

A Concessão de Serviço Público como “Contrato de Resultado”

Antônio Carlos Cintra do Amaral

1. Nota Preliminar

Grande parte das divergências jurídicas referentes à concessão de serviço público poderia ser evitada se partíssemos de distinções conceituais claras. É com essa convicção, baseada sobretudo na reflexão sobre a experiência, que abordo este tema. Daí estabelecer alguns conceitos básicos, que me parecem essenciais à compreensão do assunto.

Com alguma frequência, defrontamo-nos com teses engenhosas, às vezes pretensamente inovadoras, mas em desacordo com os conceitos jurídico-positivos que baseiam o instituto da concessão de serviço público em nosso país. Por outro lado, o que escrevo neste artigo provavelmente será, por muitos, considerado óbvio, mas de vez em quando é proveitoso lembrar o óbvio. Como ressalta **Celso Antônio Bandeira de Mello** (“*Curso de Direito Administrativo*”, 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 122), “***entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias***”. (grifei)

Continuando a citar **Celso Antônio**, lembro uma frase contida no seu “*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*” (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 37):

*“Para o concessionário, a prestação do serviço é um **meio** através do qual obtém o **fim** que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro, que propicia ao concessionário, é **meio** por cuja via busca sua **finalidade**, que é a boa prestação do serviço.”* (grifos no original)

Mudou a Constituição, passamos a ter um novo marco legal a partir da Lei 8.987/95, e a lição continua atual. E óbvia!

2. Conceito de serviço público passível de concessão

Tanto o cientista, quanto o operador do Direito, trabalham com o direito posto na comunidade em que vivem. É desarrazoado tomar como objeto de nossas atividades um conceito lógico-

jurídico de serviço público. Muito menos buscarmos descrever ou operar os direitos vigentes em outros países. Esses direitos podem ser objeto de conhecimento sob a ótica da “*política jurídica*”, da “*sociologia jurídica*”, da “*história do direito*” ou do “*direito comparado*”.¹ Mas isso não tem sentido sob a ótica da ciência ou da técnica do Direito. No Brasil, serviço público é o que o Direito brasileiro, pleonasticamente dito positivo,² diz que é.

Como escrevi em meu “*Concessão de Serviço Público*” (2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 17):

*“Páginas e páginas têm sido escritas na tentativa de identificar a ‘essência’ ou a ‘natureza’ do serviço público. Mera perda de tempo. O conceito de ‘serviço público’ é um conceito jurídico-positivo. **Serviço público** é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é. No Brasil serviço público é o que o Direito Brasileiro define como tal.”*

Nem todo serviço público, porém, é passível de concessão. Somente pode ser concedido o serviço público específico e divisível, remunerável pelo usuário, quer exclusivamente (**concessão comum**), quer parcialmente (Parceria Público-Privada – PPP, na modalidade de **concessão patrocinada**). Como escreve **Cármem Lúcia Antunes Rocha** (“*Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*”. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 139/140):

*“A remunerabilidade da atividade considerada serviço público, quer-se dizer, a **possibilidade de ser cobrada a sua prestação diretamente do cidadão segundo o uso que dele faça, é característica de que se deve dotar a atividade para ser incluída no rol de serviços públicos suscetíveis de serem prestados por delegação a particular.**”* (grifei)

Esclareço que exatamente por isso não considero a PPP, na modalidade de **concessão administrativa**, verdadeira concessão, e sim **contrato de prestação de serviço**, como aliás a própria lei das PPPs (Lei 11.079/2004) reconhece, paradoxal mas explicitamente, no § 2º do seu art. 2º.

Costuma-se discutir se a concessão do serviço público importa ou não em sua “*privatização*”. Discussão juridicamente estéril, porque o serviço concedido não é “*privatizado*”. Permanece **público**, ou seja, de **titularidade** do poder concedente. “*Privatizado*” é seu **exercício** pela concessionária. O conceito de “*privatização*” não tem relevância jurídica. Ao ser-lhe transferido, o serviço passa a ser **exercido** pela concessionária “*por sua conta e risco*” (Lei 8.987/95, art. 2º, incisos II e III). Mas isso não exclui a responsabilidade solidária do poder concedente, que continua com sua **titularidade**. Daí discordar de grande parte da doutrina, que afirma agir a

¹ Escreve **Alf Ross** (“*Sobre el derecho y la justicia*”. Buenos Aires: Editorial Universitaria, trad. para o espanhol, 1963, p. 21): “*Os dois ramos principais do estudo do direito – a ciência do direito e a sociologia jurídica – podem por sua vez ser subdivididos: o primeiro em dogmática jurídica ou ciência do direito em sentido estrito, história do direito e direito comparado; o último em sociologia jurídica fundamental e sociologia jurídica aplicada.*” Quanto à “*política jurídica*”, refere-se **Ross** à atuação “*de lege ferenda*” e esclarece (p. 24): “*Seria supérfluo assinalar que a política jurídica nada tem a ver com a política no sentido corrente desta palavra*”. (trad. minha)

² A expressão, de rara felicidade, consta da coletânea de ensaios “*En defensa del positivismo jurídico*”, de **Norbert Hoerster** (Barcelona: Editorial Gedisa, trad. para o espanhol, 1992, p. 21): “*El concepto ‘derecho positivo’ es un mero pleonismo.*”

concessionária **em nome próprio**, e não **em nome do poder concedente**, o que somente seria sustentável se o serviço concedido passasse a ser da titularidade dela, concessionária, o que não ocorre. Esse equívoco conceitual pode ter sérias consequências jurídicas, a respeito das quais não me cabe tecer considerações no momento, ao enfrentar o tema proposto.

