mesma equação econômico-financeira. No Brasil, ao menos no que se refere à sistemática implantada pela Lei nº 13.448/2017, adotou-se premissa diversa. A finalidade da relicitação parece ser, na verdade, uma correção de rumos da concessão, quando o Poder Concedente reconheça a inviabilidade da própria modelagem atual. Tanto assim, que o art. 17, ao referir ao estudo técnico necessário para subsidiar a decisão da Administração Pública de reliciar uma concessão, se refere à necessidade de "*assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional*", exigindo que conste do estudo um novo cronograma de investimentos, novas estimativas de custos, despesas operacionais e demanda e uma nova proposta de modelagem econômico-financeira, razão pela qual defendemos acima que a relicitação, nos moldes da Lei nº 13.448/2017, se justifica especialmente naqueles casos de inesperada alteração do cenário econômico que indiquem ao Poder Concedente a conveniência de alterar as condições contratuais. Não sendo possível desnaturar o contrato vigente, pelas razões já expostas acima, no subcapítulo 6.1.4, a relicitação se apresenta como a solução mais adequada.

Não há dúvida, no entanto, de que a sistemática da Lei nº 13.448/2017 exige maiores cuidados da Administração Pública e cautela ao decidir pela relicitação de um determinado projeto, já que sem dúvida estará mais exposta aos riscos morais. Como observa Rafael Acevedo, o mecanismo de relicitação utilizado na Espanha efetivamente transfere ao concessionário o risco do projeto, uma vez que, não havendo interessado em assumir a concessão nas exatas mesmas condições vigentes, deverá ser mantido, fazendo com que sofra as consequências de um projeto malogrado. Como bem observa o autor, esse é o melhor meio para incentivar o concessionário a preparar a sua proposta com base nas melhores informações de que dispõe e levando em conta o cenário mais realista que conseguir projetar com base em sua expertise, o que levará o mercado a sempre rejeitar projetos concessionais

inviáveis¹⁰⁵⁰. Essa proteção que o mercado pode oferecer ao Poder Concedente, oriunda das licitações, só funciona quando lhe são transmitidos os incentivos corretos para uma avaliação cuidadosa da rentabilidade e viabilidade do projeto desenhado pela Administração Pública. Sabendo que será o concessionário a sofrer os impactos de um projeto desastrado, o mercado tenderá a rejeitar aqueles que não apresentem viabilidade, evitando que investimentos ineficientes sejam realizados.

7.2. Extinção do contrato e indenização de bens reversíveis não amortizados

7.2.1. Identificação dos bens reversíveis em uma concessão

7.2.1.1. Conceito e natureza dos bens reversíveis

O conceito de reversibilidade dos bens da concessão, essenciais à prestação do serviço, já estava explícito no Decreto nº 24, de 1835 que, ainda durante a vigência do Império brasileiro, autorizava o governo a “*conceder carta de privilégio exclusivo*” para a exploração de obras resultantes da “*construção de estradas, pontes, caes, comportas, canaes, diques ou represas*”. O decreto impunha, já naquela época, que a concessão desse privilégio deveria se dar por um prazo determinado, findo o qual os bens utilizados para a sua prestação “*reverterão à Nação, sem indemnisação alguma, obrigada a Companhia a entrega-las em bom estado*”. Anteriormente, ainda sem fazer referência ao termo reversão, a ideia já estava inserida na Lei de 29 de agosto de 1828, cujo art. 13 estabelecia que “*findo o prazo do contracto, as autoridades, a quem competir, poderão contractar a conservação das obras, reduzindo as taxas do uso, e de passagem, com quem oferecer melhores vantagens*”. A premissa adotada era claramente a de que a Administração Pública receberia a infraestrutura após findo o prazo contratual e, tendo em vista a amortização do investimento de implantação, poderia reduzir as taxas de uso.

A sistemática de reversão de bens está diretamente relacionada à titularidade estatal dos serviços públicos e à possibilidade de sua delegação. Cabe ao Poder Concedente garantir

¹⁰⁵⁰ “Solo si el concesionario asume efectivamente una parte significativa del riesgo de la concesión, las empresas tendrán incentivos para usar o adquirir información fiable sobre la rentabilidad de la concesión, y descartarán licitar y ejecutar proyectos concesionales con valor social negativo.” (ACEVEDO, Rafael Fernández. Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilibrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 275)

que o serviço público seja devidamente oferecido à população. Para cumprir sua missão constitucional, poderá a Administração Pública se organizar de modo a prestar diretamente o serviço ou, como se viu, optar por contratar um particular para fazê-lo. Neste último caso, muitas vezes a concessionária receberá do Poder Concedente os bens vinculados à prestação dos serviços, de modo que possa assumir a atividade. Outras vezes, receberá a incumbência de investir na construção da infraestrutura e aquisição dos demais bens necessários para o desempenho da atividade delegada. É possível, ainda, que receba um conjunto de bens ou uma infraestrutura já pronta e ainda a incumbência de modernizá-la, reformá-la ou ampliá-la.

Em qualquer caso, caberá ao Poder Concedente, ao final da vigência do contrato, continuar garantindo que o serviço seja prestado, sem solução de continuidade. Poderá, então, assumir a prestação dos serviços diretamente ou transferir a responsabilidade para outro concessionário contratado para esse fim. Em qualquer das duas hipóteses, precisará retomar aqueles bens essenciais para que o serviço continue sendo prestado. Deste modo, encerrado o vínculo contratual com a concessionária, a quem cabia a gestão desses bens, devem reverter ao poder público, que será responsável por garantir aos usuários que o respectivo serviço continue sendo oferecido em condições adequadas. Estabelecer qual a natureza jurídica desses bens, que normalmente tem sido associada à sua titularidade (bens públicos ou bens privados), é um dos temas mais polêmicos e que mais perplexidades gera no direito brasileiro, como menciona Alexandre Aragão. Segundo sua opinião, essas categorias tradicionais reconhecidas pela doutrina brasileira não são suficientes para abarcar os bens reversíveis¹⁰⁵¹, induzindo à conclusão de que se poderia cogitar de uma classificação tripartite entre bens públicos, bens privados e bens reversíveis, estando estes últimos revestidos por certa dominialidade pública independente do direito de propriedade ser exercido por um ente público ou privado, como admitido em alguns casos, segundo o autor, pelo direito estrangeiro¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ “Na verdade, esses bens, quer tenham sido aportados pelo Estado quando da delegação, quer tenham sido adquiridos pelo delegatário no curso da concessão (estando portanto civilisticamente registrados em seu nome), não se enquadram com facilidade nas categorias básicas tradicionais de bens até o momento formuladas pela doutrina brasileira (bens públicos versus bens privados).” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed, p. 590).

¹⁰⁵² É o que se pode extrair de nota de rodapé assim redigida pelo autor: “Na doutrina estrangeira alguns autores diferenciam a propriedade pública (bem de propriedade do Estado), da dominialidade pública (afetação ao interesse público, independentemente de ser propriedade pública ou privada), ‘o que acarreta, nesse caso, a aplicação de um regime jurídico mais ou menos exorbitante do direito comum’ (CORNU, M. *Vocabulaire Juridique*, 3ª ed., Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1992, p. 832)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed, p. 590, nota de rodapé 135).

Marçal Justen Filho se vale de um conceito extremamente largo de afetação e sustenta que todo e qualquer bem utilizado pelo concessionário de serviço público é um bem afetado. Nesse sentido, distingue três categorias em que esses bens afetados podem se dividir. Os bens recebidos pelo concessionário do Poder Concedente seriam bens públicos e manteriam essa condição durante o período em que estivessem sob administração do concessionário. Ao final da concessão deveriam ser restituídos ao seu dono (a Administração Pública) sem que seja devida nenhuma indenização, uma vez que a propriedade jamais deixou de ser do poder público. Na constância da concessão, apenas a posse seria garantida ao concessionário¹⁰⁵³.

O autor reconhece, entretanto, a existência de bens privados afetados às concessões, admitindo que entre eles haja aqueles que são reversíveis e outros que não o são. Reversíveis seriam aqueles “*adquiridos ou edificados pelo concessionário e que serão integrados ao patrimônio público ao fim da outorga*”¹⁰⁵⁴. Os bens privados não reversíveis seriam aqueles “*não integrantes do patrimônio público e que não se destinam à reversão*”¹⁰⁵⁵. A distinção de quais os tipos de bens que deveriam pertencer a uma ou outra categoria deve se dar, segundo o autor, pelo fato de serem ou não consumíveis, já que, segundo sustenta “*não há sentido em aludir ao problema quando o bem tem vida útil inferior ao período de duração da concessão*”¹⁰⁵⁶.

Não há dúvida de que os bens da concessionária que não se relacionam diretamente à prestação do serviço não devem, em princípio, ser considerados reversíveis¹⁰⁵⁷. Ao contrário do sustentado pelo autor, no entanto, parece-nos que poderá haver situações em que seja sim conveniente incluir no conjunto de bens que reverterão ao patrimônio do Poder Concedente bens cuja vida útil seja inferior ao prazo da concessão ou mesmo bens de consumo imediato, desde que relevantes para o desempenho do serviço. Tome-se como exemplo o estoque de material e o conjunto de ferramentas e equipamentos usado para a manutenção de bens específicos, como as peças de reposição da locomotiva do metrô ou da turbina de geração

¹⁰⁵³ “*Na pendência da concessão, a situação jurídica do concessionário quanto aos bens públicos é equivalente à de um possuidor; assim ele não exercita poderes sobre a coisa tal como se proprietário fosse. Incumbe-lhe promover a sua manutenção, conservação e aperfeiçoamento. Uma vez encerrada a concessão, a posse desses bens será retomada pela entidade concedente e, se for o caso, transferida para um novo concessionário.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 605).

¹⁰⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 606.

¹⁰⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 606.

¹⁰⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 607.

¹⁰⁵⁷ “*Excluem-se da reversão, naturalmente, os bens de propriedade da concessionária que não são necessários à prestação dos serviços públicos.*” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs)**. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 106)

térmica ou eólica de energia elétrica. Findo o prazo da concessão, se tal material não for reversível, qual deve ser o seu destino?

Em nota de rodapé ao texto principal, Marçal tenta resolver o problema afirmando que “*se o poder concedente resolver encampar a concessão, deverá promover a indenização prévia ao concessionário*”, esclarecendo adiante que essa indenização “*abrangerá tanto os bens reversíveis como outros, não reversíveis, que não possam ser utilizados para outros fins empresariais privados*”. Não se compreende, todavia, porque instituir a indenização de bens não reversíveis. Ora, se se trata de bens úteis para a concessão, qual o sentido de pagar por eles, mas não os incorporar ao uso da nova administração da concessão? Por outro lado, se o objetivo é incorporá-los à concessão, porque não lhes reconhecer a reversibilidade. Já que serão indenizados, que sejam revertidos. Apesar de, em princípio, se destinar a abranger os bens essenciais à continuidade da prestação do serviço público, não há razão que impeça, em casos específicos, a extensão da natureza reversível a outros bens que, embora não essenciais, sejam úteis à concessão. Esse tema será tratado adiante em mais detalhes, no subcapítulo 7.2.1.3. Não parece razoável pretender exigir do concessionário um planejamento extremamente preciso de modo que a integralidade dos bens consumíveis seja efetivamente consumida até o último minuto da concessão, sem que nada falte nem nada sobre. Tal idealização parece incompatível com a realidade.

Já para Eros Grau, os bens aportados pelo concessionário para a prestação do serviço (que Marçal Justen Filho chama de bens privados afetados e reversíveis) são bens públicos de uso especial. Deste modo, segundo sua concepção, haveria bens públicos de uso especial de propriedade do concessionário, o que, em princípio, não encontra respaldo no art. 98 do Código Civil, que adotou o critério subjetivo ao classificar como bens públicos, inclusive os de uso especial, aqueles pertencentes a entes da Administração Pública. Assim se posiciona o autor¹⁰⁵⁸:

02. Permitam-me como que introdutoriamente lembrar que, embora de propriedade do concessionário, ainda não incorporadas ao domínio público, instalações e instrumentos integrados à prestação de serviço público são bens públicos, bens públicos de uso especial.

Percebe-se que ambos autores reconhecem a reversibilidade desses bens, que são essenciais para o desenvolvimento da atividade delegada, embora o primeiro entenda se tratar de bem privado (afetado e reversível) e o segundo, de bem público de uso especial de

¹⁰⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e artigo 884 do Código Civil. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 261, set./dez. 2012, p. 35.

propriedade do concessionário. De todo modo, parece não haver dúvida de que os bens que estejam afetados a um serviço público encontram-se sob um regime jurídico equivalente aos bens públicos. Isso não significa, no entanto, que sua propriedade seja necessariamente titularizada por um ente público como decorrência direta de serem utilizados na prestação de um serviço público. Não significa, portanto, que todo bem reversível seja um bem público nos moldes da definição adotada pelo Código Civil.

A jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o fato de que há bens públicos entregues à administração privada nas concessões de serviço público, consolidou-se no sentido de que a *“imunidade tributária constante do art. 150, VI, a, da Constituição Federal alcança o imóvel pertencente à União que se encontra em posse precária de concessionária de serviço público para ser utilizado na atividade fim a qual essa se destina”*¹⁰⁵⁹. Claramente adotava-se o entendimento de que se tratava de bens públicos, razão pela qual, mesmo durante o período de gestão privada exercida pelo concessionário, continuava sendo aplicável a regra constitucional da imunidade recíproca. Recentemente, no entanto, ao apreciar o tema 437 de repercussão geral, a Suprema Corte alterou seu entendimento. Não se baseou, no entanto, na natureza do bem, mas sim das atividades que nele são executadas, uma vez que o §3º do art. 150 da Constituição expressamente ressalva a aplicação da imunidade recíproca aos casos em que haja *“exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”*, o que normalmente ocorre na prestação dos serviços públicos¹⁰⁶⁰.

Ao levar em conta, aí sim, a natureza do bem, o Supremo Tribunal Federal, já em 1965, em acórdão relatado pelo Min. Victor Nunes Leal, afirmou a vedação de desapropriação de bens da União pelos Estados, ainda que estejam sob a administração de concessionários privados. A abrangência da restrição constitucional nesses casos, no entanto, deve se restringir aos *“bens que integram serviço público concedido, mas não os particulares do*

¹⁰⁵⁹ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **ARE 947142 AgR**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 02/09/2016, processo eletrônico DJe-209. Ver também: BRASIL. Jurisprudência. Segunda Turma, **RE 773131 AgR**, Relatora Min. Carmen Lúcia, julgado em 17/12/2013, processo eletrônico DJe-026, divulgado em 06/02/2014 e publicado em 07/02/2014; BRASIL. Jurisprudência. Primeira Turma, **RE 253394**, Relator Min. Ilmar Galvão, julgado em 26/11/2002, DJ 11/04/2003, p. 37. O Superior Tribunal de Justiça tem seguido o mesmo entendimento: BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Resp. nº 389.961-MG**. Rel. Min. Francisco Falcão. Brasília, 9 de dezembro de 2003. DJ de 29/03/2004, à p. 172.

¹⁰⁶⁰ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE nº 601.720**. Relator Min. Edson Fachin, Relator para acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 19/04/2017, Repercussão Geral, DJe-200, divulgado em 04/09/2017 e publicado em 05/09/2017.

concessionário, que não estejam afetados ao serviço”¹⁰⁶¹. Verifica-se, portanto, que a Corte admitiu expressamente, neste caso, a existência de bens privados do concessionário em oposição a outros bens dedicados à prestação do serviço, que seriam públicos. A Corte teve, ainda, o cuidado de impedir a desapropriação não só dos bens públicos, mas de todo e qualquer bem afetado, ainda que privado.

Também no que diz respeito ao crime de dano, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar conflito de competência, decidiu que caberia à Justiça Comum julgar os casos em que o bem atingido esteja dedicado a um serviço prestado por concessionário privado, uma vez que se trataria de bem privado, afirmando-se que *“nas concessões de serviço público, os bens pertencem à própria empresa concessionária, que explora o serviço em nome próprio, com seu patrimônio e por sua conta e risco*”¹⁰⁶². Neste precedente, o Superior Tribunal de Justiça sequer cogitou de que pudesse haver bem público sob a administração do concessionário, nem se preocupou em reconhecer um regime de afetação a determinados bens, que fossem reconhecidos como essenciais à continuidade dos serviços públicos. Em outro caso, no entanto, a Corte decidiu que era admissível *“a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução da atividade-fim (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade”* e aduziu: *“Essa lógica se aplica às empresas privadas que sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (como ocorre no caso)”*¹⁰⁶³.

Como se vê, para que possam ser identificados os bens associados à prestação de um serviço público, que poderão se revestir da natureza de reversíveis, o que importa não é reconhecer se o seu proprietário é um ente público ou privado, mas sim qual a função que por ele está sendo desempenhada. É a afetação ao serviço público que deverá ser levada em conta ao se analisar se um bem deve ou não ser considerado reversível, embora, como se verá adiante, apenas tal característica nem sempre baste para essa configuração.

¹⁰⁶¹ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE nº 26.149-SP**. Rel. Min. Victor Nunes. Brasília, 18 de outubro de 1965. DJ de 24/11/65, à p. 3.317.

¹⁰⁶² BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **CC nº 37.751-DF**, Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, 15 de maio de 2003. DJ de 16/06/2003, à p. 259.

¹⁰⁶³ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no Resp. nº 1.070.735-RS**. Rel. Min. Mauro Campbell. Brasília, 18 de novembro de 2008. DJ de 15/12/2008.

7.2.1.2. A disciplina legal e contratual dos bens reversíveis

Ao dispor sobre as características de que deve se revestir o edital da licitação a ser promovida para a concessão de serviços públicos, o art. 18 da Lei nº 8.987/95 estabelece que deverá conter a indicação dos bens reversíveis (inciso X), assim como suas características e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior (inciso XI). Ademais, o seu art. 23, inc. X, determina ser obrigatória a inclusão nos contratos de concessão de cláusula que disponha sobre os bens reversíveis. Diante dessa determinação legal para que o edital e o contrato de concessão apontem tais bens e disponham a respeito dessa questão, pode-se afastar, desde logo, a conclusão de que todos os bens usados de alguma forma, direta ou indiretamente, para a prestação do serviço público, seriam necessariamente reversíveis¹⁰⁶⁴.

Por outro lado, não há dúvida de que no momento da licitação, quando são elaborados o edital e a minuta do contrato, só será possível listar aqueles bens que já existam, sejam conhecidos e estejam sendo usados para a sua prestação. Isso não quer dizer por óbvio que os bens que venham a ser incorporados à concessão pelo próprio concessionário não possam ganhar a condição de reversíveis. Como já se viu, essa possibilidade existe desde o aparecimento das primeiras concessões de serviço público no Brasil. Na verdade, uma das principais razões que normalmente leva a Administração Pública a decidir pela delegação de um serviço público é exatamente a possibilidade de se apropriar, de modo diferido, de infraestruturas a serem construídas às custas de uma empresa privada, especialmente em ocasiões de restrição orçamentária, quando o Estado não disponha de capacidade econômica suficiente. Com a amortização dos investimentos ao final do prazo contratual, a Administração recebe a infraestrutura e pode tomar novas decisões quanto à sua utilização e gestão. Parece correta, portanto, a observação de Sérgio Guerra no sentido de que a “*relação de bens constante do instrumento contratual não é taxativa, sendo certo que outros bens que*

¹⁰⁶⁴ Pode-se extrair conclusão diversa do racional apresentado por Marçal Justen Filho. Para o autor, como se viu, pode haver bens públicos e bens privados relacionados à prestação de serviço público. No entanto, deve-se aplicar a todos um regime próprio de direito público, “*ainda que se trate de bens de propriedade original do concessionário*”. E complementa: “*A afetação do bem à satisfação da necessidade coletiva impede a aplicação do regime de direito privado comum. Não é possível, por isso, o concessionário invocar seu domínio para dar ao bem o destino que bem lhe aprouver. Nem poderia usar e fruir do bem como bem entendesse*”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 330). A reversibilidade ou não do bem, no entanto, não está intrinsecamente relacionada com o fato de ser pública ou privada a sua titularidade.

venham a ser adquiridos pela Concessionária, efetivamente utilizados na prestação dos serviços, serão passíveis de reversão ao Poder Concedente”¹⁰⁶⁵.

No que diz respeito àqueles bens que a Administração Pública reconheça como reversíveis antes da delegação do serviço, o recomendável é que sejam **individualmente relacionados no edital da licitação**, devendo tal relação estar contida, preferencialmente em anexo ao contrato a ser firmado. No caso específico das parcerias público-privadas, o art. 5º, X, da Lei nº 11.079/2004 determina que seja incluída nos contratos cláusula que obrigue a realização de vistoria dos bens reversíveis, de modo que o parceiro público possa reter, quando do pagamento de suas contrapartidas, os valores correspondentes ao reparo das irregularidades porventura detectadas. Para que tal vistoria seja possível, é evidente a necessidade que tais bens sejam claramente identificados e mantidos em cadastro pelo concessionário, como exige o art. 31, II da Lei nº 8.987/95

Porém, tal providência não basta para o enfrentamento do problema. Será necessário que a **cláusula contratual relacionada aos bens reversíveis** — de inserção obrigatória nos contratos de concessão, como se viu — contenha a disciplina do regime desses bens e os procedimentos previstos para a sua possível desafetação, assim como os parâmetros que deverão ser aplicados para o reconhecimento como reversíveis dos bens que venham a ser adquiridos no curso da concessão. Apesar de ser essa uma obrigação legalmente atribuída às concessionárias, não é conveniente, entretanto, que o Poder Concedente deixe tal tarefa exclusivamente sob sua responsabilidade, já que a clareza e transparência do regime dos bens vinculados à concessão é questão de seu grande interesse. Além disso, não se deve deixar para o momento da extinção do contrato de concessão o início de uma interminável discussão acerca de que quais bens devem ser reconhecidos como reversíveis¹⁰⁶⁶, que arrasta consigo, como consequência, a necessidade de verificar se foram ou não amortizados completamente e, em caso negativo, a investigação das razões pelas quais isso não ocorreu, de modo a, se for o caso, estabelecer a indenização devida, que será o objeto de investigação do próximo capítulo. Como bem alertado por Lucas Navarro Prado, o ideal é que haja uma estrutura institucional organizada para exercer essa competência, responsabilizando-se por acompanhar o

¹⁰⁶⁵ GUERRA, Sérgio. A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RBDE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 194, out./dez. 2004.

¹⁰⁶⁶ “*Também sob esse ângulo é relevante a identificação prévia dos bens reversíveis: somente assim será possível determinar o valor dos bens e fixar as tarifas aptas a proporcionar a amortização de seu valor.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 570)

gerenciamento desse inventário pelo concessionário e assegurando-se de que sejam respeitadas as disposições contratualmente previstas¹⁰⁶⁷.

Sabe-se, todavia, que na grande maioria das situações com as quais se depara no dia-a-dia, nem os editais e contratos são elaborados com a qualidade esperada, nem as instituições responsáveis pela fiscalização exercem adequadamente as suas funções¹⁰⁶⁸. Um exemplo louvável é o das concessões rodoviárias, em cujos contratos, desde a 1ª Etapa de concessões, constam como anexos a relação dos bens reversíveis entregues pelo Poder Concedente ao concessionário¹⁰⁶⁹. Na maioria das vezes, no entanto, não é simples a sua identificação, sendo raríssimas as situações em que se poderá contar com um inventário organizado desde o início da concessão e devidamente atualizado ao longo da execução contratual, com a incorporação de novas infraestruturas implantadas, identificação de reformas, modernizações e ampliações das antigas e registro de todos os bens incorporados à concessão. Será necessário, então, encontrar alguma orientação que permita selecionar, dentre os bens utilizados no âmbito da concessão, quais estarão sujeitos ao fenômeno da reversão.

A clareza na redação da cláusula de reversão, com parâmetros objetivos e facilmente identificáveis e a manutenção de um inventário contratual atualizado dos bens reversíveis são, portanto, medidas altamente recomendáveis, já que a reversão patrimonial ao cabo do prazo contratual dependerá, em última análise, que se possa extrair essa condição de reversibilidade

¹⁰⁶⁷ PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 290.

¹⁰⁶⁸ Pode-se referir a esse respeito à iniciativa do Tribunal de Contas de União, que instaurou processo administrativo com o objetivo de realizar auditoria operacional quanto à atuação da ANATEL sobre o controle e acompanhamento do inventário de bens reversíveis das empresas concessionárias de serviço telefônico fixo comutado – STFC sob sua fiscalização, tendo sido produzidos dois acórdãos com uma série de recomendações dirigidas àquela agência reguladora para que aprimore suas práticas. (BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3311/2015**, Plenário, Relator Benjamin Zymler, processo nº 024.646/2014-8 e BRASIL. Jurisprudência administrativa. **Acórdão nº 1809/2016**, Plenário, Min. Relator Benjamin Zymler, processo nº 024.646/2014-8 (mesmo processo, em embargos de declaração). A esse respeito, deve-se ressaltar que a atribuição dos tribunais de contas para, no âmbito de auditorias operacionais, pretender impor determinações a agências reguladoras quanto à forma como deverão exercer a sua função regulatória é bastante questionável. Para uma bem formulada crítica sobre os limites do controle exercido sobre a atuação de agências reguladoras, vide: JORDÃO, Eduardo e RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 3, nº 1, jan./jul. 2017 e CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A necessidade de uma postura judicial de deferência aos atos regulatórios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de *et al.* (coord.). **Regulação e Infraestrutura**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2018, pp. 291 a 312.

