

# REFORMA DO ESTATUTO DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

CAIO TÁCITO

*Depois de definir o conceito de concessão, de aludir à função histórica que este instituto assumiu no desenvolvimento brasileiro, e de analisar as fontes jurídicas em que se inspirou nosso direito, o autor examina o problema atual das concessões no Brasil, do ponto-de-vista de nosso sistema constitucional e administrativo. A magnitude crescente das exigências de serviços públicos parece reclamar cada vez mais a participação direta do Estado, seja complementando a iniciativa privada, seja procedendo à nacionalização progressiva de empresas concessionárias de capital estrangeiro.*

**O** TEMA da reforma do estatuto das concessões de serviços públicos recomenda, a nosso ver, que se coloquem certos pressupostos iniciais, para esclarecimento da matéria.

Começariamos assim pela fixação do conceito de concessão do serviço público, como forma de delegação da gestão de um serviço público, atribuída a um empresário movido por finalidade lucrativa, mas submetido à predominância da destinação que marca este serviço público.

Históricamente se coloca dentro do quadro do Estado liberal clássico uma mobilização da economia capitalista,

para o desenvolvimento de obras públicas, que surgem, por exemplo, na França, preliminarmente como um contrato de obras públicas, em que o empresário, a par do encargo da realização da obra, recebe a autorização de explorá-la por algum período, de modo a se ressarcir do investimento feito.

A concessão de serviços públicos teve assim, de início, um caráter nitidamente contratual, primeiro como contratos de direito privado, mais tarde como contratos de direito público. Mais recentemente o que destaca o instituto da concessão de serviços públicos, dentro do quadro das atividades administrativas do Estado, é a correlação entre o aspecto contratual e a faculdade regulamentar do poder público, no sentido de disciplinar a gestão deste serviço, seja mediante a fixação prévia de condições legais regulamentares, ou administrativas, seja apelando para a mutabilidade das obrigações do concessionário. Esta faculdade destaca a supremacia do bem público na utilização da concessão feita. No curso da concessão, o poder unilateral da administração determina condições técnicas, reserva-se a determinação de aspectos econômicos e financeiros, em suma, sem embargo dos interesses e direitos do concessionário, submete o instituto das concessões a um sentido também regulamentar.

Não caberia aqui um estudo extenso, mas é útil uma rápida referência à importância que a concessão de serviços públicos assumiu, no Brasil, no fim do século passado e início do corrente, como fator inicial de desenvolvimento, de atividades de caráter sobretudo industrial e de penetração do desenvolvimento econômico. A criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica, de serviços de transporte coletivo se realizaram satisfatoriamente mediante a concessão destes serviços. Nossa história econômica está pontilhada de nomes ilustres que se ocuparam destas atividades, mobilizando recursos em empreendimentos desta natureza. MAUÁ, no setor das ferrovias, foi um criador e coordenador de empresas concessionárias de serviços públicos. Um homem como TEÓFILO OTTONI sonhou abrir um caminho marítimo para Minas Gerais, através do Vale do Mucuri, no Espírito Santo, numa realização que não teve êxito e que fôra planejada através

do esquema de uma empresa concessionária. O grande desenvolvimento da região Sul, especialmente de São Paulo, foi em grande parte possibilitado pela existência de suficiente potencial elétrico, fornecido por empresa concessionária.

O problema transcendeu mais recentemente o plano do direito administrativo, apenas, e projetou-se entre nós no plano constitucional. Vínhamos, de um lado, através de uma legislação que remonta ao Império, de um sistema de concessões calcado em determinadas vantagens financeiras oferecidas ao concessionário, que se traduziam essencialmente no princípio da cláusula ouro e da garantia de juros.

A primeira, a cláusula ouro, extingue-se em 1934, por ato do Governo Provisório; e a segunda sofre na Constituição de 1934 a interdição que vedava, quer à União, quer aos Estados, quer aos Municípios, a fixação deste princípio, que visava a uma atração de capitais, a uma estabilidade de investimentos e a uma remuneração que mobilizasse para atividades pioneiras importantes recursos capitalistas. Surgem também na Constituição de 1934 os princípios reproduzidos na de 1937, e na atual Constituição de 1946, que são ou deveriam ser a pedra angular do nosso sistema de concessão de serviços públicos e, dentro do quadro normativo brasileiro, deveriam condicionar as relações entre o Estado e seus concessionários. É certo que êsses dispositivos constitucionais não encontraram ainda na lei complementar necessária a unificação de critérios, e mesmo nos casos em que os princípios normativos se transferiram para o direito comum, não adquiriram eficácia através de medidas administrativas que ainda aguardam implementação.