3. Objetivo da concessão

O objetivo da concessão é a prestação, pela concessionária, de “*serviço adequado*”, tal como disposto no art. 6º da Lei 8.987/95. “*Serviço adequado*” é definido no § 1º desse artigo:

“§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

A concessão decorre, ou pelo menos deve decorrer, do reconhecimento, pelo poder concedente, de que o serviço poderá ser melhor prestado pela iniciativa privada, se bem que às vezes pareça, na prática, que ela está sendo utilizada para reforçar o caixa do Tesouro.

A concessão é outorgada por prazo determinado (art. 2º, incisos II e III, da Lei 8.987/95). Ela é normalmente extinta no fim do prazo contratual, salvo prorrogação, se prevista no contrato ou excepcionalmente para seu reequilíbrio econômico-financeiro, e observadas as normas contratuais, legais e constitucionais pertinentes. Mas o objetivo de prestar **serviço adequado** ao usuário do serviço permanece durante todo o prazo de duração do contrato. Caso o objetivo da concessão não esteja sendo alcançado, a concessão pode ser extinta a qualquer tempo, com base no art. 38 da Lei 8.987/95 (**caducidade**).

Verifica-se, portanto, que a obrigação de prestar “*serviço adequado*” não é uma **obrigação de meios**, e sim uma **obrigação de resultado**. E a ciência do Direito, mais especificamente a doutrina civilista, distingue, com clareza, esses dois tipos de obrigação.

Orlando Gomes assim se refere a essa distinção. (“*Obrigações*”. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 21):

*“(…) impõe-se a distinção entre as **obrigações de meios** e as **obrigações de resultado**. Correspondem as primeiras a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido.”* (grifos no original)

Por sua vez, **Alberto Trabucchi** (“*Istituzioni di Diritto Civile*”. 32ª ed., Padova: Cedam, 1991, p. 476) diz que:

“Se a obrigação é de resultado, o adimplemento se entende verificado somente quando o resultado é alcançado; se é de meios, a obrigação é cumprida quando é empregada a atividade que se podia exigir da diligência do bom pai de família.” (trad. minha)

4. Controle de meios e resultado nas concessões de serviços públicos: tarifa pelo preço ou tarifa pelo custo?

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, dispunha, em seu art. 167, inciso II, que a lei deveria assegurar às concessionárias de serviço público “*tarifas que permitam a justa remuneração do capital*”. O poder concedente não poderia calcular a justa remuneração senão controlando custos e investimentos da concessionária.

A Constituição de 1988 deixou de contemplar a “*justa remuneração do capital*”. Seu art. 175 limitou-se a dizer, no parágrafo único, inciso III, que “*A lei disporá sobre: ... III – política tarifária*”.

Embora a nova Constituição não tenha assegurado a justa remuneração do capital, ao aprovar a política tarifária a lei podia ter adotado o regime da **tarifa pelo custo**, que vigorava anteriormente. O legislador, porém, optou pela **tarifa pelo preço**, quando, ao aprovar a Lei 8.987/95, explicitou que a concessionária deveria prestar o serviço concedido “*por sua conta e risco*” (art. 2º, incisos II e III). Consequência prática desse novo modelo foi o abandono, pelo poder concedente, do controle das despesas incorridas pela concessionária, limitando-se ele a controlar **resultado**, exigindo, sobretudo, a prestação de “*serviço adequado*”, tal como definido no § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95.

A substituição da **tarifa pelo custo** pela **tarifa pelo preço** é analisada por **Eurico de Andrade Azevedo** e **Maria Lúcia Mazzei de Alencar** (“*Concessão de Serviços Públicos*”. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 38), ao interpretar o art. 9º da Lei 8.987/95:

*“... o diploma modificou o critério tradicional de remuneração do concessionário: da **tarifa pelo custo do serviço** (que era uma fonte constante de divergência entre concedente e concessionário) para o novo critério do **preço definido na licitação**. O valor da tarifa a ser cobrada será aquele resultante da proposta vencedora da concorrência. Ainda quando o poder concedente fixe o valor da tarifa no edital, estabelecendo critérios técnicos para o julgamento, ainda assim o preço da tarifa será aquele definido na licitação e será corrigido pelos critérios de reajuste e revisão previstos no edital e no contrato.”*

E mais adiante (p. 41) confirmam os autores:

*“O certo é que – conforme afirmamos no início deste tópico – a lei abandonou o conceito tradicional da **tarifa pelo custo do serviço**. A tarifa, agora, é fixada pelo **preço definido na licitação**. Esta definição pode sair da proposta vencedora (quando este for o critério estabelecido no edital) ou, então, ser definida previamente pelo Poder Público no edital – preço, este, que servirá de base para que o licitante venha a efetuar o seu **project finance** e oferecer a sua proposta. De qualquer forma, o valor inicial da tarifa a ser cobrada será aquele resultante da concorrência.”*

Com a edição da Lei 8.987/95, o ordenamento jurídico brasileiro passou a incorporar uma política tarifária diferente da até então adotada. Como se afirmou em documento de apresentação da nova lei, editado pela Presidência da República em abril de 1995 (p. 21):

“... no que se refere à política tarifária para as novas concessões, será abandonada a regra de tarifação que garante uma remuneração fixa calculada com base nos custos totais incorridos – o que incentivava a ineficiência das empresas.”
(grifei)

Essa nova política significou modificação substancial na política tarifária da concessão. Na **tarifa pelo custo**, a concessionária **não corria risco**. Os custos e investimentos por ela incorridos eram cobertos integralmente pela tarifa, acrescidos da **justa remuneração do capital**. Somente era admitido o lucro considerado **justo**, o que importava sua **limitação** pelo poder concedente. Já na política de **tarifa pelo preço**, não existe essa limitação. Em compensação, **não é garantido lucro à concessionária**. Formada a equação econômico-financeira inicial do contrato, com base no edital, e na proposta apresentada pela concessionária, ela pode ganhar ou perder. A concessão é outorgada por sua **conta e risco**. Saliente-se: não há **limitação** do lucro da concessionária, mas também não há **garantia** de que ela venha a obter lucro. Vale dizer: se não for **eficiente**, a concessionária poderá ter **prejuízo**.

Não tem mais sentido que o poder concedente controle custos da concessionária. Isso porque já não há mais **“justa remuneração do capital”** a ser garantida. E o controle dos custos pelo poder concedente é **incompatível com a política da tarifa pelo preço**. Constitui interferência indevida na gestão da concessionária, empresa privada que é. Essa interferência, além do mais, é perigosa para o poder concedente e os usuários, na medida em que conflita com a **autonomia da vontade**, minimizando, repartindo ou até mesmo excluindo o **risco do negócio** (álea ordinária) da concessionária.

A situação atual pode ser assim simplificada: se os custos forem superiores aos projetados, a concessionária perde. Se os custos se mantiverem estáveis ou forem reduzidos, a concessionária ganha. **É o risco do negócio**. Não pode a concessionária, porém, deixar de cumprir o contrato, inclusive efetuar os investimentos previstos, bem como não pode deixar de prestar **serviço adequado**, sob a alegação de que está tendo prejuízo.

Não me cabe - como de resto a nenhum outro operador do Direito, enquanto tal - manifestar preferência por uma das políticas tarifárias, a de **tarifa pelo custo** ou a de **tarifa pelo preço**, já que a Lei 8.987/95 adotou a política de **tarifa pelo preço**, ao atribuir, em seu art. 2º, incisos II e III, o risco ordinário do negócio à concessionária. O controle, pelo poder concedente, dos custos incorridos pela concessionária poderia ser necessário para o efeito de calcular a **“justa remuneração do capital”**, mas **não é compatível** com a política tarifária que atribui o risco do negócio à concessionária (**tarifa pelo preço**). É contrário, portanto, à legislação vigente no País.

5. Síntese

Em síntese:

- a. Serviço público é o que o ordenamento jurídico de um país define como tal. No Brasil, serviço público é o que o Direito brasileiro define como tal.
- b. Nem todo serviço público é passível de concessão. Somente pode ser concedido o serviço público específico e divisível, remunerável pelo usuário mediante pagamento de tarifa, quer exclusivamente por ele (**concessão comum**), quer parcialmente (Parceria Público-Privada – PPP, na modalidade de **concessão patrocinada**).
- c. O objetivo da concessão é a prestação de “*serviço adequado*”, pela concessionária ao usuário. “*Serviço adequado*” é definido pelo § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95.
- d. Na prestação do serviço concedido, não basta à concessionária empregar na atividade “*a diligência do bom pai de família*”, na expressão do civilista italiano **Alberto Trabucchi**. Deve ser atingido o **objetivo** da concessão, o que somente ocorre quando a concessionária presta ao usuário “*serviço adequado*”, **durante todo o prazo de duração do contrato**. É o que caracteriza a concessão como um **contrato de resultado**, e não **de meios**.
- e. A política tarifária adotada pela lei, com base no parágrafo único, inciso III, do art. 175 da Constituição, é a da **tarifa pelo preço**, em substituição à prevista na Constituição anterior, que era a da **tarifa pelo custo**.
- f. Atingir o **resultado** da concessão, ou seja, prestar “*serviço adequado*” ao usuário, é risco da concessionária. Essa situação é incompatível com o controle, pelo poder concedente, dos **meios** por ela empregados, que somente seria juridicamente sustentável se a política tarifária adotada pela legislação tivesse sido a de **tarifa pelo custo**, e não a de **tarifa pelo preço**, como foi.

Comentário ACCA 206, de 20/08/2015, divulgado no site www.celc.com.br