¹⁰⁶⁹ Na 1ª Etapa, tais anexos eram chamados “Terno de Transferência de Bens”; na fase I da 2ª Etapa, “Termo de Cessão de Bens” e, a partir da fase II da 2ª Etapa, incluindo as 3ª e 4ª Etapas, “Termo de Arrolamento e Transferência de Bens”. Os contratos podem ser consultados em http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Index.html

diretamente de algum preceito legal ou contratual. Antônio Carlos de Araújo Cintra¹⁰⁷⁰, com apoio em diversos autores clássicos do direito administrativo brasileiro, sustenta que a reversão de bens, além da previsão genérica da lei, necessita estar expressa no contrato:

A extinção da concessão e a reversão dos serviços não implicam a reversão de bens de propriedade do concessionário, ainda que empregados na prestação do serviço público, pois tal reversão não lhes é essencial ou inerente (...), nem está prescrita em lei. Para que a reversão dos serviços seja acompanhada de reversão de bens de propriedade do concessionário é preciso que esta seja ajustada no contrato de concessão de serviço público. Assim, Ruy Cirne Lima escrevia que, na ausência de cláusula de reversão, o concessionário, findo o prazo da concessão, continua proprietário de todo o material aplicado à exploração do serviço, posto não mais o possa utilizar em tal exploração” (Princípios de Direito Administrativo, p. 181). Igualmente, Francisco Campos sustentava que “a reversão só se efetua quando expressamente pactuada no contrato” (Direito Administrativo, p. 184) e Mário Masagão lecionava que a “a reversão decorre de cláusula contratual” (Curso de Direito Administrativo, p. 294). Desse entendimento não se afasta José Cretella Jr. que, expressamente, adota a lição de Ruy Cirne Lima a respeito da matéria (Tratado de Direito Administrativo, vol. III, p. 166 e Dos Contratos Administrativos, p. 166). No mesmo sentido, manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, p. 246).

Assim, segundo essa linha de entendimento doutrinário, só haverá bem reversível se o contrato de concessão assim o dispuser expressamente. É possível admitir, portanto, a concessão de um serviço público sem que haja bem algum sujeito à reversão ao final do prazo convencionado. Obviamente não se está a sustentar que só possam ser admitidos como reversíveis os bens individualmente apontados no contrato de concessão. Como já anteriormente alertado, é possível que bens adquiridos durante a concessão sejam incorporados ao patrimônio reversível. Do mesmo modo, bens entregues ao concessionário pelo Poder Concedente, ainda que não estejam expressamente indicados como reversíveis, poderão ser assim considerados. É importante, no entanto, que os parâmetros que permitam identificar os bens reversíveis estejam expressos nos contratos, na cláusula de reversão.

Deve-se referir, ainda, à parte da doutrina que sustenta ser possível presumir a reversibilidade de bens da concessão, diante de sua essencialidade para a continuidade dos serviços públicos. É esse, por exemplo, o entendimento defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello, que embora reconheça a possibilidade de que haja concessão sem bem a ser revertido, exige que essa decisão conste expressa no texto contratual¹⁰⁷¹. Mais uma razão, portanto, para que as cláusulas de reversão sejam redigidas com cuidado. Ainda que a

¹⁰⁷⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Apontamentos sobre a reversão de bens públicos na concessão de serviço público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1999, v. 345, p. 17.

¹⁰⁷¹ “(...) se o instrumento da concessão nada dispuser a respeito da reversão, a existência dela se presume e será onerosa ou gratuita para o Poder Público, dependendo de já ter havido, ou não, a amortização total ou parcial do capital representativo do equipamento aplicado ao serviço”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 711)

intenção seja excluir a reversão de bens após o período contratual, o ideal é que o contrato indique expressamente essa condição, em nome da segurança jurídica.

A preocupação com a manutenção de um cadastro completo e atualizado dos bens vinculados à concessão, especialmente daqueles que reverterão quando do encerramento do período contratual, tem sido reiteradamente manifestada pelo Tribunal de Contas da União – TCU. Nos *Acórdãos* 102/2007¹⁰⁷², 2961/2009¹⁰⁷³ e 290/2015¹⁰⁷⁴, aquela corte de contas enfatizou a importância de que os editais e os contratos de concessão contenham a relação dos bens reversíveis entregues às concessionárias e definam os parâmetros de reversibilidade dos bens, de modo que possam ser identificados e assim se permita um controle sobre o seu uso e seu estado de conservação, tendo em vista, como referido no item 268 do *Acórdão* 939/2011¹⁰⁷⁵ que o Poder Concedente deve “*estar em condições de assumir a concessão a qualquer tempo*”, para o quê “*é imprescindível que disponha de lista atualizada dos bens reversíveis, e que esses bens só possam ser alienados com autorização da agência reguladora*”.

7.2.1.3. A essencialidade para a prestação do serviço público

Como se viu acima, a identificação dos bens da concessão que reverterão ao Poder Concedente ao final do prazo do contrato de concessão deve poder ser extraída do respectivo contrato. Em geral, admite-se que serão reversíveis aqueles bens que sejam essenciais para a manutenção do serviço, a ponto de alguns autores defenderem uma presunção de sua reversibilidade nesses casos diante de eventual silêncio do contrato. Em alguns casos, a identificação desses bens essenciais, tipicamente sujeitos ao regime de reversibilidade, pode ser simples. No caso de concessões que dependam diretamente da exploração de uma infraestrutura específica, dificilmente essa infraestrutura poderá ser considerada não reversível. Por exemplo, nas concessões para a exploração de uma rodovia, parece evidente que a via e as praças de pedágio devem ser consideradas como bens essenciais ao serviço. Há equipamentos também que estão diretamente associados a essa infraestrutura, como as placas

¹⁰⁷² BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão n° 102/2007**, Plenário, Min. Relator Augusto Nardes, Processo TC 022.096/2005-9, sessão de 07/02/2007.

¹⁰⁷³ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão de relação n° 2961/2009**, Plenário, Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, TC 016.189/2008-9, sessão de 09/12/2009.

¹⁰⁷⁴ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão n° 290/2015**, Plenário, Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, TC 016.442/2013-0, sessão de 25/02/2015.

¹⁰⁷⁵ BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão n° 939/2011**, Plenário, Min. Relator Waldir Campelo, TC 034.023/2010-0, sessão de 13/04/2011.

indicativas e todos os demais itens componentes do sistema de sinalização, assim como do sistema de comunicação à disposição dos motoristas para caso de emergência, que naturalmente se apresentam como reversíveis.

Outros bens e equipamentos, embora úteis, são menos essenciais ou podem ser mais facilmente repostos, como os veículos de apoio das equipes de manutenção, as ambulâncias, os aparelhos portáteis de comunicação (*walkie talkies*), máquinas usadas para o registro das cobranças da tarifa de pedágio e outros. Em uma concessão para a prestação do serviço de saneamento, não há dúvida de que as estações de tratamento de esgoto (ETE) são equipamentos essenciais, assim como a rede de dutos. O mesmo não se pode dizer dos computadores, mesas e cadeiras usados pela administração, assim como a própria sede administrativa do concessionário.

Pode-se fazer a esse respeito uma analogia, como a proposta por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁰⁷⁶, com as benfeitorias que, segundo o art. 96 do Código Civil, podem ser classificadas como necessárias, úteis ou voluptuárias. Diante do regramento legal genérico, devem ser considerados reversíveis apenas aqueles bens diretamente relacionados com a prestação do serviço concedido e essenciais para assegurar a sua continuidade. Deste modo, a não ser que haja disposição legal ou contratual específica, a mera utilidade do bem para o desempenho da atividade a cargo do concessionário não parece suficiente para que se qualifique um bem como reversível.

Apesar de não haver uma definição clara na legislação brasileira quanto às características de que devem se revestir os bens reversíveis, é possível sustentar, com largo apoio na doutrina disponível sobre o tema¹⁰⁷⁷, que, a se reconhecer uma reversibilidade presumida, essa só deve atingir aqueles bens que se mostrem essenciais para a continuidade de um serviço que deve ser retomado pelo Poder Concedente. Assim, haverá a reversão quando a) houver a necessidade de o poder público garantir a continuidade daquela operação

¹⁰⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 163.

¹⁰⁷⁷ Por todos, seleciona-se a seguir alguns extratos bastante ilustrativos: “*Temos conosco que só podem ser tratados como bens reversíveis aqueles imprescindíveis à prestação do serviço delegado. Os demais constituirão patrimônio do delegatário.*” (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 172). “*Em grande número de concessões de serviço público, mas não em todas, os bens que devem ser aplicados ao serviço e que a ele se aplicam, persistem indispensáveis à sua continuidade, (...). Em suma: o concedente não poderia abrir mão deles. Teria interesse absoluto em retê-los, por indeclinável imposição das necessidades públicas. De revés, ao concessionário faleceriam razões para pretender conservá-los. É esta passagem definitiva para o concedente, ao cabo da concessão, do acervo de bens aplicados ao serviço pelo concessionário que se denomina reversão.*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Reversão dos bens na concessão. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 1994, vol. 7, p. 9).

específica, mantida pela concessão que se extingue¹⁰⁷⁸ e b) haja bens cuja associação ao serviço seja essencial para garantir o seu prosseguimento, ou seja, bens imprescindíveis, sem cuja reposição não haveria possibilidade de manter a atividade.

Para avaliar essa essencialidade é necessário considerar que, quando do encerramento de uma concessão deve haver um período de transição, de modo que o concessionário antigo possa transmitir o serviço ao novo. Algo semelhante ao que ocorre após a eleição de um novo presidente da república, cujos protocolos e procedimentos de transição da administração que se finda para a nova seguem a disciplina da Lei nº 10.609/2002. No caso das concessões, embora não haja disciplina normativa específica — o que seria de todo desejável — essa transição deve ser assegurada sempre que possível. Nesse sentido, quando a redação da cláusula de reversão não for suficientemente clara, a presunção de reversibilidade deverá atingir apenas os bens indispensáveis ou imprescindíveis para que o novo concessionário possa assumir suas funções. Ou seja, aqueles bens que, mesmo contando com um período adequado de transição, não seria capaz de substituir sem pôr em risco a regular operação do serviço.

Isso não significa, no entanto, que demais bens que venham a ser considerados úteis, embora não revestidos da natureza de essencialidade, não possam ser considerados como reversíveis, desde que haja expressa definição contratual nesse sentido. Por isso, Leonardo Pessoa propõe o reconhecimento de uma classe mais ampla de bens, chamados bens vinculados à prestação dos serviços públicos, a abranger todo e qualquer bem que de algum modo se relacione ou esteja associado a uma determinada concessão. Esse seria o gênero, do qual os bens reversíveis seriam a espécie. Portanto, do conjunto de bens vinculados a uma concessão se destacaria um grupo específico ao qual seria atribuída a reversibilidade. Reversíveis seriam *“aqueles bens vinculados ‘extremamente’ necessários à prestação do serviço público e que por força dos princípios da continuidade, regularidade e atualidade da prestação do serviço público deverão reverter (serão transferidos) ao poder concedente para que a prestação do serviço não sofra solução de continuidade”*¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁸ Essa necessidade não existe, por exemplo, nos casos já referidos dos serviços de transporte público aéreo e radiodifusão de som e de sons e imagens, quando os serviços possam continuar a ser prestados regularmente aos usuários por outros concessionários já existentes, o que dispensa o poder público de garantir a continuidade da operação especificamente considerada do concessionário sainte.

¹⁰⁷⁹ PESSOA, Leonardo Ribeiro. **As origens dos bens vinculados à prestação dos serviços públicos e os seus regimes jurídicos**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19557-19558-1-PB.htm>. Acesso em 8 out. 2016, p. 3. Complementa o autor, em trecho seguinte: *“É importante fixar o entendimento de que os bens vinculados à prestação dos serviços públicos, só passam a categoria de bens reversíveis, a partir do momento que o poder concedente estabelece que terminados (sic) bens são da ‘essência’ da prestação dos*

A esse respeito, é curioso notar que, ao lado de inúmeras referências aos bens reversíveis contidas na Lei nº 8.987/95, o seu art. 31, nos incisos II e VII, se refere a “*bens vinculados*” à concessão quando determina o dever da concessionária de manter em dia o inventário e o registro desses bens, assim como zelar pela sua integridade e segurá-los. É bem verdade que a distinção de significados entre as nomenclaturas não se extrai expressamente do texto legal. Pode-se alegar, inclusive, que a preocupação com a manutenção de um inventário atualizado e com seguro estão muito mais relacionadas aos bens reversíveis do que a outros que, apesar de vinculados à concessão, não estariam sujeitos à reversibilidade.

Todavia, alguma consequência deve-se extrair da opção legislativa de estabelecer termos diferentes. É possível igualmente concluir que a ideia da norma é garantir que haja um inventário de todos os bens “vinculados” à concessão, até mesmo para que seja possível apontar exatamente quais, dentre eles, são reversíveis e que a política de manutenção de seguro das concessionárias não deve se restringir necessariamente a esses últimos, devendo ser traçada de modo adequado a garantir a eficiência na realização da atividade delegada.

O mais importante, no entanto, é fixar o entendimento de que, não necessariamente haverá bens reversíveis em todas as concessões e, quando houver, não abrangerá necessariamente todos os bens utilizados pelo concessionário, podendo existir determinados bens, usados de alguma forma na prestação do serviço, mas que não necessariamente estão sujeitos a essa condição. Note-se que esse fato é reconhecido há muito pelo direito brasileiro. Já em 1958, em julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Min. Edgard Costa, tratando do serviço de bondes no Distrito Federal, afirmou-se que “*somente são reversíveis aqueles [bens] vinculados, próprios ou afetos à execução do serviço concedido (...) os adquiridos, portanto, pela concessionária, por aplicação de seus recursos, sem aquela destinação, são de sua livre propriedade e, conseqüentemente, não reversíveis*”¹⁰⁸⁰.

Mais recentemente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁸¹ reconheceu que bem imóvel onde funciona escritório administrativo da concessionária, em relação ao qual jamais houve manifestação do Poder Concedente quanto à sua reversibilidade, já fora de uso, está livre para ser por ela alienado e, em outro julgado, manteve decisão de instância

serviços concedidos, isto é, sem os ditos bens a concessionária não poderá prestar um serviço público contínuo, atual e regular”.

¹⁰⁸⁰ BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **RE 32865**, Relator Min. Edgard Costa, julgado em 28/08/1956, DJ de 04/10-/956, p. 12006, Ement. vol. nº 273-02, p. 710.

¹⁰⁸¹ BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp 971.851/SC**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008.

inferior que havia recusado reconhecer a reversibilidade de bem alienado pela concessionária, por considerar que não era imprescindível à prestação dos serviços concedidos, não representando a alienação nenhum tipo de prejuízo aos consumidores atendidos pela concessionária^{1082 1083}.

O direito francês adota uma solução interessante ao reconhecer três categorias de bens vinculados à concessão¹⁰⁸⁴. Ao lado de bens que podem ser perfeitamente associados ao que denominamos no Brasil bens reversíveis, que na França são os chamados *biens de retour*¹⁰⁸⁵, há bens que podem ser identificados como úteis ao serviço, mas que não se revelam propriamente indispensáveis à sua continuidade. Esses bens são identificados como *biens de reprise*, que poderíamos traduzir como bens de retomada. Trata-se de um acervo patrimonial pertencente ao concessionário, sobre o qual o Poder Concedente mantém um direito real durante o período da concessão, que lhe permite, em função da sua utilidade para o serviço, estipular regras que deverão ser observadas para o seu uso, assim como, ao final do prazo do contrato, exercer o direito de retomada. Essa decisão, no entanto, é discricionária do Poder Concedente e vincula o concessionário. O Poder Concedente poderá optar, segundo os seus critérios, em exercer ou não a faculdade de se apropriar de tais bens ao final do período

¹⁰⁸² BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1268143/SC**, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015.

¹⁰⁸³ Para uma abordagem mais detalhada do regime jurídico para a alienação de bens reversíveis, com análise das limitações e condicionantes impostas ao concessionário, vide REIS, Márcio Monteiro. Bens reversíveis: problemas e divergências. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019.

¹⁰⁸⁴ Essas categorias de bens vinculados à concessão foram estabelecidas pela jurisprudência do Conselho de Estado francês e encontram-se hoje em dia consolidadas. Suas características estão muito bem descritas em: VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, pp. 40 e 41.

¹⁰⁸⁵ Os bens assim qualificados devem ser restituídos ao final do período da concessão, sem que nenhuma indenização seja devida, embora mais recentemente a regra da gratuidade integral da reversão venha sendo flexibilizada pela jurisprudência mais recente do Conselho de Estado, que admitido, em casos excepcionais, nos quais a amortização tenha sido impedida por determinações do Poder Concedente, orientadas para a satisfação do interesse público. É o que se extrai do seguinte trecho da obra de Nathalie Vinci: “*Ainsi, lorsque les biens meubles ou immeubles en cause s’avèrent indispensables à l’exécution d’un service public à l’expiration de la convention, le Conseil d’État, dans une jurisprudence constante, a énoncé le principe suivant lequel ils doivent être considérés comme appartenant à la personne publique dès leur achat, sans que le délégataire puisse exiger quelque indemnité que ce soit, et ce, en vertu du principe de continuité du service public (CE, Avis, 19 Avril 2005, n° 371234). La haute juridiction est néanmoins revenue dans des jurisprudences postérieures sur la règle de la gratuité intégrale. Aussi, lorsque les biens concernés n’ont pas été entièrement amortis au cours de l’exécution de la convention, une indemnité peut être envisagée pour la partie des biens qui n’auraient pas été amortis.*” (VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, p. 40) No mesmo sentido: “Les biens de retour sont les biens qui sont indispensables au service public et qui appartiennent, dès l’origine, à la collectivité publique, même s’ils ont été acquis ou construits par le délégataire en cours d’exécution de son contrat L’entité gestionnaire du service dispose certes d’un droit exclusif de jouissance de ces biens, mais ces derniers retournement, en fin de contrat, dans le patrimoine de la collectivité organisatrice. Ce retour se fait généralement à titre gratuit.” (BRACONNIER, Stéphane. **Droits des services publics**. 2ª ed. Paris : PUF, 2003, pp. 384 e 385). Ver também : GUGLIELMI, Gilles J ; KOUBI, Geneviève e LONG, Martine. **Droit du service publics**, 4ª ed. Paris: LGDJ, 2016, pp. 819 a 822.

contratual. Se o fizer, o concessionário não poderá impor nenhuma resistência e estará obrigado a entregar tais bens¹⁰⁸⁶. Há ainda no direito francês das concessões os chamados bens próprios do concessionário (*biens propres*). Esses pertencem ao concessionário e só indiretamente estão vinculados ao serviço público prestado. Sua aquisição por parte do Poder Concedente, ao final da concessão, dependerá da caracterização do interesse público em fazê-lo e de negociações a serem estabelecidas entre as partes ou de sua desapropriação.

Apesar de não haver disciplina legal equivalente no Brasil, pode-se dizer que o modelo francês é inteiramente compatível com a tradição jurídica brasileira, como o demonstra a jurisprudência e a legislação vigente referidas. Apesar de não existir, no direito pátrio, normal legal criando um direito de preferência para a aquisição de bens úteis, como ocorre com os bens de retomada no direito francês, não há nada que impeça que os contratos qualifiquem como reversíveis bens que, apesar de não serem essenciais à concessão, podem lhe ser úteis. Diante da ausência de disposição contratual específica, no entanto, devem ser considerados reversíveis somente as infraestruturas, equipamentos e demais bens que se revelem essenciais para a continuidade do desempenho do serviço público concedido¹⁰⁸⁷, ou seja, aqueles bens sem os quais o novo concessionário, mesmo contando com um período razoável de transição, não seria capaz de manter a regular prestação do serviço. É de se ressaltar que a falha de planejamento do Poder Concedente em organizar uma transição razoável não deve ser considerada como razão para atribuir a um bem a natureza de reversível. Nesses casos, se houver a necessidade de adquirir da concessionária um bem útil, mas não imprescindível à continuidade do serviço, que não tenha sido apontado pelo contrato de concessão como reversível, caberá ao Poder Concedente, se for esse o caso, desapropriá-lo.

Por outro lado, caso entenda conveniente e oportuno, a Administração Pública poderá incluir bens úteis na relação de bens reversíveis. Para isso, contudo, é necessário que haja clara indicação no edital, no contrato de concessão ou em inventário mantido pela

¹⁰⁸⁶ “*Les biens de reprise, bien qu’utiles au service public, ne sont pas considérés comme étant indispensables à sa continuité. Dans ces conditions, le délégataire est le propriétaire de ces biens pour toute la durée de la convention et ils ne deviendront la propriété de l’autorité délégante que si elle en fait la demande en exerçant son droit de reprise.*” (VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, p. 41). No mesmo sentido, vide: BRACONNIER, Stéphane. **Droits des services publics**. 2ª ed. Paris : PUF, 2003, p. 385 e GUGLIELMI, Gilles J ; KOUBI, Geneviève e LONG, Martine. **Droit du service publics**, 4ª ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 823, este último os intitula *biens de reprise (ou de rachat)*.

¹⁰⁸⁷ “(...) na grande maioria das concessões, os ativos mais relevantes em termos de valor são a própria infraestrutura civil e os bens e equipamentos a ela incorporados, sobre os quais não costuma haver amiores discussões quanto a sua reversibilidade.” (PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 290)

concessionária e supervisionado pelo Poder Concedente ou agência reguladora. Nesses casos, portanto, sua reversibilidade não se presume¹⁰⁸⁸. Dependerá sempre de expressa previsão em algum dos documentos da concessão. Apenas aqueles bens essenciais e imprescindíveis para a continuidade do serviço é que podem ter a sua reversibilidade presumida. No que diz respeito aos bens úteis, portanto, tudo dependerá da decisão que tiver sido tomada quando do desenho contratual ou da atuação do Poder Concedente (ou da agência reguladora) ao longo da execução do contrato, ao exigir e manter atualizado um cadastro de bens vinculados à concessão que indique claramente aqueles a que se atribui a natureza de reversíveis.

Com o advento da Lei nº 13.448/2017 e a disciplina do instituto da relicitação, examinada no capítulo anterior, precipitou-se uma polêmica quanto ao tratamento a ser dado, nesses casos de extinção antecipada, à indenização dos bens reversíveis não inteiramente amortizados ou depreciados, que será o assunto abordado no próximo capítulo. No final de 2019, tanto a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, como a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC editaram resoluções destinadas a disciplinar a identificação dos bens reversíveis e estipular metodologia para o cálculo da indenização de eventuais parcelas não amortizadas quanto aos respectivos investimentos. São as Resolução ANAC nº 533, de 7 de novembro de 2019¹⁰⁸⁹ e Resolução ANTT nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019¹⁰⁹⁰.

Ambas as resoluções tratam, em seu art. 2º, da identificação dos bens que devem ser qualificados como reversíveis. A iniciativa, de logo, provoca alguma estranheza, uma vez que, como já anteriormente afirmado, a lista de bens reversíveis, ou os parâmetros para que se possa identificá-los, devem estar contidos no contrato, de modo que os critérios para que se possa identificá-los deve ser buscado em cada contrato. Deste modo, não parece adequado que se pretenda estabelecer uma norma genérica com a pretensão de servir para indicar a reversibilidade em todo e qualquer caso¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁸ “A discussão tende a ocorrer, com mais probabilidade, com relação a veículos e outros bens móveis, que poderiam ser retirados pela concessionária e vendidos no mercado. É justamente sobre tais bens que o contrato de concessão deve evitar omissões, para permitir identificar se devem ou não reverter ao Poder Concedente ao final da concessão.” (PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 290)

¹⁰⁸⁹ Pode ser consultada em https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2019/resolucao-no-533-07-11-2019/@@display-file/arquivo_norma/RA2019-0533.pdf. Acesso em 23 de dezembro de 2019.

¹⁰⁹⁰ Pode ser consultada em http://www.antt.gov.br/participacao_social/audiencias/0032019.html. Acesso em 23 de dezembro de 2019.

¹⁰⁹¹ A mesma opinião é expressada por Maurício Portugal: “(...)também me parece violação dos contratos em curso a ANTT e a ANAC estabelecerem nas respectivas resoluções regras sobre quais bens são reversíveis e quais não o são, para efeito de definir o universo de bens reversíveis cujo valor será usado como base para o

De todo modo, a resolução da ANAC se refere aos bens “*indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço objeto da concessão*”, referindo-se expressamente aos (i) bens repassados à concessionária pelo poder público; (ii) máquinas, equipamentos, bens de informática, aparelhos, utensílios, instrumentos, veículos e móveis; (iii) *softwares* utilizados na prestação dos serviços e (iv) licenças ambientais, projetos de obras e manuais técnicos vigentes. Já a resolução da ANTT inclui entre os reversíveis todos os bens “*utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão*”, tendo sido expressamente exemplificados: (a) edificações, obras civis e benfeitorias localizadas no sistema rodoviário; (b) máquinas, veículos e equipamentos; (c) móveis e utensílios; (d) equipamentos de informática; (e) sistemas, seus softwares e direitos associados e (f) projetos e estudos relacionados a melhorias e ampliação de capacidade do sistema rodoviário. A lista, como se vê, é bastante extensa e inclui itens que dificilmente podem ser considerados como necessários, quiçá essenciais, para garantir a continuidade do serviço.

Já a Norma de Controle Patrimonial dos Portos Organizados, aprovada pela Resolução Normativa nº 29 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ¹⁰⁹², aprovada em maio de 2019, estabelece, em seu art. 3º, I que são bens da União, aqueles: (i) entregues à concessionária e inventariados pela União por ocasião da assinatura do contrato de concessão; (ii) adquiridos por investimentos realizados diretamente pela União na área do porto organizado e (iii) expressos em ato do Poder Concedente. Reversíveis seriam, segundo a redação do art. 3º, II, os bens “*adquiridos mediante investimentos realizados pelos arrendatários, conforme especificado no respectivo contrato de arrendamento*”.

No âmbito da ANTT, chama a atenção que a Nota Técnica nº 016/2019-GEREF-SUINF, elaborada por uma das superintendências da agência reguladora para suporte teórico à proposta normativa, ainda durante a sua fase de elaboração e submetida à audiência pública¹⁰⁹³, reconhece expressamente que a reversibilidade deve ser reconhecida apenas para aqueles “*bens imprescindíveis à continuidade do serviço*”. Como se vê, no entanto, apesar de

cálculo da indenização.” (RIBEIRO. Maurício Portugal. iNFRA Debate: ANTT, Crivella e Requião – regra sobre indenização aprovada pela ANTT ajuda populistas a estatizar concessões. Brasília: **Agenciainfra.com**, 13 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-antt-crivella-e-requiao-regra-sobre-indenizacao-aprovada-pela-antt-ajuda-populistas-a-estatizar-concessoes>. Acesso em 15 de janeiro de 2020)

¹⁰⁹² Pode ser consultada em <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Resolucao-Normativa-n-29.pdf>. Acesso em 23 de dezembro de 2019.