Em que consiste, no entanto, esta colocação constitucional do problema? Em fixar, de um lado, o princípio da fiscalização do serviço público, e em estipular, por parte do Estado, mediante sistema adequado, o processo de condicionamento da concessão em vista do bem público, e por outro lado, em assegurar ao concessionário a reciprocidade de tratamento, mediante garantia de justa remuneração. Estão, pois, fixadas na Constituição brasileira as bases que nos parece devam fundamentar o tema da reforma do estatuto das con-

cessões. É para execução dêstes princípios constitucionais, e para sua definição pela lei federal — que, nos termos do art. 151, deve rever concessões tanto federais como estaduais e municipais —, que se deveria endereçar a construção legislativa, a fim de dar eficácia a essas disposições ainda hoje destituídas de uma efetiva influência, quer na ação permanente e apta da fiscalização estatal, quer na garantia do equilíbrio financeiro da concessão.

A formação jurídica brasileira recebe influência, neste setor, dos dois sistemas historicamente mais importantes de direito administrativo. De um lado, o sistema clássico francês, de contratos a prazo determinado, de tarifas máximas, deixando as contas e riscos do concessionário correr pelos encargos de empreendimento. Gradualmente, é certo, o direito francês, sob o impacto de fatores econômicos e financeiros, introduziu temperamentos nesta concepção tradicional, através de teorias construídas sobretudo dentro do Conselho de Estado, como a teoria da imprevisão, que de certo modo resuscitava a velha cláusula do direito romano: *rebus sic stantibus*. Esta evolução do direito francês exprimia a correlação daquele princípio acima aludido da mutabilidade do contrato administrativo, ou seja, o reconhecimento da faculdade unilateral da administração de fazer variar ou agravar os encargos do concessionário. Tal princípio abria também a êste a possibilidade de pleitear reparações adequadas. Além disto, o impacto de fenômenos intoleráveis e imprevisíveis à economia dos contratos se refletia no plano das concessões, através da teoria da imprevisão, para admitir a sua revisibilidade.

Mais recentemente, se atualiza o direito francês com a incorporação às cláusulas das concessões de índices de preços, para revisão tarifária. Esta é, pois, a primeira fonte que influenciou o nosso direito administrativo. Por outro lado, recebemos, através do direito norte-americano, no qual o instituto de concessões se modelou de modo inteiramente diverso, a concepção da determinação de tarifas razoáveis, ou seja, a concepção de que os serviços de utilidade pública se sujeitam à fiscalização do Estado, essencialmente a respeito da determinação tarifária. As tarifas determinadas pelo poder

público devem refletir um justo equilíbrio entre o pagamento pelos usuários do preço acessível a um serviço adequado e a garantia aos concessionários de remuneração conveniente e capaz de atrair capitais.

Tal sistema já revela maior sensibilidade a fenômenos de origem econômica, tal como o impacto inflacionário sobre as condições não apenas econômicas, mas também jurídicas das concessões. O efeito que a deteriorização da moeda traz sobre a determinação do preço dos serviços públicos concedidos foi uma das causas que conduziram a jurisprudência francesa àquela evolução que acima delineamos, no sentido de fixar a correlação entre a mentalidade ou a onerosidade excessiva das obrigações do concessionário e o pagamento dos serviços pela coletividade.

Esta evolução fixou-se no direito francês desde 1910, por ocasião de um caso famoso, dos bondes, de que foi relator uma figura de alta projeção política, LÉON BLUM. Defendia êle a tese da relação entre o dever do concessionário na prestação do serviço e sua sujeição aos atos regulamentares do Estado, e o direito a aferir uma remuneração correspondente, formulada no princípio da equação financeira da concessão. A regra devia ser a da equivalência honesta entre aquilo que do concessionário se exigisse e aquilo que a êle se devesse versar, seja diretamente pela tarifa, seja complementarmente por formas de subvenção do Estado ou outros modos de cobertura dos encargos financeiros.