¹⁰⁹³ A referida resolução foi precedida da Audiência Pública nº 003/2019, promovida pela ANTT. Todo o material produzido durante a fase de estudos, incluindo a minuta da resolução e a Nota Técnica nº 016/2019-GEREF-SUINF, podem ser encontrados em http://www.antt.gov.br/participacao_social/audiencias/0032019.html (Acesso em 18 de dez. 2019).

não haver maiores polêmicas quanto ao conceito, a sua aplicação na prática pode gerar resultados bastante discrepantes, pois há grande variação possível de significados a serem extraídos da expressão “*bens imprescindíveis à continuidade do serviço*”. Deve-se considerar ainda, a esse respeito, a prerrogativa do Poder Concedente de recusar a reversão de determinado bem, ainda que originalmente identificado como reversível. Isso ocorrerá sempre que, a seu juízo, o bem tiver se tornado inservível, tiver vida útil muito reduzida ou perder, de alguma forma, o interesse para a concessão. Segundo Lucas Navarro, “*para todos os bens reversíveis deveria haver uma preocupação sobre as condições técnico-operacionais que devem apresentar por ocasião da reversão*”¹⁰⁹⁴, exatamente para se assegurar que se trata, de fato, de bens imprescindíveis à continuidade do serviço.

O instituto da reversibilidade tem certamente uma origem patrimonialista, no sentido de que o Poder Concedente pretende formar, ampliar, modernizar e manter em boas condições de operação uma infraestrutura cuja implantação demanda significativo investimento econômico. Deste modo, ainda que, periodicamente, delegue a administração dessa infraestrutura a particulares, mantém sob a sua titularidade, tanto o serviço em si, quanto os bens essenciais à sua prestação, que lhe revertem em cada momento que se encerra o vínculo contratual com as concessionárias que podem se suceder. Além disso, há um outro racional econômico, que é a inviabilidade de dar destinação economicamente relevante ao conjunto desses bens, que não poderiam ser utilizados em outra função, de modo que, dissociados daquela concessão em especial, perderiam todo o seu valor.

Nesse sentido, considerando os itens constantes das resoluções das agências reguladoras referidas, não parece haver dúvida de que a infraestrutura rodoviária, ou seja, a via por onde trafegam os veículos, ou o sítio aeroportuário, assim como as respectivas edificações, obras civis, instalações e benfeitorias, como as praças de pedágio e alças de acesso, no caso das rodovias e as pistas de decolagem e pouso, ou os terminais de passageiros ou de cargas, no caso dos aeroportos são, obviamente, bens essenciais ao serviço. Também projetos e estudos relacionados a melhorias e ampliação de capacidade rodoviária ou aeroportuária, por se referirem especificamente à infraestrutura dedicada àquela concessão, podem certamente ser assim entendidos.

¹⁰⁹⁴ PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 290.

Já em relação aos bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação, máquinas, equipamentos, aparelhos, utensílios e instrumentos pode haver dúvida. Sistemas de sinalização e comunicação incorporados à infraestrutura rodoviária provavelmente podem ser considerados essenciais e não teriam utilidade dissociados do contexto em que foram implantados, já os equipamentos de proteção individual (EPI) dos trabalhadores não parecem revestidos da essencialidade que os passa caracterizar como bens reversíveis. O mesmo se pode dizer quanto ao maquinário e equipamentos dedicados a dar manutenção às pistas, sejam as de rodagem, no caso das rodovias, sejam as de pouso e decolagem, no caso dos aeroportos. Muitas vezes, tais máquinas sequer são de propriedade obrigatória da concessionária. Em geral, pertencem a empresas terceirizadas, contratadas pela concessionária para a execução desses serviços de manutenção. O mesmo pode ser afirmado quanto a equipamentos de informática, sistemas e softwares. Atualmente é cada vez mais comum que as empresas não adquiram tais bens e optem por contratos de aluguel ou *leasing*, muitas vezes associados com serviços de manutenção e até treinamento de pessoal para o seu uso.

A esse respeito, é de se ressaltar que o art. 2º, §1º, II da Resolução ANTT nº 5.860/2019 estabelece expressamente que só serão reversíveis os bens de propriedade da concessionária. Nesse sentido, na página 54 da Nota Técnica nº 016/2019-GEREF-SUINF há referência ao fato de que os bens locados ou que não configurem propriedade da concessionária devem ser restituídos a seus detentores. Deste modo, se determinados bens podem ser locados ou usados pela concessionária em razão de contratos mantidos com terceiros e, nessa condição, devem ser restituídos aos seus proprietários ao final da concessão, parece contraditório pretender considerá-los como imprescindíveis para a continuidade do serviço. Não se pode admitir que um bem seja considerado essencial para a continuidade do serviço apenas se pertencer à concessionária, devendo nesse caso ser considerado reversível, sendo que, o mesmo bem, caso esteja sendo locado de terceiro, deve ser restituído ao seu proprietário ao final da concessão, ficando, nesse caso, o novo concessionário sem acesso a tal bem. O que deve definir a existência ou não da reversibilidade não é a pessoa proprietária do bem, mas sim a sua afetação a um serviço público e sua essencialidade para o seu desempenho¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁵ Como menciona Gaspar Ariño Ortiz, “(...) talvez em direito público seja mais importante a ‘função’, isto é, a ideia do destino e do fim das coisas, do que sua titularidade formal; e isso por uma razão simples, vinculada ao próprio sentido do direito administrativo como direito para a ordenação dos interesses coletivos: a referência ao sujeito ‘Estado’ das coisas não é tanto ‘patrimonial’, mas de ‘potestade’ sobre elas.” (ORTIZ, Gaspar

Em princípio, não haveria sequer problema em assegurar a reversibilidade de bens pertencentes a terceiro e afetados à concessão por um contrato particular firmado com o concessionário¹⁰⁹⁶. Há instrumentos regulatórios que poderiam permitir a reversão de direitos contratuais adquiridos pela concessionária de serviço público^{1097 1098}. No entanto, se se estabelece como regra que bens de terceiros não serão revertidos, não é possível pretender considerar que bens que possam pertencer tanto a terceiros como ao concessionário sejam reversíveis apenas nessa última hipótese. A presunção de reversibilidade dos bens essenciais à continuidade dos serviços públicos, nos casos de silêncio ou imprecisão dos contratos de concessão não impõe maiores dificuldades conceituais. A polêmica maior está, no entanto, como revela a Resolução ANTT nº 5.860/2019, em identificar parâmetros e critérios mais ou menos objetivos, que permitam identificar tal essencialidade.

Nesse aspecto, no que se refere aos softwares eventualmente utilizados na prestação do serviço pelo concessionário, a Resolução ANAC nº 533/ 2019 contém norma expressa, em seu art. 2º, §2º, prevendo que quando forem de propriedade de terceiros, “o antigo operador deverá assegurar a plena operação e manutenção por um prazo de pelo menos 120 (cento e vinte) dias após a transferência das atividades ao novo operador do aeroporto”. Inicialmente, se poderia cogitar de que a resolução estivesse a exigir algum tipo de sucessão contratual que deveria ser assegurada pelo concessionário ao entrante, que durasse ao menos 120 dias. Mas não parece ser esse o objeto da norma, já que em sua parte final estabelece a necessidade de resguardar “o direito de indenização do antigo operador em

Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, nº 258, set./dez. 2011).

¹⁰⁹⁶ “A partir desse enfoque não há nenhuma dificuldade para afirmar, ao mesmo tempo, a titularidade privada de uma coisa e o caráter público desta. (...) Com isso não se afirma a possibilidade de domínio público em mãos privadas, mas se afirma a existência de outro tipo de publicatio das coisas, que se produz não pelo dado da sua titularidade, mas pelo dado de sua funcionalidade ou, se se preferir, pelo fato de sua afetação ao serviço público.” (ORTIZ, Gaspar Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, nº 258, set./dez. 2011).

¹⁰⁹⁷ Como exemplo, pode-se referir ao setor de telecomunicações. A lei nº 9.472/97 possui normas específicas, em seu art. 94, I e II, autorizando a as concessionárias a contratar com terceiros atividades inerentes ao serviço, para o que podem empregar equipamentos e, inclusive, infraestrutura que não lhe pertençam. De modo a garantir a continuidade do serviço, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL editou a Resolução nº 447/2006, por meio da qual exige que, nesses casos, o contrato a ser firmado entre a concessionária e seu fornecedor contenha cláusula específica, como expresso em seu art. 12 nos seguintes termos: “art. 12 - A Prestadora, na utilização de Bens de Terceiros ou de Serviços Contratados, deve fazer constar, nos contratos respectivos, cláusula pela qual o contratado se obriga, em caso de extinção da concessão ou permissão, a mantê-los e a sub-rogar à Anatel os direitos e obrigações deles decorrentes, além do direito da Agência sub-rogar a outros.”.

¹⁰⁹⁸ Para uma análise mais detalhada do caso da possibilidade de se estabelecer reversão de direitos exercidos pelo concessionário sobre bens pertencentes a terceiros, vide REIS, Márcio Monteiro. Bens reversíveis: problemas e divergências. In: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, pp. 314 a 323.

relação aos custos incrementais”. Cria-se, então, uma situação curiosa em que não há, propriamente a reversão dos direitos contratuais do concessionário sainte, mas sim a sua obrigação de manter, em seu próprio nome, a contratação com o fornecedor por, pelo menos, 120 dias após o encerramento do contrato de concessão, tendo o direito de ser indenizado pelo novo concessionário, dos custos que vier a incorrer. Não parece ser essa a solução ideal, especialmente em razão do potencial de conflitos que podem surgir quando o fornecedor contratado e remunerado pelo antigo concessionário, passar a prestar serviços ao novo, com quem não terá vínculo contratual. A reversão dos direitos contratuais parece ser a medida ideal em casos como esse.

7.2.2. Indenização de bens reversíveis ao final do prazo dos contratos de concessão ou permissão de serviço público

7.2.2.1. Investimentos não amortizados e desequilíbrio contratual

Como se sabe — e já se abordou anteriormente, no Brasil, os contratos de concessão de serviço público têm, em geral, o seu equilíbrio econômico-financeiro assegurado¹⁰⁹⁹. Isso não significa que sua equação econômico-financeira deva, necessariamente, prever a integral amortização de todos os investimentos realizados ao longo da concessão. Nada impede, como se sustentou anteriormente, no subcapítulo 5.4.1, que o modelo contratual estabelecido preveja, ao final do prazo estabelecido, a necessidade de serem indenizados investimentos não amortizados. Não é essa, no entanto, a prática corrente. No Brasil, a regra é a premissa contratual da integral amortização dos investimentos realizados pelo concessionário durante o prazo estipulado. É o que se extrai, por exemplo, da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁰⁰:

¹⁰⁹⁹ Como se viu anteriormente, há casos específicos de serviços públicos nos quais o Poder Concedente não se compromete com uma equação econômico-financeira do contrato, por não assegurar ao concessionário uma fonte de receita, nem dele exigir níveis de investimentos determinados. É esse o caso, por exemplo, dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, no qual sequer há cobrança de tarifa dos usuários e dos serviços de transporte público aéreo, cujas tarifas e investimentos são livremente decididos pelo concessionário. Nesses casos, excepcionalmente, a qualificação das atividades como serviço público atendem apenas à necessidade de adoção de uma regulação de performance, mais intensa e com algum tipo de derrogação do princípio da livre iniciativa. Não atende, no entanto, à finalidade de assegurar a intangibilidade de uma equação econômico-financeira que proteja o investimento privado, pois essa equação sequer chega a se formar.

¹¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Reversão dos bens na concessão. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 1994, vol. 7, p. 10. Pode-se referir, ainda, às seguintes considerações de variados autores:

Em geral são outorgadas por prazo longo as concessões em que os bens aplicados ao serviço devem, ao final, integrar-se no patrimônio público mediante reversão. Assim se faz para que os concessionários amortizem os investimentos efetuados, isto é, paguem-se destes dispêndios, ressarcindo-se através das próprias tarifas cobradas dos usuários, pela adscrição de uma parcela delas a tal finalidade. Destarte, ao expirar-se a concessão por decurso de prazo, o Poder Público não incorrerá em desembolsos para assenhorar-se do acervo.

[...] Segue-se que o prazo de tais concessões, conforme dito, haverá de ser longo. Então, graças à amplitude dele, adrede estabelecida para atender ao citado objetivo, presume-se que, ao se expirar normalmente o prazo fixado, já terá havido, salvo prova em contrário, amortização do capital invertido pelo concessionário. Por esta razão, admite-se, em princípio, que os bens aplicados ao serviço revertem ao concedente sem ônus para ele.

No entanto, há norma legal específica, no art. 36 da Lei nº 8.987/95, que cria para o concessionário sainte o direito subjetivo de ser indenizado *“das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”*. Não é de se supor que o legislador estivesse se referindo aos casos em que o próprio contrato prevê investimentos não amortizados em seu termo final. Tanto assim, que inseriu a referência àqueles investimentos necessários para garantir a continuidade e atualidade do serviço.

De se questionar, então, a razão pela qual — apesar de haver um reconhecimento unânime de que a regra, quando não haja previsão contratual expressa em contrário, é a amortização integral dos investimentos durante a duração do contrato — a disposição do art.

“A reversão não se faz gratuitamente. Como regra, o valor dos bens reversíveis é amortizado no curso do prazo da concessão. As tarifas são fixadas em valor que permita não apenas remunerar o concessionário pelo custo operacional do serviço mas por todas as despesas necessárias. Mais ainda, as tarifas deverão ser calculadas de modo a amortizar o valor dos bens empregados pelo particular e que serão ou consumidos na prestação do serviço ou integrados no domínio público ao final do prazo. Também sob esse ângulo é relevante a identificação prévia dos bens reversíveis: somente assim será possível determinar o valor dos bens e fixar tarifas aptas a propiciar a amortização de seu valor. Deverá examinar-se a situação concreta dos bens, tomando em vista, inclusive, o inventário e registro de bens mantido pelo concessionário (art. 31, inc. II). Como é lógico, a perspectiva de indenização é muito maior quando a extinção da concessão der-se antes do término do prazo originalmente previsto para a concessão.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 570); *“Também em princípio, por ocasião do término do prazo contratual todos os investimentos deverão ter sido amortizados e o Plano de Negócios cumprido nos termos em que foi pactuado.”* (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 25); *“(...) executado o contrato nas bases originais, o conseqüente lógico é que ao final do prazo os investimentos tenham sido amortizados.”* (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 226); *“Ao final do prazo da concessão, presume-se que a concessionária recuperou todos os custos (lato sensu) e, ainda, obteve o lucro justo: a tarifa é calculada para esse fim.”* (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018); *“Teoricamente, findo o contrato, não deveria haver compensação ainda a ser feita.”* (SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 63).

36 da lei de concessões é recebida com naturalidade no Brasil. A esse respeito, é preciso reconhecer que, por se tratar de contratos de longo prazo e necessariamente incompletos, é normal que, ao longo da execução dos contratos de concessão de serviços públicos, surjam imprevistos e a realidade apresente fatores de desequilíbrio, exija investimentos não previstos, ou seja, impeça a concretização do ideal de amortização integral, contratualmente estabelecido. Nesses casos — que, deve-se reconhecer, não são pouco frequentes — é que se impõe, segundo a maior parte da doutrina, a indenização devida ao concessionário no final da concessão, a qual deveria ser calculada pela parcela não amortizada dos bens que reverterão ao Poder Concedente. Essa ideia é bem exposta por Bernardo Strobel Guimarães¹¹⁰¹:

Em termos teóricos, ao final do prazo do contrato, todo investimento realizado será devidamente remunerado pelo fluxo de caixa do empreendimento. Assim, no instante final da vida do vínculo, todo dinheiro investido retornou para o investidor, assim como ele realizou o lucro projetado, encerrando-se naturalmente a relação, sem que nenhuma das partes nela envolvidas tenha ainda expectativas em aberto.

Essa relação multifacetada é que se usa chamar de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de natureza concessionária. Cuida-se, portanto, de um cenário ideal projetado pelas partes que será testado contra o contexto fático. O problema é que, como todo cenário, ele sempre será desmentido pela realidade. A pretensão de dar conta de todas as vicissitudes do futuro é típica de um racionalismo que não se coaduna com a complexidade da realidade. Daí a necessidade de os contratos de concessão serem maleáveis, de modo a permitir sua correta aderência às vicissitudes do “mundo do ser”.

Há, no entanto, algumas ponderações a serem feitas em relação a essa ideia tão difundida. Inicialmente, é preciso ter em conta que a amortização integral dos investimentos, quando prevista, é uma prescrição contratual idealizada. O fato de o modelo contratual basear-se em uma lógica de amortização integral não deve significar uma garantia oferecida pelo poder público ao concessionário de que, em qualquer caso, seus investimentos serão necessariamente amortizados, independentemente das razões pelas quais isso não se tenha demonstrado possível ao longo da execução do contrato, no prazo acordado. Como se sabe, os contratos de concessão são executados por conta e risco do concessionário. E há uma série de eventos que podem levar, inclusive, a que o investidor amargue prejuízos. Não existe garantia de lucro, nem sequer de completa amortização dos investimentos¹¹⁰². Na União Europeia, a Diretiva 2014/23¹¹⁰³ tratou expressamente do tema, em seu considerando nº 18:

¹¹⁰¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 48. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019, p. 107

¹¹⁰² “O risco da insuficiência de prazo para recuperar e recompensar o investimento inicialmente definido corre tipicamente por conta do concessionário. A genuína concessão não garante, à partida, a gestão financeiramente

A principal característica de uma concessão, ou seja, o direito de explorar obras ou serviços, implica sempre a transferência para o concessionário de um risco de exploração de caráter económico associado à possibilidade de não recuperar todos os investimentos efetuados nem as despesas suportadas com a exploração das obras ou dos serviços adjudicados em condições de exploração normais, mesmo se uma parte do risco fica a cargo da autoridade adjudicantes ou entidade adjudicante. A aplicação de regras específicas que rejam a adjudicação de concessões não se justificaria se a autoridade ou entidade adjudicante isentasse o operador económico de quaisquer perdas potenciais, garantindo uma receita mínima igual ou superior aos investimentos efetuados e às despesas que este tem de suportar no âmbito da execução do contrato

O item 1 do artigo 5º da referida Diretiva veicula prescrição normativa exatamente no sentido de que os países adotem em seus ordenamentos jurídicos internos um regime jurídico que assegure, nos casos de concessão da atividade, a efetiva transferência de riscos aos concessionários:

A adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos. Considera-se que o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes.

O Código dos Contratos Públicos, de Portugal¹¹⁰⁴, possui disposição expressa nesse sentido, em seu art. 413:

Artigo 413.º Partilha de riscos

sustentada da empresa concessionária, nem muito menos a obtenção de um lucro.” (TORRALBA, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 237). Flávio Amaral também destaca que “*Ao final do prazo de um contrato de infraestrutura duradouro não há um direito subjetivo por parte do operador económico a uma lucratividade certa, determinada ou, mesmo, garantida ou compulsoriamente assegurável pelo Poder Público.*” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 220). Para Guglielmi, “*Toutes les activités marchandes comportent un risque financier, celui que les revenus de l’activité ne couvrent pas ses coûts. Celles qui relèvent du service public n’y font pas exception, d’autant plus qu’il faut, à l’intérieure des coûts, inclure la rémunération du délégataire. (...) dans un contrat de délégation de service public l’acceptation des risques de l’activité et l’autonomie sont des conditions nécessaires à la réalisation de l’objet du contrat, qui est de transférer la gestion des activités de service public à une tierce personne. C’est en ce sens que la jurisprudence a conféré au risque le rôle d’indicateur du caractère substantiel de la rémunération assise sur les résultats d’exploitation.*” (GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 687 e 688)

¹¹⁰³ UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/23/UE**, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. Relativa à adjudicação de contratos de concessão. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=pt>. Consultado em 10 de julho de 2019

¹¹⁰⁴ PORTUGAL. Legislação. **Decreto-Lei nº 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. *Código dos contratos públicos*. Disponível em http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf. Consultado em 8 de junho de 2019.

1 - O contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência para o concessionário do risco de exploração dessas obras ou serviços, que se traduz no risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se que o concessionário assume o risco de exploração quando:

a) Em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão; ou

b) A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais por ele incorridas não sejam meramente nominais ou insignificantes

Na França esse conceito também está expresso na legislação, em diversas normas, como o art. 5º da lei relativa aos contratos de concessão¹¹⁰⁵, art. L. 1.411-1 do Código geral das coletividades territoriais e art. L. 1.121-1 do Código de compras públicas¹¹⁰⁶, cujas redações são idênticas e exigem que o risco transferido ao concessionário implique em uma exposição real às áleas do negócio, não sendo assegurada a amortização dos seus investimentos ao concessionário, que deve assumir o risco do negócio:

A parcela de risco transferida ao concessionário implica em uma real exposição à álea de mercado, de modo que toda e qualquer perda potencial suportada pelo concessionário não deve ser puramente teórica ou insignificante. O concessionário assume o risco da operação de modo que, em condições normais de operação, não tem assegurada a amortização dos investimentos nem dos custos associados à operação da infraestrutura ou serviço, que lhe coube implantar.

Verifica-se, assim, claramente, a preocupação existente na União Europeia em assegurar que o concessionário, de fato, assumira parte significativa do risco do empreendimento, de modo a que a concessão não se confunda com um contrato ordinário de prestação de serviços, travestido de contrato de concessão de serviço público. Do mesmo modo, não se pode simplesmente admitir que todos os riscos envolvidos no desempenho da atividade sejam suportados pelo concessionário. O ideal é que o contrato seja elaborado com

¹¹⁰⁵ “*La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.*” (FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Relative aux contrats de concession.* Disponível em [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=cid) Consultado em 18 de novembro de 2019)

¹¹⁰⁶ FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2018-1074**, de 26 de novembro de 2018. *Code de la commande publique.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037695219&> Consultado em 18 de novembro de 2019.

uma matriz adequada e equilibrada de distribuição dos riscos¹¹⁰⁷. A partir dessa matriz e das condições contratuais estabelecidas pelo Poder Concedente — ao modelar a concessão e redigir a minuta do contrato — e pelo concessionário — ao oferecer a sua proposta —, é que será fixada a equação econômico-financeira, a qual deve ser respeitada ao longo de toda a execução do contrato. Espera-se, no plano ideal, que essa equação seja suficiente para que se chegue ao final do período concessional com os investimentos amortizados e um lucro apurado em benefício daqueles que investiram para a prestação do serviço público.

Antes de mais nada, portanto, é preciso compreender o alcance do significado da expressão “por conta e risco”¹¹⁰⁸. Assim, se a proposta apresentada pelo licitante vencedor, que se tornou concessionário, foi mal elaborada, excessivamente agressiva ou baseada em premissas mal projetadas pelo investidor e que acabaram não se realizando, não cabe ao Poder Concedente corrigir os erros por ele cometidos, devendo o concessionário arcar com as consequências de suas escolhas erradas. O mesmo se diga quando às ineficiências técnicas ou administrativas que impeçam a performance econômica projetada pelas empresas¹¹⁰⁹.

Por essas razões, nos países que se utilizam da regulação contratual dos serviços públicos e adotam o regime dos contratos de concessão não costuma haver previsão legal ou contratual de indenização de bens não amortizados ao final do contrato. Nesses casos, o

¹¹⁰⁷ “O que defendemos, nesse sentido, é que ‘por conta e risco’ não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir.” (PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 130)

¹¹⁰⁸ Para Rafael Fernández Acevedo, “(...) para que se considere que el concesionario asume el riesgo operacional es preciso que, en condiciones normales de funcionamiento, no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes contraídos con ocasión de la explotación de las obras o los servicios objeto de la concesión. A su vez, la parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra no es meramente nominal o desdeñable. Falta de garantía de recuperación de inversiones y costes y exposición real a las incertidumbres del mercado son los criterios que deben presidir el análisis de los riesgos transferidos en cada contrato al objeto de determinar si cumple o no al requisito de implicar la transferencia al contratista de un riesgo operacional en la explotación, es decir, si cabe o no calificar el contrato de concesión con todas las implicaciones de régimen jurídico que dicha calificación conlleva.” (ACEVEDO, Rafael Fernández. *Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional*. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 258)

¹¹⁰⁹ “Os riscos que o concessionário deve suportar sozinhos abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advêm de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arregar-se em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 702)

concessionário-investidor está protegido pela equação econômico-financeira do contrato que firmou com o Poder Concedente, da qual o prazo é um dos elementos. Deste modo, adotando-se a premissa de integral amortização dos investimentos ao longo da duração do contrato, não há razão para manter uma previsão de indenização devida ao concessionário quando o contrato se encerra pelo decurso do prazo. Tal previsão costuma existir apenas para aqueles casos em que o contrato venha a ser extinto antes do decurso completo do prazo originalmente ajustado¹¹¹⁰.

É preciso reconhecer, no entanto, que a doutrina tem razão quando afirma que contratos de longo de prazo, como os contratos de concessão, estão sujeitos a uma série de eventos imprevistos que podem desequilibrar a sua equação econômico-financeira, razão pela qual devem conter mecanismos que permitam a correção das imperfeições que vão surgindo na medida em que incidem fatores de desequilíbrio. O próprio direito francês, que tradicionalmente reconhece a possibilidade de indenização apenas dos bens de retomada (*biens de reprise*), úteis, mas não essenciais para a continuidade do serviço, tem temperado esse entendimento em relação aos bens reversíveis, podendo-se referir à recente decisão do Conselho de Estado que reconheceu que a gratuidade da reversão, expressamente prevista em lei, deve estar sujeita à condição de que os investimentos realizados pelo concessionário tenham efetivamente sido integralmente amortizados¹¹¹¹.

Ocorre que, nesses casos, na verdade, estar-se-á diante de um quadro de desequilíbrio contratual. Mantido o equilíbrio do contrato, não haverá razão para a existência de

¹¹¹⁰ Pode-se referir, a esse respeito, exemplificativamente ao art. 56 da Lei nº 65/2016, da França, que trata dos contratos de concessão e prevê a obrigação de indenização apenas nos casos “*d’annulation, de résolution ou de résiliation*”, não havendo nenhuma referência à extinção por decurso de prazo no capítulo destinado às “*modalités particulières d’indemnisation du concessionnaire*”. (FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Relative aux contrats de concession*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=cid>. Consultado em 18 de novembro de 2019). O Código dos Contratos Públicos de Portugal tem disposição expressa no seu art. 425, número 3, no sentido de que “*revertem gratuitamente para o concedente todos os seus bens que integram o estabelecimento da concessão*”. (PORTUGAL. Legislação. **Decreto-Lei nº 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. *Código dos contratos públicos*. Disponível em http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf. Consultado em 8 de junho de 2019). Já a Ley 9/2017 da Espanha, que trata dos contratos do setor público, estabelece no art. 286 as causas de resolução dos contratos de concessão, sempre relacionadas à extinção prematura do vínculo contratual e, no art. 288, ao tratar dos efeitos da resolução, inclui a indenização ao concessionário por investimentos não amortizados, distinguindo os casos em que haja causa imputável à Administração de outros, em que não foi a Administração que deu causa à resolução contratual. Não há, no entanto, nenhuma disposição relacionada à extinção do contrato pelo decurso de prazo. (ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019).

¹¹¹¹ Essa é a constatação de Nathalie Vinci, após análise da jurisprudência recente do Conselho de Estado, com especial referência aos casos CE, Avis, 19 avril 2005, nº 371234 e CE, 4 juillet 2012, Cté d’agglomération de Chartres Métropole (CACM), Veolia eau – Compagnie générale des eaux, nº 352417. (VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014, p. 40)

investimentos não amortizados ao final do prazo originalmente pactuado. Ao menos, não haverá razões oponíveis ao Poder Concedente, devendo, em princípio, ser a defasagem de recursos assumida pelo próprio concessionário, que executou o contrato por sua conta e risco. Assim, é preciso considerar que os casos que impõe uma indenização ao concessionário no momento do encerramento do prazo originalmente pactuado são aqueles em que houve um desequilíbrio em seu desfavor¹¹¹². Como dificilmente, algum evento contemporâneo ao momento de sua extinção terá o condão de desequilibrá-lo, é preciso considerar que tal desequilíbrio foi causado por algum ou alguns fatores — cujo risco não foi atribuído ao concessionário —, os quais, em regra, serão antecedentes ao momento do encerramento do contrato. Assim, o ideal é que esse desequilíbrio de sua equação econômico-financeira já esteja sendo discutido desde o seu aparecimento, inclusive em razão do que dispõe o art. 9º, §4º da Lei nº 8.987/95, quando exige que a restauração do equilíbrio econômico-financeiro se dê concomitantemente ao evento que gere o desequilíbrio.

Para Floriano Azevedo Marques, essa concomitância exigida pela lei decorre de que “(...) se apercebeu o legislador de que, nas complexas modelagens do contrato de concessão, mormente a partir da introdução dos referidos project finance, de nada servirá recompor o equilíbrio ao final do contrato, pois até lá poderá já estar inviabilizado todo o projeto.”¹¹¹³. Segundo Alexandre Aragão, “o ato do Estado que, alterando o contrato, onerar ou desonerar o concessionário, deve conter, em si próprio ou em ato paralelo emitido na mesma

¹¹¹² Os fatores de desequilíbrio podem ser de variadas naturezas. Até mesmo a introdução da concorrência pode desequilibrar um contrato de concessão de serviço, como lembra Stéphane Braconnier: “*Lorsque le service est ouvert à la concurrence, en revanche, le tarif ne permet pas toujours d’amortir les biens sur la durée du contrat. Une clause d’indemnisation, égale à l’importance des capitaux investis par le délégataire et non encore amortis, peut alors être prévue au contrat. Une telle indemnisation ne doit en aucun cas dépasser la valeur non amortie du bien.*” (BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 385). Nesse sentido, deve-se asseverar que há casos em que o serviço público é prestado em ambiente competitivo, sem que o Poder Concedente se comprometa com uma equação econômico-financeira, já que não interfere na fixação de tarifas, nem impõe investimentos, como ocorre nos casos já examinados do transporte público aéreo e da radiodifusão de sons e sons e imagens. Nesse caso, inexistindo equação econômico-financeira, inexistirá, por óbvio, obrigação quanto à sua manutenção. Há outros casos, no entanto, como o do serviço telefônico fixo comutado – STFC, regulado pela Lei nº 9.472/97, em que, apesar de haver liberdade tarifária (nos termos do seu art. 104), assim como concorrência, inclusive com assimetria regulatória, com empresas que não se submetem ao regime jurídico dos serviços públicos (segundo o disposto no art. 66), o poder público mantém exigências de investimento que assegurem a manutenção, continuidade e universalização do serviço, na forma dos arts. 79 e seguintes, exigindo, ainda, a reversão de bens (art. 101). Em casos como esse é que a concorrência — ainda mais com regimes regulatórios assimétricos — pode acabar se apresentando como um fator de desequilíbrio contratual, impondo a revisão das condições do contrato para permitir a amortização dos investimentos a serem impostos ao concessionário, ou o pagamento de uma indenização ao final do contrato.

¹¹¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Informação Legislativa**, v. 159, p. 193-197, 2003, p. 196.

oportunidade, a forma de recomposição da equação econômico-financeira inicial.”¹¹¹⁴ Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Guzela observam que “não se pode, portanto, cogitar de um desequilíbrio com posterior medida para reequilibrá-lo” e que “está agindo de maneira inconstitucional e ilegal o ente da Administração que se olvida de promover as medidas necessárias para que os contratos (...) permaneçam equilibrados.”¹¹¹⁵

Os contratos de concessão de serviço público, como já se viu, são mutáveis e possuem mecanismos de revisão contratual com o objetivo de recobrar o seu equilíbrio econômico-financeiro quando ele se perde. Deste modo, fatores de desequilíbrio contratual — que não sejam decorrentes de riscos assumidos pelo próprio concessionário — devem ser objeto de revisão contratual com a finalidade de reequilibrar a equação econômico-financeira, o que deve ocorrer de modo imediato. Deve-se reconhecer, no entanto, que são pertinentes as observações de Laís Senna, no sentido de que, apesar de ser almejada, a concomitância entre os fatores de desequilíbrio e as medidas corretivas, nem sempre isso é possível na prática e, ao final da execução, pode ainda restar valor a ser compensado¹¹¹⁶. Com o encerramento do contrato, constatado, de fato, o desequilíbrio, uma indenização será devida.

É importante observar, contudo, que embora as medidas corretivas possam, no momento do termo final do contrato, não ter sido integralmente concluídas, é necessário que o desequilíbrio já tenha sido previamente apontado pelo concessionário. A solução final pode ainda estar sendo negociada entre as partes ou pode ser objeto de algum litígio, por exemplo. O que não se admite é que, no momento do encerramento contratual, o concessionário venha apontar desequilíbrios pretéritos jamais indicados anteriormente ou, ainda pior, pretenda apenas demonstrar uma defasagem de amortização dos seus investimentos, sem apontar nenhum fator específico de desequilíbrio, que justifique a responsabilidade do Poder Concedente em corrigi-la. O simples fato de não ter obtido a amortização integral não pode ser visto, em hipótese nenhuma, como um razão, em si, para que uma indenização seja devida, já que a concessão é explorada por conta e risco do concessionário, que está, como em toda atividade empresarial, sujeito a sofrer prejuízos.

¹¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 263, pp. 35-66, mai./ago. 2013, p. 45.

¹¹¹⁵ CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 208.

¹¹¹⁶ SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 63.

Pode-se alegar que, ao longo da execução do contrato, o acúmulo de diversos pequenos fatores de desequilíbrio, insuficientes cada um deles para justificar uma revisão contratual, tenham produzido um efeito acumulado suficiente para causar, ao final, um desequilíbrio. Em princípio, para resolver problemas deste tipo, grande parte dos contratos mais recentes têm previsto **revisões ordinárias periódicas** — normalmente revisões quinquenais — nas quais, independentemente de fatores de desequilíbrio agudo — tratados por revisões extraordinárias específicas —, procede-se a uma avaliação profunda das condições do contrato, revisitando toda a planilha de custos e receitas, para ajustar eventuais efeitos acumulados de fatores de menor importância que tenham passado despercebidos.

Considerando-se que o contrato não disponha de mecanismos deste tipo, ou que não tenham sido, ainda assim, capazes de corrigir o desequilíbrio, haverá, na verdade, a necessidade de proceder a uma **revisão contratual de encerramento**. A esse respeito, insista-se que não se espera, no momento de encerramento do contrato, que surjam fatores desequilibradores inéditos, nunca antes apontados pelo concessionário. Muito menos que se pretenda simplesmente uma complementação da amortização faltante carente de fundamento jurídico. Se, ao final da concessão, a Administração Pública estivesse sempre obrigada a assegurar a completa amortização dos investimentos realizados pelo concessionário, qualquer que fosse a sua causa, isso significaria isentá-lo inteiramente de qualquer risco pelo exercício da atividade empresarial, o que não se coaduna com a natureza das concessões.

Uma revisão contratual de encerramento poderá ser necessária para tratar das questões pendentes que, já tendo sido identificadas, ainda não tenham tido ainda uma solução adequada e definitiva. Não se tratará, necessariamente, de indenizar parcela de bens reversíveis não amortizados. Mesmo porque, ainda que os bens a serem revertidos estejam integralmente amortizados, pode haver investimentos de outras naturezas, como aqueles realizados nas atividades de operação e manutenção, por exemplo, que não se tenha podido remunerar em decorrência de fatores de desequilíbrio. Não haverá nenhuma razão que permita negar a revisão contratual nesses casos, apenas porque os investimentos considerados não se destinaram à aquisição de bens reversíveis. Não há dúvida de que, na exata dicção do art. 36 da Lei nº 8.987/95, no advento do termo contratual deverá ocorrer a *“indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados”*. No entanto, tal previsão não parece suficiente para cumprir o comando constitucional que protege o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Mais adequado, portanto, é referir à indenização — não apenas dos bens — mas dos investimentos

não amortizados¹¹¹⁷. Desde que se constate um desequilíbrio, o contrato deverá ser encerrado de modo equilibrado.

7.2.2.2. A origem da indenização de investimentos não amortizados

Como se sabe, ao tratar da extinção dos contratos de concessão, a legislação faz expressa referência à necessidade de que sejam indenizados os “*investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados*”. No entanto, como vimos acima — especialmente no que se refere à extinção pelo decurso de prazo daqueles contratos cuja premissa é a integral amortização dos investimentos durante a sua duração —, só haverá indenização devida caso se tenha verificado algum fator de desequilíbrio apto a afetar a equação econômico-financeira do contrato. Nesse caso, em princípio, não se vislumbra razões pelas quais apenas os investimentos “*vinculados a bens reversíveis*” devam ser indenizados, já que todos os investimentos exigidos do concessionário fazem parte da equação contratual. Uma vez desequilibrada, todos esses investimentos deverão ser considerados.

Essa tradição do direito brasileiro de vincular a indenização apenas aos investimentos não amortizados que estejam relacionados com os bens reversíveis provavelmente se explica pela influência exercida pelo direito norte-americano, já que os países que adotam o modelo de concessões geralmente não preveem regras de indenização nesses casos, exatamente por considerarem que, ou a amortização integral é uma premissa do contrato, não sendo devida

¹¹¹⁷ A mesma opinião é expressada por Maurício Portugal, ao comentar as recentes regras editadas pela ANTT e ANAC para a avaliação dos bens reversíveis para fins de indenização quando do encerramento antecipado da concessão: “*a) Elas supõem que a indenização é do valor dos bens e não do valor dos investimentos. Focam-se, por isso, em estabelecer o valor de aquisição, as regras de depreciação (e não de amortização) desses bens. O problema é que feito o desembolso que caracteriza o investimento, o valor dos bens só cai, por depreciação física. Por outro lado, os compromissos firmados (com financiadores e acionistas) para a viabilização do investimento crescem à medida que o tempo passa. Por isso, que uma regra de indenização adequada, que tivesse por objetivo manter indene o concessionário no ato de extinção do contrato, deveria centrar atenção em indenizar o valor do investimento e tratá-lo no tempo considerando os compromissos assumidos para a sua viabilização. (...) b) Outra consequência dessa visão de que a indenização é sobre bens e não sobre os investimentos é a atribuição aleatória, ou por cópia de regras fiscais (criadas para finalidades diversas do cálculo da indenização) de prazo de vida útil de bens para efeito do cálculo da depreciação; (...) d) Como a indenização é dos investimentos e não dos bens, descabe ao poder concedente abrir discussões sobre o “valor justo” da aquisição dos bens, pois não há suporte legal para isso. A presunção nesse caso é que os interesses do concessionário e do poder concedente estão alinhados em relação à aquisição de bens. Quanto mais eficiente a aquisição dos bens, maior a rentabilidade do projeto para a concessionária.*” (RIBEIRO. Maurício Portugal. iNFRADebate: ANTT, Crivella e Requião – regra sobre indenização aprovada pela ANTT ajuda populistas a estatizar concessões. Brasília: **Agenciainfra.com**, 13 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-antt-crivella-e-requiao-regra-sobre-indenizacao-aprovada-pela-antt-ajuda-populistas-a-estatar-concessoes>. Acesso em 15 de janeiro de 2020)

qualquer indenização ao final do seu prazo; ou, em caso contrário, a indenização será disciplinada pelas próprias cláusulas contratuais.

Uma das principais distinções entre o modelo de regulação contratual dos serviços públicos e o modelo de regulação por agências independentes, baseado apenas no poder de polícia, como se viu, é que, quando há contrato, as partes se comprometem em manter intangível uma equação econômico-financeira, estipulada no momento em que o contrato é firmado, sendo o prazo um dos seus elementos essenciais. Foi exatamente esse aspecto que gerou um dos principais problemas que precisou ser enfrentado nos Estados Unidos quando, no início do século XX, fez-se a transição do modelo contratual para o modelo de agências que, lá, implicou em que fossem abandonados os contratos, passando-se para uma relação não sujeita a prazos entre regulados e reguladores.

Sem o vínculo contratual, o investidor implanta a infraestrutura e depende da cobrança pelos serviços prestados por seu intermédio para amortizar o investimento. No entanto, não conta mais com um prazo fixo estabelecido em contrato e passa a exercer suas atividades por um prazo indeterminado, sendo que o preço cobrado, muitas vezes, é regulado por uma agência, a quem cabe fixar o valor justo que poderá ser cobrado dos usuários (“*just and reasonable price*”). Não havendo prazo, não há equação econômico-financeira do contrato e esse preço é calculado segundo uma taxa de retorno razoável a incidir sobre os investimentos que ainda não estejam depreciados¹¹¹⁸, como se viu acima, no subcapítulo 5.2.2. O problema surge quando, por alguma razão, a *public utility* perde a prerrogativa de prestar o serviço. Como não há um prazo determinado e, conseqüentemente, não há uma equação econômico-financeira, a retomada da infraestrutura pelo Estado equivale verdadeiramente a uma expropriação e a única saída é indenizar o investidor quanto ao valor da infraestrutura que foi por ele implantada. Essa indenização será calculada, portanto, pelo valor ainda não amortizado do investimento realizado em sua implantação. Reveladora, a esse respeito, é a referência à lei do Estado de Wisconsin, noticiada por John Lapp em artigo publicado em 1907, quando se iniciava a transição de substituição do modelo contratual¹¹¹⁹:

¹¹¹⁸ Exemplificativamente, pode-se referir à legislação de Virginia Ocidental, que fixava taxas mínimas de remuneração do capital: “*In the West Virginia law it is expressly stated that no rate shall be fixed for a public service corporation during the first ten years of its existence at a rate which will produce a net income of less than 8 per cent on the cost of construction and equipment.*” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 7, nº 3, ago. 1913, p. 441)

¹¹¹⁹ “*It is provided that only indeterminate permits shall be granted in the future and that a municipality may acquire any utility at any time, by paying therefor the price fixed by the commission.*” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907, p. 634)

Prevê-se que somente licenças indeterminadas sejam concedidas no futuro e que um município possa adquirir qualquer utilidade a qualquer momento, pagando-lhe o preço fixado pela Comissão.

A legislação, ao abandonar o regime de contratos de *franchise*, a prazo fixo, passou a estabelecer um sistema de licenças, ou seja, as *public utilities*, para operar, passavam a necessitar de uma licença. Diante da indeterminação temporal, a legislação estabelecia, então, que o município, se pretendesse reassumir aquela atividade, poderia “adquirir” a infraestrutura, devendo indenizar o investidor pelo preço a ser fixado pela agência. Por essa razão, tornou-se comum que as agências reguladoras mantivessem um cadastro com os valores atualizados dos bens da *public utility*, uma vez que geralmente cabia a elas a fixação do valor das indenizações quando o Estado decidia assumir o serviço ou transferi-lo para outra empresa. John Lapp em seus estudos, realizados nessa fase de transição, refere a diversas dessas legislações, como a própria legislação de Wisconsin¹¹²⁰:

A lei de Wisconsin prevê que a Comissão faça a avaliação da propriedade de todos os serviços públicos. Ao determinar tal valor, a comissão pode aproveitar-se de qualquer informação na posse do Conselho Estadual de Avaliação. Será realizada uma audiência pública, e após tal audiência a comissão fixará o valor e o comunicará à concessionária e à autoridade municipal onde está situada. Uma reavaliação pode ser feita a qualquer momento por iniciativa da Comissão.

Refere também à legislação de Washington, que possuía teor bastante semelhante¹¹²¹:

A Comissão é obrigada a fazer uma avaliação física das propriedades e do custo de sua duplicação. Também deverá investigar a condição financeira das public utilities e os fatos concernentes à sua capitalização.

Assim como à legislação aprovada, naquela época, pelo Estado da Califórnia¹¹²²:

A lei da Califórnia autoriza a Comissão a estabelecer sistemas contábeis uniformes, exigir fundos de depreciação e fazer avaliações físicas.

Não havendo um vínculo contratual a prazo fixo e sendo a remuneração das *public utilities* estabelecidas com base em uma taxa de retorno considerada justa e razoável, a

¹¹²⁰ “The Wisconsin law provides for a valuation by the commission of the property of all public utilities. In determining such value, the commission may avail itself of any information in the possession of the State board of assessment. A public hearing shall be held, and upon such hearing the commission shall fix the value and file a statement thereof with the utility and with the clerk of the municipality where it is situated. A re-valuation may be made at any time on the initiative of the commission.” (LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, n° 4, ago. 1907, p. 63)

¹¹²¹ “The commission is required to make a physical valuation of properties and cost of reproduction. It is required also to investigate the financial condition of public utilities and pertinent facts concerning their capitalization.” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 5, n° 4, nov. 1911, p. 596)

¹¹²² “California law authorizes the commission to establish uniform accounting systems and to require depreciation funds and make physical valuations.” (LAPP, John A. Public utilities. **The American political science review**, vol. 6, n° 4, nov. 1912, p. 577)

amortização dos investimentos que vão se fazendo necessários é obtida ano a ano, sem o compromisso de que tenha que ser integralmente realizada em um momento determinado. Por essa razão, foi necessário estabelecer nos Estados Unidos essa sistemática de indenização dos investimentos em bens reversíveis ainda não inteiramente amortizados. A lógica do modelo contratual, no entanto, é distinta. Há uma equação econômico-financeira com a qual as partes se comprometem ao firmarem o pacto original, a qual prevê um prazo determinado. Deste modo, se foi adotada como premissa a integral amortização durante a duração do contrato e o equilíbrio foi preservado, não haverá que se cogitar de indenização. Ao contrário, se forem constatados fatores de desequilíbrio, será necessário identificar qual das partes assumiu o respectivo risco. Nos casos em que o risco foi assumido pelo poder público, o contrato deverá ser reequilibrado, o que importará na consideração de todos os investimentos que foram exigidos do concessionário. Sem dúvida, os investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados deverão ser indenizados, na forma do art. 36 da Lei nº 8.987/95. Mas isso não significa que outros investimentos, não diretamente relacionados à construção, expansão, modernização e manutenção dos bens reversíveis também não devam ser indenizados.

7.2.2.3. Investimentos a serem indenizados ao final do contrato

A não ser que o contrato contenha cláusula expressa prevendo que a sua equação financeira não adota a premissa da amortização integral durante o período de sua vigência, e considerando que o contrato esteja equilibrado, os investimentos devem estar integralmente amortizados ao final da concessão. Se o contrato tiver sofrido desequilíbrios, as providências de reequilíbrio deveriam ter sido tomadas concomitantemente, na forma prevista no art. 9º, §4º da Lei nº 8.987/95. Assim, havendo, ao final do prazo contratual, investimentos ainda não amortizados, uma de duas alternativas possíveis podem ter ocorrido: (i) houve desequilíbrio contratual sem que as providências de revisão tenham sido adotadas, o que se configura como uma irregularidade da execução do contrato; (ii) houve desequilíbrio contratual e as providências para a revisão foram iniciadas, mas não puderam ser concluídas antes do final do prazo ou (ii) mesmo diante do equilíbrio contratual, o concessionário não foi capaz — por ineficiência, incompetência ou em decorrência dos riscos que assumiu como seus — de obter a integral amortização de seus investimentos.

Neste último caso, como se viu, o Poder Concedente não pode, ao final do contrato, distorcer a sua matriz de risco e compensar o concessionário pelos prejuízos que sejam a ele atribuíveis. É muito importante, portanto, que a Administração não permita que esse momento

de encerramento contratual seja usado para neutralizar os efeitos dos riscos que foram assumidos pelo concessionário, pois isso desnaturaria a concessão em si, pois o contrato deixaria de ser assumido por conta e risco do concessionário. Nesse sentido, vale a transcrição do alerta de Rafael Fernández Acevedo¹¹²³:

É importante ressaltar que de forma alguma a restauração do equilíbrio da concessão pode ser utilizada para tentar garantir que a Administração, ou seja, a sociedade em geral, arque com as perdas geradas pela má gestão da concessionária, sua falta de diligência, nem com as consequências negativas que a exploração da concessão possa ter, o que, como já se repetiu inúmeras vezes, , deve levar em consideração o risco operacional assumido.

O Código dos Contratos Públicos de Portugal tem disposição normativa expressa nesse sentido, em seu art. 282, número 6:

6 - A reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato

Nos casos em que há desequilíbrio contratual identificado, no entanto, o problema deve ser enfrentado. Essa, no entanto, nos parece a perspectiva em que se deve encarar a eventual indenização devida ao final do prazo de um contrato de concessão de serviço público: o de uma revisão contratual para atingir um equilíbrio econômico-financeiro para o encerramento da concessão. Há, contudo, opiniões em contrário, destacando-se a de Fernando Vernalha¹¹²⁴ que entende que o equilíbrio contratual não necessariamente garante a amortização de todos os investimentos durante o período de vigência contratual:

(...) poder-se-ia afirmar que a equação econômico-financeira configurada ao tempo da licitação da concessão já contemplaria todos os investimentos necessários para a plena amortização do conjunto de bens reversíveis, sendo que, num caso, por exemplo, de extinção da concessão por decurso de prazo, nenhuma indenização haveria de ser paga ao concessionário. O problema desta formulação é que em muitos casos o contrato de concessão não dará conta de discriminar todos os bens reversíveis, inclusive porque novos bens serão adquiridos e incorporados ao conjunto de bens da concessão já ao longo de sua execução. Em razão disso, a verificação do saldo não amortizado de ativos reversíveis ao poder concedente é um expediente necessário a condicionar a extinção da concessão.

Não nos parece, no entanto, que a equação econômico-financeira dependa de que sejam listados no contrato todos os bens reversíveis. O equilíbrio contratual, de uma forma ou

¹¹²³ “Es importante destacar que de ningún modo puede utilizarse el restablecimiento del equilibrio concesional para intentar que la Administración, esto es, la sociedad en general, cargue con las pérdidas generadas por la deficiente gestión del concesionario, con su falta de diligencia, ni tampoco con las consecuencias negativas que pueda tener la explotación de la concesión que, como se ha repetido numerosas veces, debe conllevar la asunción del riesgo operacional.” (ACEVEDO, Rafael Fernández. *Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional*. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 2)

¹¹²⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 348.

de outra, sempre se estabelecerá na forma de uma equação, que conterà elementos fixos ao lado de certas variáveis, que se baseiam em estimativas. Como já se afirmou anteriormente, os contratos de concessão são incompletos, o que se reflete também em sua equação econômico-financeira. Nesses casos, quando não houver certeza quanto a alguma dessas variáveis da equação, a uma das partes caberá assumir o respectivo risco. Se a estimativa não se concretizar, a parte a quem coube o risco, assumirá os custos inesperados. O problema continua sendo, portanto, de revisão contratual para o seu reequilíbrio, quando for o caso. Não há como sustentar, nesse sentido, que, tendo sido o contrato concebido para uma amortização integral dos investimentos ao longo de sua duração e tendo se mantido equilibrado, ainda assim se imponha, ao final, a indenização de investimentos não amortizados em bens reversíveis.

A nosso ver, portanto, a prescrição normativa do art. 36 da Lei nº 8.987/95, ao determinar a indenização de investimentos não amortizados, deve ser interpretada em conjunto com aquelas constantes dos incisos do art. 2º da mesma lei, que indicam que o concessionário atua por sua conta e risco. Quando do decurso regular do prazo contratual, portanto, só deve haver indenização quando for identificado um desequilíbrio ou quando essa circunstância tiver sido originalmente prevista e regulada pelo próprio contrato, modelado sem a premissa de amortização integral. A questão tem gerado, no entanto, muita polêmica e discussões, inclusive de natureza judicial. Maurício Portugal refere, por exemplo, aos inúmeros casos de encerramento de contratos de concessão para a prestação do serviço de saneamento que, firmados entre municípios e empresas estaduais, como parte do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, de 1971, começaram a chegar a seus termos finais a partir de 2001¹¹²⁵. Houve, então, a extinção de centenas de contratos de concessão, o que gerou grande preocupação nas empresas estaduais de saneamento, em razão da potencial perda de demanda que poderiam enfrentar.

Alguns municípios assinaram os novos contratos de programa, previstos na Lei nº 11.107/95, mas alguns decidiram licitar a operação, encontrando grande resistência das concessionárias estaduais, que alegavam, na maioria das vezes, que haviam realizado investimentos ainda não amortizados, razão pela qual seus contratos deveriam ser mantidos até que a amortização se completasse, argumento que, na época, foi admitido pelo Poder

¹¹²⁵ RIBEIRO. Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões**: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Consultado em 18 de novembro de 2019, p. 370 (nota de rodapé 4).