É através dêste problema, do equilíbrio financeiro da concessão, do exame dos efeitos do fenômeno econômico, e mais particularmente através do problema das tarifas dos serviços concedidos, que se chega à adoção do chamado serviço pelo custo. Por um sistema de vasos comunicantes, de revisões periódicas, de fiscalização permanente, de conhecimento pelo poder concedente da intimidade dos problemas econômico-financeiros dos concessionários, se visa a manter o equilíbrio da empresa, levando em conta o custo do serviço, acrescido de remuneração razoável e dos meios necessários à sua expansão e melhoramento. Procura-se, dêsse modo, preservar na concessão o que nela é mais relevante, ou seja, a prestação adequada do serviço. Não deve ter o poder

público, na disciplina desta atividade, senão esse objetivo fundamental: o de impedir a deteriorização do serviço, a de não sonegar ao usuário, e ao desenvolvimento da economia nacional, os meios que através destes serviços se fazem indispensáveis.

E aqui chegamos a outro ponto, que nos parece importante, no qual o problema é envolvido em implicações de ordem política e até emocional, mas que devemos procurar abordar objetivamente à luz da pura conveniência do desenvolvimento dos serviços assim outorgados à exploração particular.

Em que termos se deve realizar a evolução das concessões dos serviços públicos essenciais atribuídos à exploração de concessionários? De que modo deve o Estado atuar na órbita destes serviços concedidos, de maneira que se propiciem à coletividade os meios necessários e urgentes para que não se interrompa o ciclo do desenvolvimento nacional?

À nosso ver, a coexistência da iniciativa privada e da iniciativa estatal nestes serviços públicos essenciais é a via melhor conducente aos postulados fundamentais do desenvolvimento brasileiro. A grandeza de investimentos que tais serviços estão a reclamar aconselha que, a par da realização eficaz dos princípios constitucionais que possibilitem o desenvolvimento dos serviços atualmente concedidos, se contemple, através da regulamentação da determinação tarifária, a correção dos fatores inflacionários na economia da concessão, e se complemente, pela iniciativa governamental direta, a exigência crescente de serviços, realizando-os em áreas desprovidas de recursos suficientes, em benefício do progresso das diversas regiões do Brasil.

À base das reflexões que precedem, cremos poder formular as seguintes conclusões, relativas tanto às concessões de serviços, como à reforma do estatuto de que gozam no direito brasileiro:

1. A concessão de serviço público floresceu, no Estado liberal clássico, como uma aplicação da economia capitalista ao desenvolvimento dos serviços públicos.

2. A concessão de serviço público subordina-se ao princípio da supremacia do interesse coletivo, que faculta ao

poder concedente a modificação unilateral das obrigações do concessionário, bem como a fiscalização permanente do serviço e a fixação das tarifas.

3. O direito do concessionário reside, essencialmente, na manutenção do equilíbrio financeiro, ou equação econômica da concessão, consistente na justa remuneração do capital e no atendimento das necessidades de manutenção, melhoramento e expansão dos serviços.

4. O chamado regime do serviço-pelo-custo, expresso em tarifas adequadas e flexíveis, completado pela fiscalização técnica e contábil eficiente, possibilita a um tempo a prestação satisfatória do serviço, a garantia da justa remuneração e a compensação de lucros excessivos.

5. No processo inflacionário, impõe a correção monetária dos investimentos, de modo a preservar o custo histórico intrínseco.

6. No quadro da economia brasileira, recomenda-se a coexistência da iniciativa privada e da realização governamental, no desenvolvimento dos serviços públicos, em termos correspondentes ao ritmo do progresso nacional.

7. É urgente o aperfeiçoamento dos órgãos de fiscalização dos serviços públicos concedidos e a atualização do regime de tarifas, em benefício do melhoramento e expansão tanto das empresas privadas, como das estatais.

8. Deve ser estimulada a nacionalização progressiva de empresas concessionárias de capital estrangeiro, sem prejuízo, no entanto, da inversão preferencial de recursos na ampliação dos serviços na proporção crescente da demanda.