Judiciário, tendo adiado em décadas a possibilidade de que os municípios pudessem licitar os seus serviços, perdurando até hoje certa indefinição, estando em trâmite um novo marco para o setor do saneamento, de modo a dar mais segurança jurídica a potenciais investidores. Essa questão já foi examinada quando se abordou a possibilidade de prorrogações contratuais com a finalidade de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, no subcapítulo 6.2.2.1 acima. Abordou-se naquela oportunidade jurisprudência mais recente referente a usinas de geração de energia elétrica que também sustentaram um suposto direito adquirido a manter em operação suas concessões até que os investimentos realizados fossem integralmente amortizados, embora dessa vez com menos sucesso. As observações apresentadas naquela ocasião servem perfeitamente para essa situação. Deste modo, para apurar se há ou não indenização devida ao final do contrato, é preciso verificar, em primeiro lugar se o contrato adotou como premissa a amortização integral do investimento, o que deve ser presumido no caso do silêncio contratual, já que essa é a regra dos contratos de concessão. Confirmada a premissa, só será devida alguma indenização caso seja possível identificar algum fator de desequilíbrio.

Essas polêmicas têm levado, em diversos casos, à elaboração de cláusulas nos contratos de concessão que vedam expressamente qualquer possibilidade de indenização ao final do prazo contratual, decorrente de eventuais investimentos não integralmente amortizados. Os últimos contratos de concessão para exploração dos aeroportos, por exemplo, ao tratarem do advento do termo contratual, estabelecem que¹¹²⁶:

13.12.1. Ao termo da concessão ocorrerá a reversão para a União dos bens vinculados a ela, e esta se dará sem direito a qualquer indenização para o Concessionário.

Já no caso dos contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa, Fase III, sua cláusula 30 é expressa em excluir a possibilidade de qualquer pleito de reequilíbrio contratual quando do advento do seu termo final¹¹²⁷:

30.3 Indenização

30.3.1 A Concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos vinculados aos **Bens da Concessão** em decorrência do término do **Prazo da Concessão**, tendo em vista o que dispõe a subcláusula 4.3.3.

A referida subcláusula 4.3.3 tem a seguinte redação:

¹¹²⁶ Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/galeao/>. Consultado em 20 de dezembro de 2019.

¹¹²⁷ Exemplificativamente, refere-se ao contrato firmado com a Concessionária Ponte Rio-Niterói S.A. – Ecoponte, que pode ser consultado em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/ECOPONTE/Index.html. Acessado em 20 dez. 2019.

4.3.3 Todos os **Bens da Concessão** ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela **Concessionária** no **Prazo da Concessão** de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no advento do termo contratual.

No que se refere aos contratos que têm como premissa a amortização integral dos investimentos durante o prazo estabelecido para a sua duração, parece estritamente correta a providência de se inserir no contrato cláusula em que isso fique claro. Embora o silêncio contratual, em princípio, deva ser interpretado também nesse sentido, já que a previsão de investimentos não integralmente indenizáveis pelas receitas contratuais deve estar expressa nas disposições das cláusulas contratuais, o ideal é que o contrato deixe sempre explícita a adoção de um ou outro modelo. Parece exagerada e, na verdade, ilegal e inconstitucional, no entanto, a vedação quanto à existência de pleito de recomposição do equilíbrio contratual. Ora, se há uma equação econômico-financeira, com a qual as partes se comprometem, sua violação deverá sempre ser corrigida, sob pena de gerar um enriquecimento ilícito para a outra parte. Não é possível que cláusula contratual exclua a recomposição desse equilíbrio — quando tiver sido perdido — nem em favor do concessionário, nem do Poder Concedente, se for esse o caso.

A esse respeito, deve-se ressaltar que esses mesmos contratos de concessão de rodovia da 3ª Etapa, Fase III, possuem uma cláusula de alocação de riscos (cláusula 20) e uma cláusula de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (cláusula 21), cuja subcláusulas 21.1.1 e 21.1.2 têm as seguintes redações:

21.1 Cabimento da recomposição

21.1.1 Sempre que atendidas as condições do **Contrato** e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro.

21.1.2 A **Concessionária** somente poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses previstas na subcláusula 20.2 acima.

Interpretando-se a redação dessa disposição contratual *a contrario sensu* pode-se concluir facilmente que, sempre que ocorrem as hipóteses previstas na subcláusula 20.2 — que trata dos riscos cuja responsabilidade é do Poder Concedente —, o concessionário terá direito a pleitear o reequilíbrio contratual. Desse modo, caso o contrato se encontre desequilibrado quando do advento do termo contratual não haverá nenhuma razão pela qual se possa pretender vedar a formulação de um pleito dessa natureza. Como já se afirmou acima, diante de um fator de desequilíbrio, as providências para o reequilíbrio da equação contratual devem ser, o tanto quanto possível, concomitantes ao evento gerador do desequilíbrio. De todo modo, caso se chegue ao termo final do prazo do contrato sem que a revisão contratual

esteja concluída ou mesmo sem que sequer tenha se iniciado, desde que não tenha ocorrido a prescrição do direito do concessionário, deverá haver uma revisão que garanta o encerramento equilibrado do contrato. Isso não significa, no entanto, como também já se afirmou no subcapítulo 6.2.2.1 acima, que a extinção do contrato deva ser obstada enquanto o pagamento da indenização não tiver sido efetivado. Como é possível que haja litígios entre as partes para a fixação desse valor, não seria razoável estender-se indeterminadamente a duração do contrato, o que, em verdade, violaria o próprio art. 175 da Constituição, que exige a fixação de um prazo para os contratos de concessão de serviço público.

Solução intermediária foi concebida para os contratos de concessão das concessionárias de telefonia fixa, como se verifica pelo texto de sua cláusula 23.3¹¹²⁸:

Cláusula 23.3 A reversão dos bens de que trata este Capítulo, ao final do prazo contratual, será feita sem indenização, ressalvado o disposto nesta cláusula.

§1º Somente caberá indenização em favor da Concessionária caso existam, ao final da concessão, bens ainda não integralmente amortizados, cuja aquisição tenha sido previamente autorizada pela Anatel, com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido.

§2º Alternativa ou supletivamente à indenização disposta no parágrafo anterior, a Anatel poderá admitir a transferência de bens que tenham sido dados em garantia do seu próprio financiamento, sub-rogando-se na parcela financiada ainda inadimplida.

Como se vê, a cláusula também prevê, como regra geral, a premissa de que todos os bens estejam devidamente amortizados, não devendo ser cogitado o pagamento de nenhuma indenização ao final do contrato. No entanto, ressalva expressamente a possibilidade de que, durante o curso do contrato, tenha surgido a necessidade de aquisição de bens não originalmente previstos. Em casos como esse, pode-se admitir até mesmo que, diante do prazo remanescente, sequer seja possível encontrar fórmulas viáveis de reequilíbrio. Desta forma, a premissa original do contrato será, então, invertida, sendo de se esperar que, por ocasião do encerramento contratual, o bem não esteja completamente amortizado. O teor da cláusula contratual admite, então, excepcionalmente, caso se tenha revelado necessária alguma aquisição de bens para garantir a continuidade e atualidade do serviço e, desde que tal aquisição tenha sido previamente autorizada pela ANATEL, que seja devida ao concessionário indenização em razão de não ter sido possível a amortização integral. Esse parece ser exatamente o espírito do art. 36 da Lei nº 8.987/95, quando prevê que a reversão dos bens, quando a extinção se dá pelo advento do termo contratual, “*far-se-á com a*

¹¹²⁸ Exemplificativamente, faz-se referência ao contrato firmado com a empresa Telemar Norte Leste S.A., que pode ser consultado em: http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?null&filtro=1&documentoPath=Telefonia_Fixa/stfc/contratos/401667-CC_LOCAL_S06.pdf.

indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

Pode-se cogitar, nesses casos, que o investimento não originalmente previsto seja exigido pelo Poder Concedente ou provocado por iniciativa da própria concessionária. No primeiro caso, é de se esperar que o ato administrativo que impõe uma nova obrigação seja acompanhado de uma medida compensatória, já que, de outro modo, tratar-se-ia de uma imposição ilegal por parte do poder público¹¹²⁹. Quando se trate de medida de iniciativa da própria concessionária, que pode concluir pela necessidade de aquisição de algum bem ou realização de alguma obra para que seja possível, por exemplo, manter os índices de performance ou qualidade exigidos pelo contrato, sem que o prazo restante da concessão permita a sua completa amortização, parece ser recomendável a obtenção de prévia anuência do Poder Concedente¹¹³⁰.

Ao examinar esse tipo de situação, Maurício Portugal faz uma importante distinção entre dois modelos de contratos de concessão de serviços públicos: aqueles baseados em obrigações de investimento e outros baseados em obrigações de desempenho¹¹³¹. O próprio autor reconhece, todavia que, na prática, não é possível dividir os contratos em duas características estanques como essas, podendo-se identificar apenas a prevalência de obrigações de cada um desses tipos nos diversos contratos de concessão. As obrigações de investimento são aquelas que impõe ao concessionário a construção de infraestruturas ou realizações de obras especificadas previamente, com valores previamente fixados, em

¹¹²⁹ Mariana Dill’Agnol Canto chama a atenção para a necessidade de que as medidas compensatórias ocorram de modo simultâneo ou, ao menos contemporâneo, com o elemento que causou o desequilíbrio: “o ato administrativo que alterar cláusula contratual, onerando ou desonerando o particular, deve vir necessariamente acompanhado, no mesmo ato ou em ato simultâneo, de mecanismo apto a manter o equilíbrio que de outra forma seria desnaturado pela alteração pretendida. A legalidade do ato administrativo que altere o contrato depende da referida adoção de medida compensatória, pois, de outro modo, o ato administrativo incorreria em manifesta violação à proporcionalidade entre ônus e bônus legalmente assegurada.” (CANTO, Mariana Dall’Agnol. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 207 e 208)

¹¹³⁰ “Além disso, muitos contratos já preveem que apenas poderão ser considerados bens reversíveis sujeitos a indenização aqueles que tiverem sido adquiridos ou construídos com anuência expressa do Poder Concedente e/ou da respectiva agência reguladora, o que delimita a discussão sobre o investimento ter sido feito para garantir a ‘atualidade e a continuidade’ do serviço concedido”. (PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 289)

¹¹³¹ RIBEIRO. Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Consultado em 18 de novembro de 2019, pp. 376 a 381.

momento pré-definido pelo plano de negócios que consta como anexo do respectivo contrato. Oferece como exemplo os contratos de concessão rodoviária da Ponte Rio-Niterói ou da rodovia Presidente Dutra, no que se refere às expansões de sua capacidade. Já as obrigações de desempenho dizem respeito à necessidade de que o concessionário mantenha índices de qualidade na prestação do serviço, cabendo-lhe decidir quais investimentos deverão ser realizados e em que momento, de modo a assegurar a manutenção dos índices de qualidade exigidos.

Segundo suas observações, quando há obrigações de investimento, “os acionistas da concessionária, enquanto ainda participantes da licitação, conseguem dimensionar a tarifa (e o pagamento público, se for uma PPP) necessária à amortização desses investimentos”. Já no caso das obrigações de desempenho “esse procedimento simplesmente não é viável”, uma vez que “o gatilho para a realização (...) do investimento em expansão de capacidade dessas infraestruturas é (...) vinculado ao crescimento da demanda, o que torna incerto os momentos e também os valores dos investimentos”¹¹³².

O autor, então, condena as cláusulas que vedam o pagamento de indenização quando do término do prazo contratual nos casos em que haja obrigações de desempenho para o concessionário. Segundo sua concepção, nesses casos, cabe ao concessionário identificar os gatilhos que indiquem a necessidade de realizar os investimentos necessários para a manutenção dos índices de qualidade exigidos, o que pode ser imprevisível. Daí, se tais gatilhos ocorrerem em data próxima ao termo final do prazo contratado, caberá ao concessionário optar entre descumprir um indicador de serviço e se sujeitar às respectivas penalidades ou realizar um investimento que sabe não ser possível amortizar até o final do contrato, não sendo possível o seu reequilíbrio, já que “*esses contratos não preveem essa hipótese de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*”¹¹³³.

Como já se afirmou, no entanto, não nos parece possível que o contrato vede o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão de serviço público, pois isso violaria o disposto no art. 37, XXI da Constituição e art. 10 da Lei nº 8.987/95. O que o contrato pode fazer é alocar os riscos entre as partes. Nesse sentido, parece muito pertinente a

¹¹³² RIBEIRO. Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões**: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Consultado em 18 de novembro de 2019, p. 378.

¹¹³³ RIBEIRO. Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões**: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Consultado em 18 de novembro de 2019, p. 379.

distinção usada pelo autor entre as obrigações de investimentos e as obrigações de desempenho. No caso das obrigações de investimento, a identificação de eventual desequilíbrio do contrato será muito mais fácil, já que baseada em critérios objetivos. Os elementos da equação econômico-financeira, nesse caso, serão elementos fixados previamente pelo contrato, já que o valor dos investimentos e mesmo o momento de sua realização se encontram pré-determinados. Em geral, a remuneração para a viabilização de tais investimentos deverá estar atrelada a uma expectativa de demanda, cujo risco deve estar atribuído a uma das partes. Caso o risco seja do Poder Concedente e a demanda não se mostre adequada, ou o regulador deverá rever a obrigação contratual ou reequilibrar o contrato.

Os casos de cláusula de desempenho serão, sem dúvida mais complexos. Nesses casos, o contrato não possui valores ou marcos temporais pré-determinados. Isso não significa que o contrato não tenha uma equação econômico-financeira, mas essa equação foi propositalmente deixada mais incompleta, com maior quantidade de variáveis mantidas em incógnita. Normalmente, isso se justifica em razão da percepção de que os agentes de mercado têm maior capacidade do que o Poder Concedente para projetar o desenvolvimento potencial da concessão, estimando quais deverão ser os investimentos necessários e em que momento deverão ser realizados, de modo a manter os níveis de qualidade exigidos. Em princípio, portanto, tais riscos devem ser assumidos pelo concessionário. Assim, em contratos nos quais predominem as obrigações de desempenho, não havendo disposição em contrário, caberá ao concessionário planejar os investimentos e gerenciar a execução do contrato de modo a encontrar os níveis e momentos ótimos para investir, de modo a obter a melhor relação entre os custos necessários para garantir os níveis de qualidade de serviço e as receitas oriundas da demanda.

O problema nesses casos, portanto, não está em uma suposta vedação dos contratos a que sejam adotadas medidas de reequilíbrio, mas sim no fato de que os riscos que levaram ao seu desequilíbrio foram assumidos pelo concessionário, de modo que não faz jus a uma revisão. Se, ao contrário, os eventos desequilibradores da equação econômico-financeira consistem em riscos assumidos pelo Poder Concedente, a revisão será um direito do concessionário, independentemente de as naturezas das obrigações prevalecentes no contrato serem de desempenho. Não nos parece, portanto, que seja possível afirmar que a obrigação do Poder Concedente de indenizar o concessionário ao final do prazo contratual esteja descolada da equação econômico-financeira do contrato a depender da natureza das obrigações contratuais. Tratando-se de obrigações de investimento ou de desempenho, caso haja investimentos não amortizados quando do advento do prazo contratual, para saber se uma

indenização será ou não devida será imprescindível identificar qual das partes assumiu os riscos relacionados ao evento que impediu a integral amortização.

A depender da natureza das obrigações assumidas pelo concessionário, esse exame pode ser mais ou menos difícil de ser concluído. O ideal, portanto, é que haja procedimentos devidamente disciplinados pelo contrato ou por algum regulamento posterior. Em princípio, não parece recomendável, por exemplo, especialmente quando se trate de risco assumido pelo poder público, que a concessionária tenha a prerrogativa de decidir sozinha quanto à realização de investimentos em bens reversíveis, cuja amortização não seja possível dentro do prazo contratual estabelecido. Nesses casos, tendo em vista que a decisão de investimento onerará a concessão, podendo impor um dever de indenização ao poder público ou a sua transferência para o próximo concessionário, com reflexos futuros, em período no qual o serviço não mais estará sob a gestão, o ideal é que o contrato imponha ao concessionário que, ao identificar uma situação desse tipo, consulte o Poder Concedente.

Constatada a existência de investimento em bens não inteiramente amortizados ao final do período de concessão e reconhecido o direito do concessionário a ser indenizado, Lucas Navarro Prado¹¹³⁴ ressalta que haverá três desafios principais ao aplicador do direito: (i) a identificação de quais sejam os bens reversíveis, (ii) a discriminação dentre os investimentos realizados, de quais aqueles cujo objetivo reconhecidamente foi garantir a continuidade e atualidade do serviço e (iii) a compreensão do que seja amortização ou depreciação para este fim.

O tratamento a ser conferido a cada um desses elementos, como já se referiu, poderá variar significativamente a depender de qual o modelo de concessão pelo qual se tenha optado quando da assinatura do contrato. Pode-se identificar diversas modelagens adotadas para as concessões ao longo do tempo e a depender do serviço delegado, as quais para facilitar a análise, podem ser reunidas em três conjuntos principais, propostos pelo autor já referido¹¹³⁵: (i) o modelo financeiro, mais comumente usado em concessões modernas, embora comportando diversas variantes, (ii) o modelo contábil (ou modelo do custo histórico) e

¹¹³⁴ PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 288 e 289.

¹¹³⁵ PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 290 e 291 e REIS, Márcio Monteiro. De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de *et alli* (coord.). **Regulação e Infraestrutura**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2018, especialmente às pp. 513 a 516.

(iii) o modelo patrimonial (ou modelo do custo de reposição), estes dois últimos mais comuns em contratos antigos, embora ainda usados contemporaneamente.

Importante referir, ainda, que, para que se configure efetivamente devida a indenização, será necessário demonstrar que o investimento, de fato, coube à concessionária. Nos casos dos contratos de parceria público-privadas, por exemplo, a Lei nº 11.079/2004 prevê expressamente, em seu art. 6º, §§2º e 5º que não haverá indenização correspondente aos investimentos realizados com recursos aportados pelo parceiro público.

Pode-se concluir, então, afirmando que, no caso de uma concessão encerrada pelo decurso de prazo, há presunção de que todos os bens reversíveis estejam integralmente amortizados. Essa, no entanto, será certamente uma presunção relativa, cujo desconstituição dependerá de que seja demonstrada uma necessidade, não originalmente prevista, da aquisição de bem ou bens imprescindíveis para assegurar a continuidade e atualidade do serviço em momento no qual já não era mais possível obter sua integral amortização; ou algum outro fator de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, cabendo ao Poder Concedente o risco inerente ao evento desequilibrador. Caberá, nesses casos, então, estabelecer a metodologia mais adequada para calcular a indenização devida, que deverá corresponder, na verdade, não só à parcela que não foi possível amortizar integralmente desses bens especificamente considerados, mas de todos os investimentos realizados pelo concessionário que tenham sido afetados pelo fator que desequilibrou a concessão, devendo-se proceder a uma revisão contratual de encerramento para atingir o equilíbrio necessário para a extinção do vínculo contratual.

7.2.2.4. Extinção antecipada e indenização

Sem que se pretenda empreender uma análise das distintas possibilidades de extinção antecipada dos contratos de concessão e parcerias público-privadas, como a caducidade, encampação, rescisão ou relicitação, que possuem características bastantes específicas a serem consideradas, pode-se fazer uma afirmativa de cunho geral de que, tomada a decisão de antecipar o encerramento do contrato, haverá um desequilíbrio de sua equação econômico-financeira, diretamente provocada pela alteração de uma de suas variáveis: o prazo originalmente estabelecido, que foi encurtado.

Assim, ao contrário do que ocorre nos casos de extinção pelo decurso de prazo, a extinção antecipada é, em si, um elemento de desequilíbrio contratual, que impõe medidas de reequilíbrio. Ou seja, a extinção antecipada enseja necessariamente uma revisão contratual,

que deverá ser contemporânea ao seu encerramento. Devem ser analisados, portanto, todos os elementos da equação econômico-financeira do contrato¹¹³⁶, que restará desequilibrada pela alteração da variável de prazo. Não apenas os bens reversíveis não amortizados ou depreciados devem ser indenizados. Reconhecendo-se o **desequilíbrio provocado pela antecipação do termo final do prazo**, deve se proceder a uma ampla revisão de encerramento, na qual deverão ser considerados todos os aspectos inerentes ao seu equilíbrio, inclusive investimentos não necessariamente associados à aquisição de bens reversíveis. O equilíbrio estabelecido na origem contratual consiste na relação de proporcionalidade instituída quando de sua celebração, entre o potencial de todas as receitas contratualmente autorizadas em face do conjunto de todos os custos potencialmente impostos¹¹³⁷. É esse equilíbrio original que, desfeito pela modificação do prazo de exploração do serviço, deve ser restabelecido.

Alguns exemplos podem ser imaginados, de modo a concretizar um pouco essa ideia. Considere-se, por exemplo, uma concessionária do serviço público de distribuição de gás canalizado que, cumprindo suas metas de universalização, constrói novo ramal para alimentar cidades de região do Estado ainda não atendidas. Naturalmente, a população dessas cidades já está acostumada a utilizar o gás liquefeito de petróleo (GLP) distribuído em botijões. Para receberem o gás canalizado poderão ser obrigadas a fazer obras em suas casas para instalar as tubulações internas, assim como adaptar seus equipamentos para passar a receber o gás natural. Além disso, passarão a receber contas mensais, com cobrança pela disponibilidade do serviço, mesmo quando não utilizado. Faz-se necessária, portanto, uma campanha de

¹¹³⁶ Como bem apontado por Egon Bockmann, “nestes tipos contratuais, a figura da balança é inadequada, pois existe um negócio firmado entre concedente e concessionário que se destina à eficiência de outros contratos, fragmentados e espalhados no tempo, celebrados com todos e com cada um dos usuários (isso sem falar nos contratos de empréstimos financeiros, de empreitada de obra, de pessoal, de tecnologia de informação etc. etc.). Nós não estamos analisando uma relação jurídica bilateral desenvolvida no tempo presente, mas sim estamos diante de um negócio bilateral (Administração-particular), que dá origem a todo um universo de relações multipolares, presentes e futuras. Assim, se balança houver, ela tem muitos pratos, de diferentes tamanhos e perspectivas, muitos deles presentes e outros tantos futuros.” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos de longo prazo e a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86.)

¹¹³⁷ Dromi distingue o equilíbrio econômico do equilíbrio financeiro, afirmando que, no que se refere ao equilíbrio econômico, “el sinalagma convenido debe *conciliar los términos de la ecuación, inversión y rentabilidad*, procurando el equador de la misma: la *intangibilidad del precio*, entendiendo por tal a la equivalencia entre las prestaciones a las que *se obligaron las partes al momento de la firma* del contrato [...]” (DROMI, Roberto. **Ecuaciones de los contratos públicos**. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008, p. 281). Já no que se refere ao equilíbrio financeiro, “en el contexto del sinalagma contractual, el equilibrio surge de la valoración de la relación entre inversión y rentabilidad, que determine la tasa de retorno de la inversión a realizar en que se expresará la estructura económico-financiera.” (DROMI, Roberto. **Ecuaciones de los contratos públicos**. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008, p. 306)

esclarecimento à população quanto às vantagens da nova forma de fornecimento que está chegando na cidade e um esforço de convencimento para que haja, de fato, um engajamento da população ao novo serviço público e um acréscimo de usuários e, conseqüentemente, de demanda, que justifique o investimento realizado na infraestrutura.

Deste modo, além dos recursos investidos diretamente na construção da infraestrutura de gasodutos, a concessionária deverá realizar, em prol da concessão, campanhas de publicidade e esclarecimento da população local, de modo a angariar novos usuários para o serviço. Se a concessão vier a ser extinta antecipadamente em momento muito próximo dessa expansão, não se pode sustentar que os únicos investimentos a serem indenizados devem ser aqueles realizados para a construção do gasoduto. Não há sentido em impor à concessionária que assuma como prejuízo os investimentos em comunicação e publicidade, já que esses recursos foram também usados em prol da concessão e redundarão em vantagens a serem auferidas pelo novo operador do serviço durante um tempo que não se pode aferir com certeza, já que, muitas vezes, decisões como essa demoram a ser tomadas e, mesmo depois de tomadas, demoram a ser implementadas, especialmente quando se faz necessária a execução de obras nas residências para permitir que se receba o gás canalizado.

Outro exemplo a ser referido pode ser o de uma concessionária de rodovia que assumiu o compromisso contratual de, decorridos dez anos de um contrato firmado originalmente por vinte e cinco anos, construir uma nova via, mais moderna e com trajeto mais eficiente, de modo a reduzir o tempo de viagem, ocasião em que a via original, antiga, reverteria ao Poder Concedente e deixaria de ser pedagiada, de modo a servir como alternativa para os usuários. Alguns anos antes do marco temporal previsto em contrato, a concessionária contrata empresa especializada para a elaboração do projeto e realiza também a contratação de pessoal próprio para acompanhar o seu desenvolvimento, investindo somas consideráveis nessa atividade. Antes do início das obras, no entanto, o contrato é encerrado antecipadamente. Deste modo, não tendo havido sequer o início das obras, não haverá bem reversível a ser indenizado. Todavia, parece evidente que os investimentos ocorridos na fase de preparação deverão ser levados em conta em uma revisão de encerramento.

Pode-se, ainda, cogitar de uma hipótese em que o concessionário tenha vantagem indevida em decorrência do encerramento antecipado. Pode ser esse o caso no exemplo do aterro sanitário, já utilizado no subcapítulo 7.1 acima, quando se examinou o instituto da relicitação. O encerramento de um contrato de concessão de aterro sanitário no final da sua vida útil, quando estiver próximo de atingir o limite da sua capacidade de recebimento de rejeitos, ocorrerá em uma fase na qual a maior parte das receitas já foi auferida, mas ainda há

muitos investimentos pendentes, necessários para a inertização do local e adoção das medidas ambientais mitigadoras do impacto gerado por aquela acumulação de resíduos. A extinção antecipada do contrato, nesse caso, portanto, desequilibrará a equação econômico-financeira em desfavor do Poder Concedente, já que as receitas obtidas durante o período útil do aterro deveriam suportar não somente os custos de implantação da infraestrutura, mas também aqueles a serem incorridos ao final, com a gestão do passivo oriundo da atividade. Nesse caso, não basta constatar, ao final do contrato, que os bens reversíveis foram integralmente amortizados. Será necessário proceder a uma revisão de encerramento contratual, na qual deverão ser analisados todos os elementos da equação econômico-financeira original, ocasião na qual, provavelmente será constatado um desequilíbrio a indicar a necessidade de a concessionária indenizar o Poder Concedente.

Deste modo, ainda que os arts. 35, §4º, 37 e 38, §5º da Lei nº 8.987/95 façam expressa referência ao art. 36, incorporando a determinação de “*indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados*”, a todas as formas de extinção dos contratos de concessão, inclusive quando antecipada, reputa-se que a única forma de assegurar que sejam “*mantidas as condições efetivas da proposta*”, como determina do art. 37, XXI da Constituição é realizando, nesses casos, em que o extinção se dá antes do prazo originalmente previsto, uma ampla revisão de encerramento, na qual devem ser levados em conta todos os elementos da equação econômico-financeira do contrato e não apenas a efetiva amortização dos bens reversíveis, isso porque a modificação do prazo é, por si só, um fator de desequilíbrio.

Conclusão

Como se asseverou no início desta tese, seu objetivo principal foi, diante da crise contemporânea que se abate sobre a regulação dos serviços públicos, especialmente em razão de problemas variados que se tem identificado, normalmente relacionados com dificuldades inerentes à existência de um prazo certo nos contratos de concessão, investigar se o modelo contratual de regulação de serviços públicos se encontra ultrapassado e deve ser substituído. Após o levantamento realizado ao longo dos capítulos precedentes, concluiu-se que tal modelo, caracterizado pela titularidade estatal, conserva a sua importância e deve ser preservado como uma das opções regulatórias disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Restou claro, ao longo da pesquisa, que a Constituição brasileira instituiu um modelo bastante flexível, deixando largo espaço de decisão para o legislador ordinário optar, em relação a cada atividade, quanto ao modelo regulatório a ser empregado; desconsiderando-se o caso dos monopólios — expressamente estabelecidos pelo texto constitucional — e o das atividades que a própria Constituição qualifique como serviço público, que são raros. Embora cada um deles comporte inúmeras variações e nuances, há basicamente dois modelos regulatórios: (i) aquele a que se submetem as denominadas atividades econômicas privadas (ou *stricto sensu*), baseado nos instrumentos típicos do poder de polícia, que resultam em uma regulação de proteção, menos invasiva e (ii) a regulação contratual dos serviços públicos, caracterizada pela titularidade estatal, que envolve a *publicatio* de certas atividades, retiradas do âmbito da livre iniciativa e que passam a ser desempenhadas sob um regime de direito público e submetidas a uma regulação de performance; assim como pela atribuição do papel de garantidor ao Estado, que ao assumir o compromisso com a disponibilidade do serviço e com a manutenção de certos níveis de qualidade e condições de acesso e preço, excepciona a regra da isonomia competitiva. Ambos modelos podem contar com a atuação de uma agência reguladora, a depender de previsão legal, cujas competências e forma de organização serão definidas em lei.

Deste modo, conclui-se que não se mostram necessárias reformas institucionais ou de índole constitucional, já que, na maioria das vezes, quando se entenda inadequado lançar mão da regulação contratual a prazo certo, bastará uma decisão legislativa nesse sentido. Deve-se considerar, ainda, que há vantagens e desvantagens em optar pelo modelo contratual, o que deverá ser ponderado caso a caso. Não se preconiza, portanto, o modelo de regulação de serviços públicos como ideal, nem muito menos como indesejado ou algo a ser evitado. A decisão de qualificar atividades econômicas como serviço público, portanto, deverá ser

precedida de reflexões específicas e da análise de cada mercado. De todo modo, quando se revelar adequada a utilização do modelo contratual aprazado, foram identificadas, ao longo do trabalho, várias oportunidades de aperfeiçoamento na prática do direito brasileiro, que podem ter o efeito de contornar ou minimizar os problemas que têm sido identificados.

A pesquisa se iniciou pela busca das raízes históricas das concessões e do controle do poder público sobre a prestação de certos serviços à população, desde Roma, passando pelas banalidades medievais, as cartas reais, até chegar aos contratos de concessão, mais frequentes a partir do século XVII. Essa raiz europeia foi inicialmente compartilhada tanto pela França e diversos países que seguiram o modelo de delegação estatal de serviços públicos, com o uso dos contratos de concessão; como pelos Estados Unidos da América, que inicialmente adotou o modelo dos contratos de *franchise* para viabilizar a exploração privada das *public utilities*.

Esses foram os dois modelos de direito comparado usados, nos capítulos 2 e 3, para encontrar as raízes mais próximas da regulação dos serviços públicos no Brasil e entender o seu funcionamento, as razões históricas da utilização do modelo contratual e quais os tipos de atividade que têm sido submetidas a essa regulação. Inegavelmente, são os modelos que mais direta e intensamente influenciaram o direito administrativo brasileiro, especialmente quanto à atividade regulatória. Além disso são os modelos de maior proeminência na maior parte do mundo ocidental, em que geográfica e culturalmente se insere o Brasil.

Nos Estados Unidos, após o período inicial dos contratos de *franchise*, a regulação contratual a prazo foi abandonada, tendo se afirmado o modelo de regulação por agências, que se baseia exclusivamente no poder de polícia e cujos limites foram se estendendo ao longo do tempo, na medida em que as necessidades de intervenção estatal foram sendo ampliadas, especialmente após a era do *New Deal*. Pudemos constatar, no entanto, que as principais razões que levaram a essa virada no ambiente regulatório norte-americano em nada se confundem com as questões que causam atualmente a crise do modelo contratual de regulação de serviços públicos no Brasil. Ao contrário do sistema jurídico brasileiro, apesar de a Suprema Corte norte-americana ter tangenciado em alguns momentos, especialmente em formulações contidas em votos vencidos, a adoção de uma titularidade estatal para certas atividades, essa ideia jamais foi aceita por lá. Deste modo, aos contratos firmados pelo poder público nunca se reconheceram as extravagâncias e poderes extraordinários típicos do direito administrativo de origem francesa. Os contratos de *franchise* foram abandonados porque deixavam o poder público em uma posição considerada frágil para exercer a intervenção pretendida na economia.

O direito administrativo brasileiro, no entanto, sempre se inspirou nas fontes europeias, notadamente francesas, e sempre se reconheceu ao Poder Concedente poderes extravagantes para a fiscalização, sancionamento, alteração e rescisão unilateral dos contratos de concessão. Após a outorga de uma nova Constituição democrática em 1988, o Brasil consolidou a adoção desse modelo contratual de regulação de serviços públicos, utilizado no país desde o século XIX e fortemente inspirado na experiência do direito administrativo francês.

No entanto, com o advento das reformas constitucionais que ocorreram ao longo da década de 90 do século passado, quando foram introduzidas modificações no texto constitucional de inspiração liberal, o Brasil incorporou, em sua organização administrativa, as agências reguladoras, dotadas de certa autonomia em relação ao governo, que passaram a exercer funções relacionadas à regulação de diversos setores da economia nacional. A atuação dessas agências reguladoras pode abranger tanto as atividades econômicas privadas, como os serviços públicos. Nesse último caso, quando a lei tenha atribuído competência regulatória a uma agência, sua atuação será significativamente distinta da que se observa no paradigma norte-americano, que inspirou sua instituição no Brasil. Como ocorre também em outros países que, ao introduzirem as agências reguladoras, preservaram o modelo de regulação contratual, sua atuação estará vinculada por um contrato, obrigatoriamente firmado, a prazo certo, entre a Administração Pública e aqueles que pretendem prestar os serviços públicos.

Demonstrou-se, no capítulo 4, a existência, no Brasil, de dois regimes bem demarcados para o desenvolvimento de atividades econômicas pelos particulares, a que já se referiu: um informado pela livre iniciativa e liberdade empresarial, aplicável às atividades econômicas privadas, que se encontram submetidas a uma regulação de proteção, na forma do art. 173 e não sujeitas diretamente ao planejamento estatal e, de outro lado, o regime de serviços públicos, submetidos a uma regulação de performance, que se dá por meio de contratos aprazados, cuja assinatura é imprescindível para que o particular tenha acesso a prestar certos serviços, em relação aos quais o planejamento estatal se revela determinante. É exatamente a flexibilidade deixada pela Constituição para que o legislador ordinário selecione as atividades que deverão se submeter a um ou outro desses modelos, que nos permitiu formular acima a conclusão pela desnecessidade de reformas institucionais ou de índole constitucional.

Na Parte II, então, passou-se a tratar mais especificamente do aspecto temporal, que necessariamente caracteriza a regulação contratual, quando seja essa a opção adotada para uma atividade determinada. Procurou-se, logo no início, no capítulo 5, caracterizar bem os

principais problemas envolvendo a utilização de contratos aprazados, descrevendo as recentes iniciativas no âmbito legislativo para o enfrentamento desse problema: a prorrogação antecipada e a relicitação. Como o principal modelo alternativo à regulação contratual é o norte-americano, exclusivamente baseado no poder de polícia, normalmente exercido por agências reguladoras e sem prazo certo, procurou-se realizar um exame daquele sistema jurídico, especialmente quanto às razões que levaram ao abandono dos contratos de *franchise* e das repercussões positivas e negativas dessa transição, apontando, inclusive, casos recentes em que a jurisprudência ou a doutrina lançaram mão de artifícios interpretativos para simular uma relação contratual, de modo a encontrar soluções para problemas complexos, levando à utilização de conceitos como os de *regulatory compact* ou *implied regulatory contract*; além da difusão de uma prática cada vez maior de se lançar mão de instrumentos contratuais para transferir ao setor privado atividades tipicamente estatais, que tem sido conhecida como *governing by contract*.

Essas circunstâncias recentes do direito norte-americano indicam que pode haver benefícios na adoção do modelo regulatório contratual, capaz de oferecer respostas melhores ou mais eficientes, em determinados casos, do que o modelo baseado exclusivamente em poder de polícia. Dessas características, podem ser extraídas algumas vantagens, tanto para a sociedade e a Administração Pública, quanto para os investidores privados, na adoção desse regime público de natureza contratual, caracterizado por uma temporalidade necessária. Passou-se, então, a um esforço de identificação das principais vantagens e desvantagens de se valer de uma regulação aprazada, por contrato.

As principais vantagens para a sociedade são, de um lado, o papel de garantidor assumido pelo Estado quanto à prestação dessas atividades, assegurando níveis adequados de qualidade. Para se desincumbir dessa missão, o Poder Concedente passa a dispor, graças à existência de um contrato modificável por ele unilateralmente, de um instrumento jurídico que autoriza uma regulação de espectro mais amplo, à qual ora se denomina regulação de performance, com potencial de intervenção mais intensa no próprio desempenho da atividade; ao contrário da regulação de proteção, relacionada apenas ao exercício do poder de polícia; além de não se submeter às regras de isonomia competitiva, típicas do domínio da livre iniciativa. Como consequência, tendo em vista que a atividade qualificada como serviço público se afasta das regras do livre mercado, impõe-se a obrigatoriedade de se recorrer a uma licitação após determinados períodos previamente estipulados, o que assegura a existência de alguns momentos em que a Administração Pública será obrigada a se certificar de que as

condições em que a atividade está sendo prestada são realmente as mais favoráveis disponíveis no mercado.

Do ponto de vista do concessionário, o estabelecimento do vínculo contratual permite a formulação de uma equação econômico-financeira, com a qual ambas as partes se comprometem e da qual o prazo é um dos elementos essenciais, o que oferece ao investidor um grau de proteção reforçado, especialmente relevante em projetos de longo prazo. Por outro lado, tratando-se de um país em desenvolvimento, em fase de amadurecimento de suas instituições, assim como de sua economia, com uma arraigada cultura estatizante, em que frequentemente se verifica forte demanda popular pela intervenção do Estado nas relações entre empresas ou em suas relações com seus clientes e consumidores, revela-se importante a existência de dois modelos bem demarcados, de modo que seja conferida especial proteção à livre iniciativa no regime aplicável às atividades privadas, que devem estar sujeitas apenas ao poder de polícia. Quando não tenha ocorrido a qualificação de determinada atividade como serviço público, não se deve admitir, portanto, imposições típicas de uma regulação de performance, em razão da expressa vedação contida no art. 174 da Constituição. O respeito aos limites entre um e outro modelo será essencial para transmitir maior segurança jurídica à iniciativa privada.

Esses são alguns dos aspectos que podem explicar porque diversos países em que os serviços públicos tradicionalmente são delegáveis por contratos de concessão, jamais abandonaram o modelo contratual, mesmo quando adotaram o sistema de agências reguladoras, de inspiração norte-americana, ainda que nos Estados Unidos tal modelo tenha originalmente surgido, no início do século XX, quando foi abandonado o modelo contratual de regulação das *public utilities*. Especialmente no caso brasileiro, o vínculo contratual formado entre o concessionário e o Poder Concedente revela-se relevante para conferir segurança jurídica para o investidor. Deve-se reconhecer, a esse respeito, que o contexto nos dois casos é muito distinto. Quando fez a sua transição regulatória, os Estados Unidos estavam prestes a se tornar a maior potência econômica mundial. Já o Brasil, quando incorporou as agências reguladoras, no início dos anos 90, saía de um regime político ditatorial que havia durado mais de duas décadas e se encontrava mergulhado em uma grave crise econômica e de endividamento do Estado.

De todo modo, a Constituição, com raras exceções, como ocorre com o serviço postal ou a distribuição de gás canalizado, não impõe nenhum modelo regulatório. Pode ocorrer, em alguns casos, que o rol de opções do legislador seja restringido. É o que ocorre, por exemplo, em relação às atividades elencadas no art. 21, XI e XII da Constituição. Nesses casos, impõe-

se que, caso não sejam prestadas como serviço público, seja-lhes aplicável uma regulação baseada em poder de polícia, mas necessariamente com a exigência de atos de consentimento prévio, por meio do sistema de autorizações. Nos últimos tempos, tem sido perceptível um movimento liberalizante no Brasil, com uma tendência de frequentes transposições de atividades anteriormente qualificadas como serviços públicos para o regime de atividades privadas autorizadas, quando a Constituição assim o permite¹¹³⁸, com ou sem exigência de prévia autorização, conforme o caso. Isso não significa, no entanto, que o regime de serviço público não seja ainda útil em determinados casos, nem muito menos que deva ser suprimido como um modelo alternativo, à disposição do legislador, quando uma intervenção estatal mais intensa se revele necessária.

Por outro lado, o simples fato de se constatar que a Constituição oferece alternativa para o legislador ordinário não é, por si só, uma indicação de que, em algum caso, o modelo de regulação contratual dos serviços públicos seja efetivamente o mais indicado, justificando a preservação dessa modalidade aprazada de regulação no ordenamento constitucional econômico brasileiro. A esse respeito, contudo, há de se reconhecer, em primeiro lugar que, apesar de todas as crises por que passou ao longo dos tempos e nada obstante os diversos problemas referidos ao longo dessa tese, que podem ser atribuídos à temporalidade do regime de delegação por contratos de concessão a prazo certo, os serviços públicos jamais desapareceram e, naqueles países cujas tradições jurídicas os incorporam, frequentemente se continua a lançar mão de sua utilização. Como bem destaca Guglielmi¹¹³⁹, mesmo diante da prevalência contemporânea — que também se verifica na França — de uma visão mais liberal, o regime dos serviços públicos ainda encontra espaço significativo na regulação das atividades econômicas pelo Estado:

Não há dúvida de que, tanto na visão neoliberal quanto no cerne de uma lei europeia vinculada a critérios de convergência cujo controle da dívida pública e do déficit público às vezes adquire uma influência excessiva, a noção de serviço público parece perder seu significado, seu escopo, sua utilidade. No entanto, sua invocação tem sido mais frequente

¹¹³⁸ “As atividades privadas regulamentadas ou de interesse público, tal como expostas nesse Capítulo, sempre existiram, mormente após o advento do Estado Pluriclasse, mas está havendo uma discussão contemporânea a respeito delas da mais alta relevância, oriunda da convolação de alguns serviços públicos até há pouco reservados ao Estado, em atividades privadas, ainda que sujeitas a intensa regulação.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 215)

¹¹³⁹ “Nul doute que, dans la vision néolibérale comme selon les axes d’un droit européen attaché à des critères de convergence dont la maîtrise de la dette publique et du déficit public acquiert parfois une influence démesurée, la notion de service public semble perdre de son sens, de sa portée, de son utilité. Pourtant, son invocation est des plus rémanentes au sein des populations; des plus réactivées par les gouvernants dans leurs discours; des plus renouvelées par les autorités publiques sur le terrain.” (GUGLIELMI, Gilles J. et alli. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 9)

pela população; mais reativada pelos governantes em seus discursos; mais renovada pelo poder público no dia a dia.

O principal objetivo da Parte II desta tese, então, foi investigar o aspecto temporal, inerente ao modelo de regulação contratual dos serviços públicos por força da determinação contida no art. 175 da Constituição, de modo a verificar sua compatibilidade com as circunstâncias que envolvem a realização dessas atividades e, eventualmente, identificar aperfeiçoamentos que pudessem ser introduzidos na prática jurídica brasileira para lidar com essa temporalidade obrigatória. Nesse sentido, deve-se ressaltar, como restou consignado no subcapítulo 5.4, que o prazo é um dos principais elementos da equação econômico-financeira dos contratos de concessão de prestação de serviços públicos. Sua fixação deve ser criteriosa e fundada em estudos técnicos detalhados, baseados em cuidadosos levantamentos de dados. Nos casos em que se tenha optado pela qualificação da atividade como serviço público, a competência legislativa deve se ater a definir parâmetros e limites para a fixação do prazo. Cabe, no entanto, à Administração Pública, no exercício da sua prerrogativa de modelagem contratual, examinar as circunstâncias do caso concreto e fixar os prazos, assim como as condições e requisitos para a sua prorrogação, que devem constar no edital de licitação ou na minuta de contrato, que é um de seus anexos obrigatórios.

A distribuição dessa competência dentre os órgão e entes que compõe a Administração Pública direta e indireta também compete ao Poder Legislativo. Nos casos em que tenha sido instituída agência reguladora em relação a certas atividades, o modelo mais adequado tem se revelado aquele em que as decisões de delegar ou não, assim como a modelagem, que envolve a fixação do prazo e das condições de prorrogação, sejam deixadas para esferas de atuação mais política, da Administração direta, ministerial, reservando-se à agência reguladora as funções de acompanhamento e supervisão da execução contratual, com poderes inclusive sancionatórios, mas preservando certa equidistância entre os concessionários e o Poder Concedente, exercendo, em certos casos, uma função moderadora. Caberá à lei, no entanto, em cada caso, essa distribuição de competências, podendo ser identificados diversos casos em que à agência se atribuem função típica de Poder Concedente.

De todo modo, qualquer que seja a autoridade incumbida da modelagem da concessão e da fixação do prazo, tal função deverá ser exercida de modo informado e baseando-se nas circunstâncias específicas de cada caso e em estudos elaborados com antecedência, evitando-se decisões arbitrárias ou simplesmente baseadas em precedentes, tradições ou costumes arraigados. A mesma indicação é válida para o regime de prorrogações, a cujo exame se dedicou o capítulo 6, do qual dependerá, em verdade, o prazo máximo real pelo qual um

determinado contrato poderá ser executado. Essas decisões, tomadas pelo poder público no momento da modelagem contratual, devem ser muito bem motivadas. Deve-se abandonar a prática difundida do contrato “prorrogável uma única vez por igual período”, que não encontra respaldo na lógica econômica que permeia essas contratações, uma vez que não se pode prever, no momento da contratação original, quais serão os investimentos necessários a serem estipulados por ocasião da prorrogação, esse sim o momento adequado para que seja tomada a decisão quanto à duração do período adicional. A esse respeito, deve-se destacar que grande parte dos problemas relacionados à temporalidade das concessões, estão, de alguma forma, relacionados com decisões concernentes à prorrogação.

Deve-se considerar que, por serem os serviços públicos prestados fora de um ambiente de livre mercado, quanto mais se afasta do momento original da contratação, maior a probabilidade de que haja distorções nas condições de sua execução. Assim, tendo sempre em vista a importância de garantir o tempo suficiente para a amortização dos investimentos e sem descuidar da modicidade tarifária, o ideal é que haja um prazo inicial mais curto possível, seguido de sucessivas prorrogações, também pelo menor prazo possível, prorrogando-se o contrato por tantas vezes quantas forem desejáveis, até um limite máximo que deve ser previamente estabelecido. Isso concilia o interesse em obrigar o Poder Concedente a, em algum momento definido, consultar o mercado, ainda que esse momento possa ser adiado limitadamente pelas prorrogações, com as vantagens da continuidade de um concessionário com bom desempenho e a necessidade de fixar uma variável de prazo da equação econômico-financeira, assegurando a sua intangibilidade, que é importante fonte de segurança jurídica.

Os momentos previstos para as prorrogações devem ser usados como oportunidades de readequar as condições contratuais ou tomar a decisão de licitar. Com exceção de prorrogações premiais — que podem funcionar como mecanismos de remuneração variável e devem ser limitadas a períodos relativamente curtos —, não deve ser reconhecido direito adquirido do concessionário à prorrogação, a qual deve sempre estar subordinada a um exame discricionário de atendimento ao interesse público. Do mesmo modo, apesar de se reconhecer que as prorrogações contratuais podem ser um excelente mecanismo de reequilíbrio do contrato, cuja utilização pode ser preferível a outras modalidades em diversas ocasiões, não há razão pela qual se deva entender que extensões de prazo com essa finalidade não se submetam ao regime jurídico próprio das prorrogações em geral, especialmente quanto ao limite de tempo máximo que pode durar a execução de um contrato antes que o Poder Concedente seja obrigado a recorrer a uma nova licitação.

Conclui-se, portanto, que mais do que de algum defeito intrínseco do modelo de regulação contratual, os problemas que têm sido associados ao aspecto temporal dos contratos de concessão parecem decorrer de práticas distorcidas que muitas vezes são constatadas em relação à forma de lidar com os prazos dos contratos de concessão e suas condições de prorrogação. Mas a análise deste aspecto temporal não estaria completa sem o estudo da extinção da relação contratual, posto que essa é exatamente uma das principais distinções em relação à regulação sem prazo: o fato de que inexoravelmente ela se extingue, pelo simples decurso do tempo. Foi imperioso, portanto, examinar as consequências que podem ser extraídas do fato de que a regulação, quando se vincula a um contrato, está fadada a enfrentar uma extinção necessária do vínculo que une o Poder Concedente ao concessionário e permite a prestação do serviço público delegado.

O último capítulo foi, então, dedicado à extinção dos contratos de concessão, de modo que se pudesse examinar as principais implicações jurídicas relacionadas ao decurso do prazo contratual. Antes disso, no entanto, não seria possível deixar de abordar os casos de relicitação. Juntamente com o instituto da prorrogação antecipada — de que se cuidou juntamente com as outras espécies de prorrogação — são as expressões mais evidentes da crise pela qual passa a regulação contratual dos serviços públicos. Embora possa se apresentar como uma via juridicamente adequada para a solução de problemas que, de fato, podem ser gerados pela existência de prazo na relação contratual da concessão, seu mau uso também pode transmitir incentivos perversos aos concessionários ou licitantes pretendentes a se tornar concessionários. O risco moral representa uma armadilha que pode incentivar comportamentos indesejados dos licitantes, com potencial de comprometer o modelo contratual de regulação como um todo, causando-lhe sérias distorções, o que deve ser, a todo custo, evitado.

É especialmente recomendável que concessões afetadas por problemas que não se podia prever, cujos riscos foram assumidos de forma responsável pelo concessionário, mas que acabaram inviabilizando a sua execução, possam encontrar soluções consensuais de distrato. Deve-se evitar a todo custo, no entanto, que mecanismos deste tipo sejam utilizados como saída para concessionários que apresentaram propostas irrealistas, confiando em sua capacidade política de obter transformações das condições contratuais ao longo da sua execução; concessionários que arriscaram excessivamente com propostas demasiado agressivas ou mesmo aqueles que se demonstraram incompetentes, despreparados ou inexperientes para a gestão da atividade cuja responsabilidade de execução assumiram. Deste

modo, a cautela na utilização desse instrumento corretivo será essencial para a preservação de um ambiente regulatório saudável.

Já a extinção contratual como decorrência do decurso de prazo é um momento de grande importância, ao qual deve ser conferida especial atenção. Ocorrerá sempre que for atingido o termo contratualmente estabelecido e não forem possíveis ou desejadas novas prorrogações, implicando no encerramento da execução do contrato de concessão. A estipulação de um termo final indefectível, impõe transições periódicas, em que a prestação do serviço necessariamente será transferida de um prestador para outro, a não ser que o concessionário incumbente ganhe a nova licitação. Nesses momentos será imprescindível lidar com a reversibilidade dos bens usados para a prestação do serviço. Poder identificá-los com a maior segurança possível será determinante para que essa transição possa ser bem sucedida, de modo que o contrato deverá oferecer parâmetros suficientes e o Poder Concedente e a agência reguladora, quando houver, deverão manter cadastros atualizados e um controle rigoroso quanto a esse acervo.

Quando do decurso do prazo contratual, como em qualquer caso de encerramento, deverá ser assegurado ao concessionário a indenização pelos investimentos realizados e não integralmente amortizados em bens reversíveis. Deve-se atentar, no entanto, que, quando o contrato tem como premissa a integral amortização dos bens durante a execução do contrato e não existirem razões a recomendar a revisão contratual para o seu reequilíbrio econômico-financeiro, não haverá justificativa possível para a falta de amortização integral, que não o desempenho insuficiente de gestão do concessionário ou prejuízos decorrentes de riscos por ele assumidos. Como o serviço é prestado por sua conta e risco, não há que se cogitar de indenização nesses casos. Haverá parcelas de investimento não amortizadas a serem indenizadas nos casos de desequilíbrio contratual constatado que crie o direito à revisão contratual em benefício do concessionário. Nesses casos, deverão ser identificados todos os investimentos não integralmente amortizados, não apenas em bens reversíveis, já que mesmo os investimentos não necessariamente relacionados à construção, reforma ou aquisição de bens reversíveis deverão ser considerados para fins de indenização.

Para se aferir o desequilíbrio que impediu a amortização integral dos investimentos, será necessário identificar os eventos que o provocaram, de modo a verificar qual das partes assumiu o risco a eles relacionado. A indenização só será devida caso o desequilíbrio seja oriundo de fatores cujo risco cabia ao Poder Concedente. No que se refere aos riscos assumidos pelo concessionário, a ele caberá arcar com os prejuízos decorrentes. Em qualquer

caso, a extinção do contrato de concessão, sempre que necessário, deve se dar com uma revisão de encerramento, que assegure a extinção do vínculo contratual de modo equilibrado.

Por fim, diante de todas as considerações acima, e da constatação de que ainda é relevante a existência de um modelo de regulação contratual aplicável aos serviços públicos, deve-se reconhecer a relevância do fundamento jurídico conferido pela Constituição brasileira para que, em determinados casos, o legislador ordinário possa qualificar certas atividades como serviços públicos, retirando-as do regime geral de livre iniciativa e transferindo-as para a titularidade estatal, propiciando, assim, uma regulação de performance, mais intensa e, em contrapartida, assegurando aos concessionários o respeito a uma equação econômico-financeira intangível. Nesses casos, a fixação de um prazo certo mostra-se imprescindível tanto para que a equação econômico-financeira possa se completar, como para obrigar o poder público a, em algum momento, previamente definido, voltar ao mercado em busca daquelas que sejam efetivamente as condições mais vantajosas disponíveis. Caso essa regulação, marcada pela temporalidade, não se revele adequada, haverá, na maioria dos casos, alternativa disponível que não implique em estipulação de prazos certos vinculados à regulação da atividade. Caberá, então, ao Poder Legislativo examinar cada um dos mercados em que se pretende instituir algum tipo de intervenção estatal para identificar a regulação setorial mais adequada de que se deva lançar mão em cada caso. Quando opte, no entanto, pela regulação contratual, é preciso que os prazos sejam levados a sério e que sua fixação e regime de prorrogações e extinção sejam encarados com maior rigor e cuidado. Desta forma, muito provavelmente grande parte dos problemas que se tem verificado poderão ser evitados ou, ao menos, minorados.

Referências bibliográficas

ABBOUD, George. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: RT, 2014.

ACEVEDO, Rafael Fernández. Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

AMAN Jr., Alfred C. Privatization and democracy: resources in administrative law. *In*: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed, 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, Rogério Emílio de. **O preço na ordem ético-jurídica**. Campinas: Edicamp, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 263, pp. 35-66, mai./ago. 2013.

_____. **Agências Reguladoras – e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

_____. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

_____. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARBUET-VIGNALI, Herber. O atributo da Soberania. **Estudos da Integração**, v.9. Brasília: Senado Federal, 1996.

ARGUELES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, nº 38, jan/jun 2011. Rio de Janeiro, PUC.

ARISTÓTELES. **A Política**, tradução Nestor Silveira Chaves. 2ª ed. ver. Bauru: Edipro, 2009.

AUBY, Jean-François. **La délégation de service public**. Paris: PUF, 1995.

AZEVEDO, Eurico de Andrade e ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo:Malheiros, 1998, p. 101.

BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? **World Bank Working Paper nº 14**. Washington: World Bank, 2003, p. 15.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Publicação informal baseada em tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. *In*: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro** (edição especial), Rio de Janeiro, pp. 186-215.

BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUBY, Pierre. **Service public, services publics**. 2ª ed. Paris: La documentation française, 2016.

BAUMOL, William J. e SIDAK, Gregory. **Transmission pricing and stranded costs in the electric power industry**. Washington: AEI Press, 1995.

BENCHENDIKH, François. **L'essentiel de la délégation de service public**. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2014.

BEZANÇON, Xavier. **Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique**. Paris: LGDJ, 1999.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 127-152, abr./jun. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the law of England**, vol. I, Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessões de serviço público**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONBRIGHT, James C. **Principles of public utilities rates**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1961.

BOULOIS, Jean. **Droit institutionnel de l'Union européenne**. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1996.

BOYD, James. The "Regulatory Compact" and Implicit Contracts: Should Stranded Costs Be Recoverable? Discussion Paper 97-01, October 1996, **Resources for the Future**. Disponível na internet em: <http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-DP-97-01.pdf>, consultado em 4 de julho de 2016.

BRACONNIER, Stéphane. **Droit des services publics**. 2ª ed. Paris: PUF, 2007.

BREYER, Stephen. **Regulation and its reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

BROCHARD, Adrien. **Une histoire du Tribunal des conflits: le Tribunal des conflits et la protection de l'administration**. 2017. Tese (Doutorado em direito público) – Université Paris II – Panthéon-Assas, École doctorale Georges Vedel, Paris, 8 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/9e1c9514-73b2-41ff-886e-5b1f645e31f3?inline>. Consultada em 24 de novembro de 2019.

BROWN, Ashley C. Concessions, Markets and Public Policy in the Brazilian Power Sector. **The Electricity Journal**, vol. 25, n. 9, 2012.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contrato administrativo**. V. 6, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Prorrogações contínuas nas concessões? A legislação vem ampliando as hipóteses de prorrogação das parcerias com o setor privado. *In*: **Jota**, Brasília: 24 de dezembro de 2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/prorrogacoes-continuas-nas-concessoes-24122019>. Acesso em 7 de janeiro de 2020.

_____. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A necessidade de uma postura judicial de deferência aos atos regulatórios. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de *et al.* (coord.). **Regulação e Infraestrutura**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2018.

CANTO, Mariana Dall'Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARTOU, Louis. **L'Union européenne - Traités de Paris, Rome, Maastricht**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. III.

CEREXHE, Etienne. **O Direito Europeu – as instituições**. Lisboa: editorial notícias, 1985.

CHADWICK, Edwin. Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service. **Journal of the Statistical Society of London**. Londres: Wiley for the Royal Statistical Society, vol. 22, nº 3, set. 1859

CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Apontamentos sobre a reversão de bens públicos na concessão de serviço público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1999.

COASE, Ronald. Problem of Social Cost . **The journal of Law & Economics**, vol. 3, out. 1960

_____. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1988.

_____. The nature of the firm. **Economica**, new series, vol. 4, nº 16, nov. 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 1: direito de empresa, 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLE, G.D.H. e FILSON, A.W. **British working class movements: select documents, 1789-1875**. Londres: Macmillan & Co., 1951.

COOPER, Phillip. **Governing by contract: challenges and opportunities for public managers**. Washington: CQ Press, 2003.

CURY, Bruno da Silva Mussa. **Combatendo ratos, mosquitos e pessoas: Oswaldo Cruz e a saúde pública na reforma da capital do Brasil (1902-1904)**. 2012. Dissertação (Mestrado em história) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio, Programa de Pós-graduação em história, Rio de Janeiro, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DEMSERTZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, n 1. Chicago: The University of Chicago Press, abr. 1968.

DEVOLVÉ, Pierre. **Droit public de l'économie**. Paris: Dalloz, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9ª ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DROMI, Roberto. **Derecho Comunitario**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995

_____. **Ecuaciones de los contratos públicos**. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008, p. 306

DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. 1ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DUTRA, Joísa e SAMPAIO, Patrícia. Aspectos regulatórios e desafios da iluminação pública. *In*: ROCHA, Fábio Amorim da. (coord.) **Temas relevantes no direito de energia elétrica**, tomo III. Rio de Janeiro: Synergia, 2014.

E.A.M., Jr. State regulation of businesses affected with public interest. **Virginia Law Review**, vol. 18, nº 7, mai. 1932.

EKELUND Jr., Robert B. e HÉBERT, Robert F. The proto-history of franchise bidding, **Southern Economic Journal**, vol. 48, nº 2, out. 1981.

ENGEL, Eduardo M. R. A., et al. Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising. **Journal of Political Economy**, vol. 109, no. 5, 2001, p. 993.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. I. 10ª ed. Madri: Thomson Civitas, 2006.

_____. **Curso de derecho administrativo**, vol. II. 10ª ed. Madri: Thomson Civitas, 2006.

ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. 3^o ed. Paris: Dalloz, 2012.

ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004.

FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FLAMENT-GUELFUCCI, Emmanuelle e CHAVE, Isabelle. **Guide de recherche dans les archives du Conseil d'État**. Paris: Direction de l'information légale et administrative, 2018.

FRANCESCHELLI, Remo. **Trattato di diritto industriale**. Milão: Giuffrè, 1960.

FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

FREEMAN, Jody e MINOW, Martha. Introduction: reframing the outsourcing debates. *In*: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

FREITAS, Daniela Bandeira de. **A fragmentação administrativa do estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Rafael Vêras de e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de 'prorrogação'. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de riscos nos contratos administrativos regulados: os contratos de partilha de produção e de concessão da infraestrutura aeroportuária. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 139-157, jul./set. 2012.

_____. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017.

FRETEL, Anne. Révolution française et association: régénération plus que négation. **Revue Internationale de l'Économie Sociale**, nº 299. Paris: RECMA, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 6^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALLARDO, Alberto Olivares. Libre mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 41, n 1. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, jan. 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014.

_____. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo, Malheiro, 2019.

GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. **Regulación y servicios públicos**. Granada: Editorial Comares, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. 2ª ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.

GLAESER, Martin G. **Public Utilities in American Capitalism**. Nova Iorque: The Macmillan Co., 1957, p. 201.

GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011.

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

_____. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e artigo 884 do Código Civil. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 261, set./dez. 2012.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RBDE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 194, out./dez. 2004.

_____. Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1º ed. São Paulo: Almedina, 2014.

GUGLIELMI, Gilles J. *et alli*. **Droit du service public**. 4ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e respostas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121-148, jan./mar. 2008.

_____. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAURIUO, Maurice. **Derecho Publico y Constitucional**. 2ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/a.

_____. **Precis de droit administratiuf et de droit publique**. 12ª ed., Paris: Dalloz, 2002 (reimpressão da edição de 1933).

HAUTON, Marianne. L'extension de la durée des contrats de concession. *In*: **Contrats Publics**, Moniteurjuris, nº 183, jan. 2018. Disponível em <https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2018/01/L%E2%80%99extension-de-la-dur%C3%A9e-des-contrats.pdf>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

HAYEK, Friedrich A von. The use of knowledge in society. *In*: **The American Economic Review**, vol. 35, nº 4, set. 1945

HEMPLING, Scott. **Regulating public utility performance**: The law of market structure, pricing and jurisdiction. Chicago: American Bar Association, 2013.

HERMALIN, Benjamin E. e KATZ, Michael L. Information and the Hold-Up Problem. **The RAND Journal of Economics**, vol. 40, no. 3, 2009.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, E-book, edição do Kindle.

HOEPFFNER, Helène. **La modification du contract administratif**. Paris: LGDJ, 2009.

JARRELL, Gregg A. The Demand for State Regulation of the Electric Utility Industry. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 21, nº 2, out. 1978.

JEANNOT, Gilles e COUTARD, Olivier. **Revenir au service public?** Paris: Direction de l'information légale et administrative, 2015.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954.

JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**, tome 2. Reimpressão da 3ª edição de 1930 (Bibliothèque Dalloz). Paris, Dalloz, 2003.

_____. **Les principes généraux du droit administratif**, tome 3: le fonctionnement des services publics. Reimpressão da edição de 1926. Paris, Dalloz, 2011.

JORDÃO, Eduardo e RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 3, nº 1, jan./jul. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KELMAN, Steven J. Achieving contracting goals and recognizing law concerns. *In*: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, vol. 08, 2004. Disponível em <https://www.trf5.jus.br/downloads/rev08.pdf>. Consultado em 22 de dezembro de 2019.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

LACHAUME, Jean-François *et alli*. **Droit administratif: les grandes décisions de la jurisprudence**, 17ª ed. Paris: PUF, 2017.

LAFER, Celso. Os dilemas da soberania. **Possibilidades e Paradoxos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

LAPP, John A. Public utilities – control. **The American political science review**, vol. 1, nº 4, ago. 1907.

_____. Public utilities. **The American political science review**, vol. 2, nº 4, nov. 1908.

_____. Public utilities. **The American political science review**, vol. 5, nº 4, nov. 1911.

_____. Public utilities. **The American political science review**, vol. 6, nº 4, nov. 1912.

_____. Public utilities. **The American political science review**, vol. 7, nº 3, ago. 1913.

LAUBADÈRE, André de. **Traité Élémentaire de droit administratif**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

LIMA, Ruy Cirne. **Pareceres (Direito Público)**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963.

LOCKE, John. **Two Treatises on Government**, The John Locke Collection: 6 Classic Works, Waxkeep Publishing, E-book, edição do Kindle.

MALJAR, Daniel Edgardo. **Intervención del Estado em la prestación de servicios públicos**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1998.

MAQUIAVELLI, Niccolò. **Il Príncipe**. Lavla Edizioni, E-book, edição do Kindle.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 228, abr-jun 2002.

_____. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a medida provisória nº 579/2012. *In*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* (org.) **Direito e Administração Pública**: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Alteração em contrato de concessão rodoviária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas - RTrib**, São Paulo, n. 44, 2002.

_____. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações. *In*: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, n. 8, out./dez. 2004.

_____. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Informação Legislativa**, v. 159, p. 193-197, 2003.

_____. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

_____. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle de atos de concentração por regulação setorial. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.) **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 268, jan-abr 2015.

_____. Prorrogações antecipadas – caso “ferrovias, malha paulista”. *In*: MARQUES NETO, Floriano Azevedo *et al.* (coords.). **Dinâmica da regulação - estudo de casos da jurisprudência brasileira**: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MARQUES, A. H. Oliveira. **Breve História de Portugal**. 5ª ed. Porto-Lisboa: Editorial Presença, 2003.

MARRARA, Thiago. Serviços de táxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios. **Revista de Direito da Cidade** (UERJ), Rio de Janeiro, vol. 08, nº 3, pp. 1.049 a 1.063.

MARTINS, António. Project finance e medidas de reequilíbrio financeiro: uma nota analítica. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 63-77, mar./ago. 2015.

_____. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) acionista: uma perspectiva econômica. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MATER, André. Le municipalisme et le conseil d'état. **Revue d'économie politique**, vol. 19, n° 4. Paris: Dalloz, 1905. Disponível na internet em <https://www.jstor.org/stable/pdf/24680533.pdf?refreqid=excelsior%3Ae297e3c9681b4084c62a50cb938095d0>. Acesso em 3 de setembro de 2019.

MATTEUCCI, Nicola. “verbete: soberania”. **Dicionário de Política** (org. Norberto Bobbio et alli.). 9ª ed. Brasília: editora UnB, 1997.

MATTOS, César. Concessões de rodovias e renegociação no Brasil. *In*: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**, trad. tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: origem, concepções, abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor (org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Direito administrativo moderno**. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo, ambiental e urbanístico – CEDAU do ano de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, vol. 189, jul./set. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In*: CARVALHO, André Castro (org.) **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009.

_____. Reversão dos bens na concessão. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Serviço Público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão do serviço público. **Revista de Direito Público - RDP**, nº 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar. 1972, pp. 9-36.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira et. *Al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MESTRE, Jean-Louis. **Introduction historique au droit administratif français**. Paris: Presses universitaires de France, 1985.

MILLER, Edyth S. Is the Public Utility Concept Obsolete? **Land Economics**, vo. 71, nº 3, Social Control of Private Power: The Past and Future of Public Utility Regulation. Madison: University of Wisconsin Press, ago. 1995.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Norph-Nop editions, 2011, e-book, edição do Kindle.

MORAIS, Rafael Pinho de. Empurrando concessões com a barriga. *In: Jota*, Brasília: 21 de agosto de 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empurrando-concessoes-com-a-barriga-21082019. Acesso em 8 de novembro de 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Das normas de transição nas concessões de serviços públicos de transporte coletivos urbanos (um estudo de caso). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. IX, Direito das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Egon Bockman. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. *In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8987/95**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do art. 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, pp. 9 a 43, out./dez. 2019.

NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**, disponível em http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em 4 jul. 2016.

NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/julho, 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em 4 de julho de 2016.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 27ª ed, 2015

NOVAK, William J. Public-private governance: a historical introduction. *In*: FREEMAN, Jody e MINOW, Martha (orgs.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

NUNES, António José Avelãs. **A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. Financiamento de longo prazo e mercado de capitais em investimentos de infraestrutura: novas concessões e parcerias público-privadas. *In*: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em direito da regulação, economia, intervenção e estratégias regulatórias) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

OLIVEIRA, Gesner *et al.*. **Avaliação da política de prorrogação antecipada das concessões ferroviárias**. Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em https://gei-sa.fgv.br/sites/gei-sa.fgv.br/files/u49/estudo_vantajosidade_final_grupo_de_economia_vf_limpa.pdf. Acessado em 2 de dezembro de 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 145-162, set./out. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Oliveira Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019.

ORTIZ, Gaspar Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, nº 258, set./dez. 2011.

_____. **Princípios de derecho público económico**: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. 3ª ed. Granada: Comares editorial, 2004.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 29ª ed, 2011.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo general**, vol. II. 3ª ed. Madri: Iustel, 2015.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática da Soberania**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense editora, 1990.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva *et al.*. Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set. 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. **As origens dos bens vinculados à prestação dos serviços públicos e os seus regimes jurídicos**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19557-19558-1-PB.htm>. Acesso em 8 out. 2016.

PHILLIPS Jr., Charles F. **The regulation of public utilities**: theory and practice. Virginia: Public Utilities Reports, 1988.

PIMENTA, Guilherme. TCU determina que Guedes decida atrito entre Banco Central e Casa da Moeda: para ministro Bruno Dantas, caso mostra incapacidade do Estado de solucionar internamente seus próprios conflitos. *In: Jota*, Brasília: 16 de maio de 2019. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/tcu-determina-que-guedes-decida-atrito-entre-banco-central-e-casa-da-moeda-16052019>. Acesso em 22 de maio de 2019.

PINHEIRO, Armando Castelar e RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferrovias**. 1º ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. (atualização: Alexandre Santos de Aragão). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5ª ed. Indianapolis: Little, Brown and Co, 1956 (reimpressão em 2010 por Liberty Fund edition).

PONTES FILHO, Valmir. **Poder, Direito e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

POSNER, Richard. Natural monopoly and its regulation. **Stanford Law Review**, vol. 21, nº 3, fev. 1969.

PRADO, Lucas Navarro e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência de sua prorrogação. *In: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) Direito da Infraestrutura*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. *In:*

OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 36, nº 1, part 2, abr. 1993.

PROSSER, Theorising utility regulation. **The Modern Law Review**, vol. 62, nº 2, Wiley, mar. 1999.

REBELLO, Ana Claudia Gonçalves. Efeitos Jurídicos da extinção da concessão de serviços públicos sobre contratos com terceiros. *In*: ROCHA, Fábio Amorim (coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2014.

REIS, Márcio Monteiro. Bens reversíveis: problemas e divergências. *In*: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019.

_____. De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis? *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de *et alli* (coord.). **Regulação e Infraestrutura**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2018.

_____. Implantação do regime de cotas para as concessões de usinas de geração hidrelétrica (Lei n. 12.783/2013): prorrogação ou nova contratação? *In*: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, Tomo IV**, pp. 329 a 344. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

_____. **Mercosul, União Europeia e Constituição**: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Regulação contratual: uma revisita contemporânea à teoria do ato-condição. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, ano 1, nº 3, out./dez. 2017, pp. 87 a 133.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**, 1866, edição do Ministério da Justiça, 1968.

RIBEIRO. Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Consultado em 18 de novembro de 2019.

_____. **A Medida Provisória nº 752/16 e os setores rodoviário e aeroportuário: seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/mp-para-reestruturar-contratos7.pdf>. Consultado em 25 de novembro de 2019.

_____. iNFRA Debate: ANTT, Crivella e Requião – regra sobre indenização aprovada pela ANTT ajuda populistas a estatizar concessões. Brasília: **Agenciainfra.com**, 13 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.agenciainfra.com/>

blog/infradebate-antt-crivella-e-requiao-regra-sobre-indenizacao-aprovada-pela-antt-ajuda-popolistas-a-estatizar-concessoes. Acesso em 15 de janeiro de 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. *In*: GONÇALVES, Guilherme de Salles e GABARDO, Emerson (coords.). **Direito da Infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROOSEVELT, Franklin Delano. The revision of the public service commissions law. **Proceedings of the academy of political science**, vol. 14, nº 1 Public control of power. Nova Iorque: The Academy of Political Science, mai. 1930.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. **Os dispute boards e os contratos de construção**. Disponível em: <http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf>, acessado em 4 de julho de 2016.

ROSENFELD, Michel. **The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy**. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Cardoso Law School, working paper series nº 36, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social**: ou principes du droit politique. Paris: Bordas, 1972.

SAMPAIO, Patrícia e ARAÚJO, Thiago. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (edição especial)**: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Rio de Janeiro, 2014, p. 319.

SANTANA, Edvaldo Alves de. **Instituições, Governança Econômica e Incompletude dos Contratos: Teoria e Prática**. Disponível na internet em: https://www.gwu.edu/~clai/recent_events/2007/Edvaldo_Santana_Paper.pdf. Acesso em 4 de julho de 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, n. 38, ano 8, jul./ago. 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O poder de polícia é discricionário? *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do centro de estudos de direito administrativo, ambiental e urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Prazo de vigência e prorrogação dos contratos de parcerias público-privadas. *In*: SADDY, André e MORAES, Salus. **Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática**, vol. 5. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019.

_____. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 177-206, jan./mar. 2012.

SENNA, Laís Ribeiro de. **Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018.

SHELANSKI, Howard. The case for rebalancing antitrust and regulation. **Michigan Law Review**, vol. 109, nº 5. Michigan: The Michigan Law Review Association, mar. 2011.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État**, Paris: Ed. du Bucher, 2002.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **Direito Constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Londres: W. Strahan e T. Cadell, 1776, e-book, edição do Kindle.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual: licitações – contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito administrativo das concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Licitações e contratos administrativos: Lei nº 8.666, de 21-06-93 (comentada)**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1998.

STIGLER, George J. e FRIEDLAND, Claire. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. **The Journal of Law & Economics**, vol. 5, out. 1962.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 2, mai./ago. 2016.

_____. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte - RDPE**, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. *In*: MARCATO, Fernando S. e PINTO Jr., Mario Engler (coords.) **Direito da Infraestrutura**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017 TEIXEIRA, António Fernando Dias. **A**

natureza das Comunidades Européias (estudo político-jurídico). Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Direito ao equilíbrio financeiro na prestação precária do transporte coletivo de passageiros. *In*: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O paradoxo da licitação. **Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios**, vol. 2, nº 8 (abr./mai. 2012). São Paulo: IOB, 2012.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *In*: **Temas de direito público**, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

THALER, Richard H. **The winner's curse: paradoxes and anomalies of economic life**. Nova Iorque: The Free Press (Macmillan Inc.), 2012.

TOMAIN, Joseph P. e SHAPIRO, Sidney A. Analysing government regulation. **Administrative Law Review**, vol. 49, nº 2. Chicago: American Bar Association, 1997.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

URRUTIGOITY, Javier. Retribución en los servicios públicos. *In*: **Los servicios públicos: régimen jurídico actual** (coord. Marta González Aguirre. Buenos Aires: Depalma, 1994.

VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. São Paulo, vol. 8, jan-mar 2019.

VIANNA, Fernando Villela de Andrade. Buser e a inaplicabilidade do precedente Uber. *In*: **Jota**, Brasília: 21 de maio de 2019. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/buser-e-a-inaplicabilidade-do-precedente-uber-21052019>. Acesso em 26 de dezembro de 2019.

VINCI, Nathalie. **Mettre fin à une délégation de service public**. Voiron: Territorial, 2014.

WEIDENFELD, Katia. **Histoire du droit administratif: du XIV^e siècle à nos jours**. Paris: ed. Economica, 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, **The Bell Journal Of Economics**, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976.

_____. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, Vol. 22, n° 2, out. 1979.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1955.

Outras fontes de referência

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo do relator ao Projeto de Lei nº 2.892**, de 2011. Institui a Lei Geral de Concessões. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1834942&filenam e=Parecer-PL706317-19-11-2019. Consultado em 25 de novembro de 2019.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.809/2016**, Plenário, Min. Relator Benjamin Zymler, processo nº 024.646/2014-8.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.876/2019**. Plenário. Min. Relator Augusto Nardes, processo nº 009.032/2016-9.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.200/2015**. Plenário. Min. Relator Ana Arraes, processo nº 024.882/2014-3.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.446/2018**. Plenário. Relator Min. Bruno Dantas, processo nº 030.098/2017-3.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.247/2018**. Plenário. Relator Min. Augusto Nardes, processo nº 031.581/2015-3.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 738/2017**. Plenário. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, processo nº 014.689/2014-6.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.444/2007**. Plenário. Relator Min. Guilherme Palmeira, processo nº 012.751/2202-7.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 574/2006**. Plenário. Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha, processo nº 012.751/2002-7.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 589/2004**, Plenário. Relator Mon. Walton Alencar Rodrigues, processo nº 008.746/2000-4.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.253/2015**. Plenário. Relator Min. José Mucio Monteiro, processo nº 003.379/2015-9.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 774/2016**. Plenário. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, processo nº 021.919/2015-1.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3.311/2015**, Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, processo nº 024.646/2014-8.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.076/2019**, Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro, processo nº 000.525/2019-7.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 102/2007**, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes, Processo TC 022.096/2005-9, sessão de 07/02/2007.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão de relação nº 2.961/2009**, Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, TC 016.189/2008-9, sessão de 09/12/2009.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 290/2015**, Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, TC 016.442/2013-0, sessão de 25/02/2015.

BRASIL. Jurisprudência administrativa. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 939/2011**, Plenário, Relator Min. Walmir Campelo, TC 034.023/2010-0, sessão de 13/04/2011.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp 971.851/SC**, Relator Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1.268.143/SC**, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 971.851/SC**, Relator Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, **MS 20.432/DF**, Relator Min. Ari Pargendler, Rel. para acórdão Ministro Herman Benjamin, julgado em 24/06/2015, DJe 15/02/2016.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, **MS 20.468/DF**, Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11/12/2013, DJe 05/02/2014

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **MS 21.465/DF**, Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/12/2017, DJe 18/12/2017.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp 1.374.541/RJ**, Relator Min. Gurgel de Faria, julgado em 20/06/2017, DJe 16/08/2017.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **RMS 24.118/PR**, Relator Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008, DJe de 15/12/2008.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp 1.374.348/RJ**, Relator Min. Gurgel de Faria, julgado em 02/02/2017, DJe 17/02/2017.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Resp. nº 389.961-MG**. Rel. Min. Francisco Falcão. Brasília, 9 de dezembro de 2003. DJ de 29/03/2004, à p. 172.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 735.698/RJ**, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 18/12/2007, DJ 13/02/2008, p. 150.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 912.402/GO**, Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/08/2009, DJe de 19/08/2009.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1.549.406/SC**, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 16/08/2016, DJe de 06/09/2016.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no AREsp 1.320.094/SP**, Relatora Min. Assusete Magalhães, julgado em 28/03/2019, DJe 04/04/2019.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no AREsp 644.026/MG**, Relator Min. Og Fernandes, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 886.925/MG**, Relator Min. Castro Meira, julgado em 06/11/2007, DJ 21/11/2007, p. 325.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1.354.802/RJ**, Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1.111.084/RJ**, Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02/06/2015, DJe de 18/12/2015.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp 1.418.651/RJ**, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no REsp 1.358.747/RJ**, Relator Min. Og Fernandes, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no Resp. nº 1.070.735-RS**. Relator Min. Mauro Campbell. Brasília, 18 de novembro de 2008. DJ de 15/12/2008.

BRASIL. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **CC nº 37.751-DF**, Relator Min. Paulo Medina. Brasília, 15 de maio de 2003. DJ de 16/06/2003, à p. 259.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **ARE 947.142 AgR**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 02/09/2016, processo eletrônico DJe-209.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **RE 32.865**, Relator Min. Edgard Costa, julgado em 28/08/1956, DJ de 04/10-/956, p. 12006, Ement. vol. nº 273-02, p. 710.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **RMS 1835**, Relator Min. Mário Guimarães, julgado em 26/11/1952, DJ de 24/09/1953, p. 33.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI 1.668-MC**. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 20/08/1998, DJ 16/04/2004, p. 54)

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI 319 QO**, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993, p. 7563.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal. Pleno. **ADI 3.273**, Relator para acórdão Min. Eros Grau, julgado em 16/03/2005, DJ de 02/03/2007, p. 25.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal. Pleno. **ADI 4.058**, Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 19/12/2018, DJe-030 divulgado em 13/02/2019 e publicado em 14/02/2019.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal, Tribunal. Primeira Turma. **RE 412.921 AgR**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/02/2011, DJe-048, divulgado em 14/03/2011 e publicado em 15/03/2011.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 3.273**, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau; Relator original: Min. Carlos Britto. Brasília, 16 de março de 2005. DJ de 02/03/2007, à p. 25.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 3.136**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/08/2006, DJ de 10/11/2006, p. 49.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 3.610**, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 01/08/2011, DJe-182 divulgado em 21/09/2011 e publicado em 22/09/2011.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 3.679**, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/06/2007, DJe-072 divulgado em 02/08/2007 e publicado em 03/08/2007. DJ de 03/08/2007, p. 30.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADIN 4.923**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/11/2017, DJe-064, divulgado em 04/04/2018 e publicado em 05/04/2018.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 46**, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, Relator original Min. Marco Aurélio, julgado em 05/08/2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 449**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, DJe-190 divulgado em 30/08/2019 e publicado em 02/09/2019.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MS 17.957**, Relator Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 06/12/1967, DJ de 23/08/1968.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 1.054.110**, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 09/05/2019, DJe-194 divulgado em 05/09/2019 e publicado em 06/09/2019.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 359.444**, Relator Min. Carlos Velloso, Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2004, DJ 28/05/2004, p. 56.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 414.426**, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 01/08/2011, DJe-194 divulgado em 07/10/2011 e publicado em 10/10/2011.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 511.961**, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/06/2009, DJe-213 divulgado em 12/11/2009 e publicado em 13/11/2009.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE nº 26.149-SP**. Rel. Min. Victor Nunes. Brasília, 18 de outubro de 1965. DJ de 24/11/65, à p. 3.317.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, **RE 253.394**, Relator Min. Ilmar Galvão, julgado em 26/11/2002, DJ 11/04/2003, p. 37.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **AI 800.821 AgR**, Relator Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-190 divulgado em 07/10/2010 e publicado em 08/10/2010.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RE 71.727**, Relator Min. Djaci Falcao, julgado em 11/12/1979, DJ 25/04/1980, p. 2805.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RE 773.131 AgR**, Relatora Min. Carmen Lúcia, julgado em 17/12/2013, processo eletrônico DJe-026, divulgado em 06/02/2014 e publicado em 07/02/2014.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RE 630.256 AgR**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 26/05/2015, DJe-118, divulgado em 18/06/2015 e publicado em 19/06/2015.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **ARE 869.007 ED-AgR**, Relator Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 05/05/2017, processo eletrônico, DJe-111, divulgado em 25/05/2017 e publicado em 26/05/2017

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RE 573.556 AgR**, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 14/02/2012, acórdão eletrônico DJe-047, divulgado em 06/03/2012 e publicado em 07/03/2012

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RMS 34.203**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 21/11/2017, processo eletrônico DJe-053, divulgado em 19/03/2018 e publicado em 20/03/2018.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 967.479 AgR**, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 29/04/2019, DJe-093, divulgado em 06/05/2019 e publicado em 07/05/2019.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 1.002.310 AgR**, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017, DJe-170, divulgado em 02/08/2017 e publicado em 03/08/2017.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 1.178.950 AgR**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/12/2019, DJe-282 divulgado em 17/12/2019 e publicado em 18/12/2019.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RMS 34.203**, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 21/11/2017, DJe-053 divulgado em 19/03/2018 e publicado em 20/03/2018.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 602.931 AgR**, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 01/02/2011, DJe-040, divulgado em 28/02/2011 e publicado em 01/03/2011.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **ADI 118 MC**, Relator Min. Aldir Passarinho, Relator para acórdão Min. Néri da Silveira, julgado em 25/10/1989, DJ 03/12/1993, p. 26337

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **ADI 3.521**, Relator Min. Eros Grau, julgado em 28/09/2006, DJ 16/03/2007, p. 20, RT v. 96, n. 861, 2007, p. 95-106

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **MS 24.785**, Relator Min. Marco Aurélio, Relator para acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 08/09/2004, DJ 03/02/2006.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 5.956**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 07/02/2019, DJe-028, divulgado em 11/02/2019 e publicado em 12/02/2019.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 601.720**. Relator Min. Edson Fachin, Relator para acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 19/04/2017, Repercussão Geral, DJe-200, divulgado em 04/09/2017 e publicado em 05/09/2017.

BRASIL. Jurisprudência. Tribunal Federal de Recursos. **AC nº 41.248**, Relator Min. Carlos Madeira, Terceira Turma, julgado em 25/06/81, publicado no DJ de 01/07/81, à p. 162 do vol. 1.

ESPAÑA. Legislação. **Ley 9/2017**, de 8 de novembro de 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. Consultado em 18 de novembro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Corte de Apelação do Distrito de Columbia Circuit, **Case No. 15-1063**, *United States Telecom Association, et al., Petitioners V. Federal Communications Commission – F.C.C. and United States of America*, Respondents and Independent Telephone & Telecommunications Alliance, et al., Interventors, julgado em 14 de junho de 2016, [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/\\$file/15-1063-1619173.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/$file/15-1063-1619173.pdf), consultado em 4 de julho de 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Brass v. North Dakota ex Rel. Stoesser, 153 U.S. 391**. *This case differs in no substantial respect from Munn v. Illinois, 94 U. S. 113, and Budd v. New York, 143 U. S. 517, and an adherence to the rulings in those cases requires the affirmance of the judgment of the court below*, 1894.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Budd v. New York, 143 U.S. 517**, *An Act of the Legislature of New York, Laws of 1888, c. 581, provided that the maximum charge for elevating, receiving, weighing and discharging grain should not exceed five-eighths of one cent a bushel and that, (...) Held that the act was a legitimate exercise of the police power of the state over a business affected with a public interest, and did not violate the Constitution of the United States, and was valid*, 1892. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/517/>. Acesso em 18 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **FERC v. Mississippi, 456 U.S. 742**. *The legislative history amply supports the congressional conclusion that limited federal regulation of retail sales of electricity and natural gas, and of the relationships between cogenerators and electric utilities, was essential to protect interstate commerce and the Nation's economy*, 1982. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/456/742/>. Acesso em 23 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **FPC v. Sierra Pacific Power Co., 350 U.S. 348.** *The purpose of the power given the Commission under § 206(a) is the protection of the public interest, as distinguished from the private interest of the utilities, and a contract may not be said to be either "unjust" or "unreasonable" simply because it is unprofitable to the public utility.* Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/350/348/>. Acesso em 2 out. 1956.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **German Alliance Ins. Co. v. Lewis, 233 U.S. 389.** *The business of insurance is so far affected with a public interest as to justify legislative regulation of its rates. A public interest can exist in a business, such as insurance, distinct from a public use of property, and can be the basis of the power of the legislature to regulate the personal contracts involved in such business,* 1914. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/233/389/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1.** *State laws permitting the medical use of marijuana do not prevent Congress from prohibiting its use for any purpose in those states,* 2005. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/1/>. Acesso em 23 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Honolulu Rapid Transit v. Hawaii, 211 U.S. 282.** *The business of a transportation company operating under a franchise is not purely private, but is so affected by public interest that it is subject, within constitutional limits, to the governmental power of regulation,* 1908. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/211/282/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Knoxville v. Knoxville Water Co., 212 U.S. 1.** *Ratemaking is a legislative function, whether exercised by the legislature or by a subordinate body to which power has been delegated, such as a municipality,* 1909. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/1/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Marbury v. Madison, 5 U.S. 137.** *Congress does not have the power to pass laws that override the Constitution, such as by expanding the scope of the Supreme Court's original jurisdiction,* 1803. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em 9 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Munn v. Illinois, 94 U.S. 113.** *Under the powers inherent in every sovereignty, a government may regulate the conduct of its citizens toward each other, and, when necessary for the public good, the manner in which each shall use his own property,* 1876. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 17 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Nebbia v. New York, 291 U.S. 502.** *A regulation fixing the price at which storekeepers may buy milk from milk dealers at a higher figure than that allowed dealers in buying from producers, and allowing dealers a higher price than it allows storekeepers in sales to consumers, held consistent with the equal protection clause of the Fourteenth Amendment because of the distinctions between the two classes of merchants,* 1934. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/502/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **New State Ice Co. v. Liebmann**, 285 U.S. 262. *The business of manufacturing ice and selling it is essentially a private business and not so affected with a public interest that a legislature may constitutionally limit the number of those who may engage in it in order to control competition*, 1932. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/262/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.**, 301 U.S. 1. *Although activities may be intrastate in character when separately considered, if they have such a close and substantial relation to interstate commerce that their control is essential, or appropriate, to protect that commerce from burdens and obstructions, Congress has the power to exercise that control*, 1937. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/1/>. Acesso em 23 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Pipe Line Co. v. Mobile Gas Svc. Corp.**, 350 U.S. 332. *The basic power of the Commission is that given it by § 5(a) to set aside and modify any rate or contract which it determines, after hearing, to be "unjust, unreasonable, unduly discriminatory, or preferential." This is neither a "rate-making" nor a "rate-changing" procedure. It is simply the power to review rates and contracts made in the first instance by natural gas companies and, if they are determined to be unlawful, to remedy them*, 1956. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/350/332/>. Acesso em 2 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Prentis v. Atlantic Coast Line Co.**, 211 U.S. 210. *So far as the federal Constitution is concerned, a state may, by constitutional provision, unite legislative and judicial powers in the same body*, 1908. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/211/210/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Ribnik v. McBride**, 277 U.S. 350. *The business of an employment agent is not one "affected with a public interest," and, under the due process clause of the Fourteenth Amendment, a state cannot fix the fees which such an agent may charge for his services*, 1928. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/350/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Smyth v. Ames**, 169 U.S. 466, 1898. *A railroad is a public highway, and nonetheless so because constructed and maintained through the agency of a corporation deriving its existence and powers from the state. Such a corporation was created for public purposes. It performs a function of the state. Its authority to exercise the right of eminent domain and to charge tolls was given primarily for the benefit of the public*. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/169/466/>. Acesso em 4 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Southwestern Bell Tel. Co. v. Public Svc. Comm'n**, 262 U.S. 276, 1923. *The investor agrees, by embarking capital in a utility, that its charges to the public shall be reasonable. His company is the substitute for the state in the performance of the public service, thus becoming a public servant*. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/276/>. Acesso em 4 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward**, 17 U.S. 4 Wheat 518 518. *The charter granted by the British Crown to the trustees of Dartmouth College, in New Hampshire, in the year 1769, is a contract within the meaning of that clause of the Constitution of the United States, art. 1, s. 10, which declares that no state shall make any law impairing the obligation of contracts. The charter was not dissolved by the Revolution*, 1819. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/518/>. Acesso em 18 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Tyson & Bro. v. Banton**, 273 U.S. 418. *The power to regulate property, services or business can be invoked only under special circumstances, and it does not follow that, because the power may exist to regulate in some particulars, it exists to regulate in others or in all*, 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/418/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **United Gas Pipe Line Co. v. Mobile Gas Svc. Corp.**, 350 U.S. 332. *The basic power of the Commission is that given it by § 5(a) to set aside and modify any rate or contract which it determines, after hearing, to be "unjust, unreasonable, unduly discriminatory, or preferential." This is neither a "rate-making" nor a "rate-changing" procedure. It is simply the power to review rates and contracts made in the first instance by natural gas companies and, if they are determined to be unlawful, to remedy them*, 1956. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/350/332/>. Acesso em 2 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Williams v. Standard Oil Co.**, 278 U.S. 235. *The business of dealing in gasoline, whatever its extent, is not a business "affected with a public interest," and state legislation undertaking to fix the prices at which gasoline may be sold violates the due process clause of the Fourteenth Amendment*, 1929. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/278/235/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jurisprudência. Suprema Corte. **Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Rel.**, 262 U.S. 522. *Legislative authority to abridge freedom of contract can be justified only by exceptional circumstances, and the restraint must not be arbitrary or unreasonable*, 1923. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/522/>. Acesso em 19 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. **Constituição. Article I, Section 8, Clause 3.** Commerce Clause. *[The Congress shall have Power] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.*

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. **Constituição. Décima Emenda.** *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.*

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. **Constituição. Décima Quarta Emenda.** *Section 1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. **US Code: 15 U.S.C. § 79 et seq.** (revogado). Public Utility Holding Company Act (PUHCA). Disponível em: <http://uscode.house.gov/>. Acesso em 23 jan. 2019

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. **US Code: 16 U.S.C. § 2601 et seq.** Public Utility Regulatory Policies Act of 1978 (PURPA). Disponível em: <http://uscode.house.gov/>. Acesso em 23 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação. **US Code: 16 U.S.C. 12 §824e.** Federal Regulation and Development of Power. <http://uscode.house.gov/>. Acesso em 2 out. 2009.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho Constitucional. **Decisão nº 86-207 DC**, julgada em 26 de junho de 1986. *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idText=CONSTEXT000017667398>. Consultado em 14 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho Constitucional. **Decisão nº 96-378**, julgada em 23 de julho de 1996. *Loi de réglementation des télécommunications.* Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96378DC.htm>. Consultada em 11 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Cadot**, nº 66145, julgado em 13 de dezembro de 1889 e publicado no recueil Lebon. *Abandon de la théorie du ministre-juge.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007632875>. Consultado em 27 de março de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Caisse primaire "Aide et protection"**, nº 57302, julgado em 13 de maio de 1938 e publicado no recueil Lebon. *Le service des assurances sociales constitue un service public bien que la gestion en soit confiée notamment à des caisses primaires, qui constituent des organismes privés.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637161>. Consultado em 2 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Commune d'Olivet**, nº 271737, julgado em 8 de abril de 2009 e publicado no recueil Lebon. Dispositions législatives limitant la durée des délégations de service public (art. 40 de la loi du 29 janvier 1993 et art. 75 de la loi du 2 février 1995) - Application aux conventions conclues avant l'entrée en vigueur de ces dispositions législatives. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021345371>. Consultado em 1 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Commune de Païta**, nº 205143, julgado em 29 de novembro de 2000 e publicado no recueil Lebon. *Une clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passé qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soient respectées de telles obligations. Une telle clause ne peut être que nulle, de sorte qu'un contrat passé en application de cette clause, qui a été conclu selon une procédure irrégulière, est également nul.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?>

oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008056121&fastReqId=1657793075&fastPos=1. Consultado em 24 de novembro de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Compagnie générale française des tramways**, nº 16178, julgado em 11 de março de 1910 e publicado no recueil Lebon. *L'Etat ayant concédé une ligne de tramways, le préfet tient-il de l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 le droit de prendre un arrêté imposant à la Compagnie concessionnaire, en ce qui touche le nombre et les heures de départ des trains, un service différent de celui qui avait été prévu par le cahier des charges ? - Rés. aff. - sauf la faculté pour la Compagnie de demander une indemnité en réparation du préjudice qui lui aurait été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007635472>. Consultado em 17 de novembro de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Dame Maron**, nº 69765, julgado em 26 de janeiro de 1968 e publicado no recueil Lebon. *Exonérations en faveur des opérations de regroupement, de reconversion et de décentralisation d'entreprises industrielles. Pouvoirs d'investigation du juge - Contrôle des motifs retenus par l'administration. Renvoi au Tribunal administratif pour supplément d'instruction - Refus d'un agrément en matière fiscale.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637194>. Consultado em 4 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Deville-Lès-Rouen**, nº 94624, julgado em 10 de janeiro de 1902 e publicado no Recueil Lebon. *Le silence de la convention relative à l'éclairage au gaz, au sujet de l'emploi de l'électricité, doit être interprété, en ce sens, que la commune a reconnu à la Compagnie concessionnaire le privilège de l'éclairage n'importe par quel moyen, et à la commune la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité, en le concédant à un tiers, dans le cas où la Compagnie concessionnaire, dûment mise en demeure, refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634664>. Consultado em 23 de novembro de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Époux Bertin**, nº 98637, julgado em 20 de abril de 1956 e publicado no recueil Lebon. *Contrats présentant un caractère administratif et relevant de la compétence de la juridiction administrative - Contrats ayant pour objet l'exécution même du service public, sans qu'il soit besoin de rechercher s'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636583>. Consultado em 4 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Festival international d'Aix-en-Provence**, nº 284736, julgado em 6 de abril de 2007 e publicado no recueil Lebon. *L'Etat, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel. Compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000032698859>. Consultado em 4 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Grande Parade du Jazz**, nº 123647, julgado em 2 de junho de 1995 e e publicado no recueil Lebon. *L'organisation du spectacle musical dénommé "Grande parade du jazz", se déroulant à Nice pendant au moins neuf jours*

par an, présente, eu égard à l'intérêt général d'ordre culturel et touristique que présente cette manifestation, aux conditions de son financement et à son mode de fonctionnement, le caractère d'une activité de service public administratif. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT00000788070>. Consultado em 4 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Caso Ordre des avocats au barreau de Paris**, nº 275531, julgado em 31 de maio de 2006 e publicado no recueil Lebon. *Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008244457>. Consultado em 12 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. **Opinião (Avis) nº 371.234**, de 9 de abril de 2005. Section des travaux publics. Délégations de service public – Condition de prolongation par avenant. Disponível em: <https://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-avis-371234-avenants-dsp.pdf>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Tribunal de Conflitos. **Caso Bac d'Eloka**, nº 706, julgado em 22 de janeiro de 1921 e publicado no recueil Lebon. *Service public industriel et commercial.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007607592>. Consultado em 2 de abril de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Tribunal de Conflitos. **Caso Blanco**, nº 12, julgado em 8 de fevereiro de 1873 e publicado no recueil Lebon. *RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE - Enfant blessé par une imprudence des employés de l'Etat - Action contre les employés et contre l'Etat comme civilement responsable.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>. Consultado em 30 de março de 2019.

FRANÇA. Jurisprudência. Tribunal de Conflitos. **Caso Dames Le Cachez et Grigère**, nº 02106, julgado em 15 de janeiro de 1979 e publicado no recueil Lebon. *Qualité d'agent public - Personnel artistique d'un théâtre et d'un orchestre municipaux.* Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007607050>. Consultado em 4 de abril de 2019.

FRANÇA. Legislação. **Constituição de 1791**. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Consultado em 25 de março de 2019.

FRANÇA. Legislação. **Decreto nº 2016-86**, de 1º de fevereiro de 2016. *Relatif au régime de droit commun fixant les règles générales d'attribution et d'exécution des contrats de concession passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/2/1/2016-86/jo/texte>. Consultado em 22 de novembro de 2019.

FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2016-65**, de 29 de janeiro de 2016. *Relative aux contrats de concession*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=cid>. Consultado em 18 de novembro de 2019.

FRANÇA. Legislação. **Lei nº 2018-1074**, de 26 de novembro de 2018. *Code de la commande publique*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037695219&>. Consultado em 18 de novembro de 2019.

FRANÇA. Legislação. **Lei nº 82-213**, de 2 de março de 1982. *Relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880039>. Consultado em 5 de dezembro de 2019.

FRANÇA. Legislação. **Lei nº 93-122**, de 29 de janeiro de 1993. *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>. Consultado em 1 de abril de 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. **Acórdão nº 9571**. Processo nº 484.439-9. Relator Des. Jesus Sarrão, julgado em 21/08/2009, publicado em DJ de 02/10/2009.

PORTUGAL. Legislação. **Decreto-Lei nº 18/2008**, de 29 de janeiro de 2008. *Código dos contratos públicos*. Disponível em http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf. Consultado em 8 de junho de 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP. **Contrato de concessão para exploração dos serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros** celebrado entre a Supervia e o Estado do Rio de Janeiro. Disponível em http://www.agetransp.rj.gov.br/contratos?_contratos_WAR_agetranspportlet_concessionaria=Supervia. Consultado em 19 de novembro de 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP. **Contrato de concessão para a exploração dos serviços públicos de transporte metroviário de passageiros**, celebrado entre a Oportrans e o Estado do Rio de Janeiro, em 27 de janeiro de 1988. Disponível em: <http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54877/CONTRATO+DE+CONCESS%C3%83O+++Metr%C3%B4Rio++31-03-1999.pdf/be7fe265-4d84-4519-8099-15644da76628>. Consultado em 5 de dezembro de 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado. **Parecer ASA/PSP nº 09/07**, de 02 de julho de 2007. *Supervia. Análise de aditamento ao contrato de concessão com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro, a ser criteriosamente aferido pelos órgãos competentes*. Processo E-10/304/2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado. **Parecer nº 47/2007 – MJVS**, de 06 de setembro de 2007. Contrato de concessão de serviço público de transporte ferroviário – alegação de desequilíbrio – imputação de responsabilidade ao Estado. Processo E-10/489/2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado. **Parecer nº 11/2009 – MJVS**, de 14 de setembro de 2009. Contrato de concessão para exploração dos serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros – prorrogação de prazo contratual – interesse público cambiante x dever de licitar – viabilidade jurídica. Processo nº E-10/202/2008.

RIO DE JANEIRO (Município). Prefeitura. **Contrato de concessão para exploração de pedágio**. Disponível em: http://prefeitura.rio/documents/8822216/10480306/Linha_Amarela.pdf. Acessado em 19 de novembro de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-280/00**. Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, e Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, julgado em 24 de julho de 2003. *Auxílios concedidos pelos Estados. Conceito. Medidas destinadas a compensar o custo das missões de serviço público assumidas por uma empresa. Exclusão. Condições. Obrigações de serviço público claramente definidas. Estabelecimento de forma objectiva e transparente dos parâmetros que servem para calcular a compensação. Limitação da compensação aos custos. Determinação da compensação, na falta de selecção da empresa por um processo de concurso público, com base numa análise dos custos de uma empresa média do sector em causa (Tratado CE, artigo 92, §1º)*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0280>. Consultado em 12 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº 118/85**. Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, julgado em 16 de junho de 1987. *Concorrenza - imprese pubbliche - trasparenza delle relazioni finanziarie fra stati membri ed imprese pubbliche - distinzione fra lo stato come potere pubblico e come produttore o prestatore di servizi*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61985CJ0118>. Consultado em 11 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-320/91**. Processo-crime contra Paul Corbeau, julgado em 19 de maio de 1993. *Concorrência. Empresas a que os Estados atribuem direitos especiais ou exclusivos. Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Monopólio postal. Admissibilidade. Limites. Serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse económico geral e que não põem em causa o seu equilíbrio económico*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A61991CJ0320>. Consultado em 11 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-393/92**. Commune d'Almelo e outros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij, julgado em 27 de abril de 1994. *Concorrência. Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Sujeição às regras do Tratado. Limites. Distribuição de energia eléctrica. Distribuidor regional que impõe aos distribuidores locais uma cláusula de compra exclusiva que exclui qualquer importação. Admissibilidade. Condição*. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0393>. Consultado em 11 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-179/90**. Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA, julgado em 10 de dezembro de 1991. *Le operazioni portuali non presentano, in linea di principio, un interesse economico generale che abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre*

attività della vita economica e che possa farle rientrare nell' ambito di applicazione dell' art. 90, n. 2, del Trattato. In ogni caso il fatto che i pubblici poteri abbiano affidato ad un' impresa la gestione di un servizio economico di interesse generale può, in forza della summenzionata disposizione, permetterle di sottrarsi al rispetto delle norme del Trattato solo se l' applicazione di queste norme è tale da ostare all' adempimento della specifica missione affidatale e se l' interesse della Comunità non viene compromesso. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0179>. Consultado em 12 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-242/95**. GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner (DSB), julgado em 17 de julho de 1997. *Concorrência. Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Identificação a partir da especificidade da actividade exercida. Sujeição às regras do Tratado. Derrogação. Condições (Tratado CEE, artigo 90., n. 2).* Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0242>. Consultado em 12 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-265/08**. Federutility et autres contre Autorità per l'energia elettrica e il gas, julgado em 20 de abril de 2010. *Mercado interno de gás natural. Intervenção do Estado no preço do fornecimento de gás natural a partir de 1 de Julho de 2007. Obrigações de serviço público das empresas que operam no sector do gás.* Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0265>. Consultado em 12 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso nº C-53/00**. Ferring SA contra Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), julgado em 22 de novembro de 2001. *Auxílios concedidos pelos Estados. Conceito. Medidas que visam compensar o custo das missões de serviço público assumidas por uma empresa. Exclusão. Condição. Equivalência entre o benefício concedido e os custos adicionais (Tratado CE, artigo 92).* Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0053>. Consultado em 12 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2002/22/CE**, de 7 de março de 2002 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 108, de 24 de abril de 2002, às pp. 51 a 77. *Relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas* (directiva serviço universal). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0022&from=PT>. Consultado em 13 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/23/UE**, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. *Relativa à adjudicação de contratos de concessão.* Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=pt>. Consultado em 10 de julho de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Legislação. **Tratado de Lisboa**, assinado em 13 de dezembro de 2007, entrou em vigor em 13 de dezembro de 2007. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:12007L/TXT>. Consultado em 11 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Legislação. **Tratado de Roma**, assinado em 25 de março de 1957, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/fr/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>. Consultado em 11 de abril de 2019.