

CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE "SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS"

Ildemar Egger*

SUMÁRIO: I. Considerações Preliminares. II. Serviços Públicos: 1. noções gerais; 2. conceituação; 3. modos de prestação (centralizada ou descentralizadamente). III. Serviços Públicos Concedidos: 1. concessão; 2. serviços concedidos; 3. regulamentação. IV. Contrato de Concessão: 1.

contrato administrativo; 2. teoria factum principis; 3. teoria de imprevisão; 4. contrato de concessão. V. Extinção da Concessão: 1. por reversão; 2. por encampação ou resgate; 3. por rescisão; 4. por anulação; 5. outras formas. VI. Considerações Finais: Notas. Bibliografia.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Proponho-me apresentar algumas considerações, ainda que fragmentárias, a respeito de um tema que me parece polêmico e de grande importância no campo do Direito Público, especificamente, na área do Direito Administrativo. Trata-se do "Serviços Públicos Concedidos. Para tal mister, procurarei desenvolver a presente temática dentro de uma metodologia que permita visualizar um nível epistemológico,

além de noções gerais, questões como: sua natureza jurídica, regulamentação, formas de extinção, peculiaridades, pertinência da cláusula rebus sic stantibus e outras que permitam um melhor entendimento da problemática em tela, possibilitando, destarte, tecer algumas considerações e/ou críticas que, de alguma forma, possam servir de subsídios aos estudiosos da matéria.

II. SERVIÇOS PÚBLICOS

1. Noções gerais: A expressão abrange:

a) atividades exercidas diretamente pelo Estado ou por ele delegadas a outras entidades;

b) Atividades exercidas por particulares, atendendo a interesses coletivos ou ao bem-estar geral.

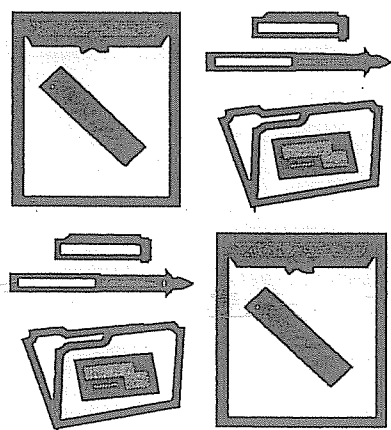
Enquadram-se, pois, como serviços públicos, tanto o dos Correios e Telégrafos, mantido pelo Governo, como o de trans-

* Professor da UNIVALI e Mestre em Direito pela UFSC.

portes, freqüentemente em mãos de particulares.

No Brasil, a estrutura federativa leva a uma descentralização dos serviços públicos, que no âmbito interno - dentro do quadro dos servidores públicos -, quer no âmbito externo - fora desse quadro - através de organizações privadas. No entanto, há serviços que, pela sua própria natureza, exigem a centralização e competem exclusivamente à União. Estão nesse caso, entre outros:

- a) os que dizem respeito às relações diplomáticas e consulares;
- b) os que se referem à defesa e segurança do território nacional - Forças Armadas -;
- c) os concernentes à moeda circulante;
- d) os de controle e fiscalização de instituições de crédito e de seguros;
- e) os de correios e telégrafos e os de radiodifusão.



Aos Estados-Membros acham-se afetos os serviços públicos necessários à manutenção de sua unidade, defesa e expansão do bem-estar coletivo dentro de seus limites. Aos Municípios, cabem os serviços públicos locais, de atendimento imediato e interesse coletivo: água, esgoto, iluminação, transporte urbano e outros. A estrutura hierárquica é variável; no entanto, em

linhas gerais, a cúpula é constituída, no âmbito federal, por um ministério, e no âmbito estadual, por uma secretaria, que se desdobra em departamentos, diretorias, divisões, seções e serviços. Em âmbito regional, há ainda, delegacias e repartições.

2. Dentre as diversas concepções de "serviço público" transcrevo a, "latu sensu", do eminente e saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles:³⁰

"..., é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais, ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado".

Assim, esses serviços podem ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, daí a necessária distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública, mas, em sentido amplo e genérico, quando aludimos a serviço público, abrangemos ambas as categorias. Acredito ser este o melhor modo de se evitar a ambigüidade do termo, isto é, a sua utilização lato sensu; mesmo porque, a diferenciação entre serviços úteis e essenciais não é definitiva, ou seja, os serviços úteis podem tornar-se essenciais e vice-versa, atendendo a fatores temporais e especiais.

3. Conforme temos oportunidade de observar, o Poder Público pode realizar centralizadamente seus próprios serviços, por meio de órgãos da Administração Direta, ou prestá-los descentralizadamente, através das entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais que integram a Administração Indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou, ainda, por meio de entes paraestatais de cooperação que não compõem a Administração Direta nem a Indireta como os serviços sociais autônomos) e, finalmente,

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro, p. 296.

por empresas privadas e particulares individualmente (concessionárias, permissio-

nários e autorizados).

III. SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

1. Consoante Meirelles,³¹ "concessão" é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada por lei e regulamentada pelo Executivo. Ela pode ser de serviço, de obra ou de uso de bem público; todas elas consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae.

Pelo contrato de concessão,³² a administração delega a execução e a exploração remunerada de serviço ou de obra pública ou utilidade pública ou, ainda, cede o uso de um bem público ao particular contratante, para que este o explore ou utilize pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

Já o conceituado Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, faz a seguinte colocação:³³ "Concessão é designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliados da esfera jurídica de

alguém. Daí a existência de subespécies. Por isso, fala-se em concessão de cidadania, de comenda de prêmio, de exploração de jazida, de construção de obra pública, de prestação de serviço público, etc. É manifestamente inconveniente reunir sob tal nome tão variada gama de atos profundamente distintos quanto à estrutura e regimes jurídicos. Assim, verbi gratia, a concessão de serviço público e de obra pública são atos bilaterais; já a de prêmio ou de cidadania são unilaterais."

Por sua vez, José Cretella Júnior³⁴ nos fornece a seguinte definição de concessão:

"Esse sentido lato, concessões são atos que, em determinados casos concretos, constituem a favor de determinadas pessoas uma nova condição jurídica ou um novo direito subjetivo.

Em sentido técnico, preciso, concessão é a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de direito público, de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral."

Como podemos observar, não há grande discrepância entre as conceituações da "concessão", pessoalmente, pareceu-me mais clara e precisa a que nos forneceu o Professor Meirelles.

2. Destarte, "serviços concedidos" são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual do Poder Público concedente. O que vale dizer,

³¹ Idem, idem, p. 347.

³² Embora combatida a natureza contratual da concessão de serviços públicos por alguns autores pátrios, sigo a opinião de Hely Lopes Meirelles, que acompanha os que a admitem, dentre eles Mário Masagão, o pioneiro da tese contratualista entre nós. O que ocorre é que o contrato de concessão contém cláusulas de interesse do serviço (cláusulas regulamentares) e cláusulas de interesse privado do concessionário (cláusulas econômicas) ("in" Licitação e Contrato Administrativo, nota 30, p. 340).

Também, Cretella Júnior, defende a tese contratualista e conclui que a concessão de serviço público tem sua natureza jurídica bem definida: "a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado intuitu personae" ("in" tratado de Direito Administrativo, vol. III, 1ª ed., 1967, pp. 123-9).

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello, elementos de Direito administrativo, pp. 66-7.

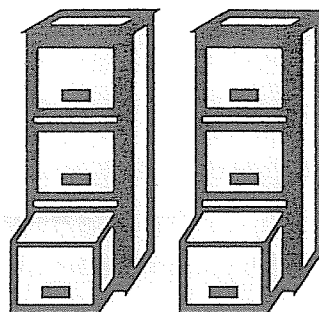
³⁴ José Cretella Júnior, ob. cit., pp. 121 e ss.

serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão³⁵.

Pela concessão, o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega, apenas, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do concedente. Findo o prazo da concessão, devem reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço, independentemente de pagamento ou indenização ao concessionário, por se considerar recebidos no decurso do contrato, o capital investido, bem como, os lucros e juros dele decorrentes.

3. A regulamentação dos serviços concedidos - consoante a doutrina pátria e estrangeira e por determinação constitucional (CF, art. 175) - compete, inegavelmente, ao Poder Público. Isto porque, a concessão é sempre feita no interesse da coletividade, e assim sendo, o concessionário fica no dever de prestar o serviço em condições adequadas para o público. Não o prestando eficientemente, pode e deve a Administração Pública retomá-la por insatisfatório.

Apesar de o dispositivo constitucional não se referir à necessidade de concorrência, esta é encarecida pela doutrina e consagrada nas leis locais. Isto se deve, em grande parte, ao caráter lucrativo da atividade.³⁶



³⁵ Hely opes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, pp. 246 e ss.

³⁶ Idem, Licitação e Contrato Administrativo, p. 59 e ss.

IV. CONTRATO DE CONCESSÃO

1. Contrato administrativo. Antes de iniciarmos o estudo dos "contratos de concessão", abro um parêntese, para fazer algumas colocações, em caráter propedêutico, sobre os contratos administrativos, buscando, uma melhor compreensão do tema.

Rafael Bielsa, citado por Cretella Júnior, definiu o contrato administrativo como aquele que a Administração celebra com outra pessoa, pública ou privada, física ou jurídica, e que tem por objeto uma prestação de utilidade pública.³⁷ Cretella Júnior acrescenta que Berçaitz critica esta definição de Bielsa, demonstrando que muitos dos contratos administrativos não têm por objeto uma prestação de utilidade pública.³⁸ E conclui:

"Para nós, contrato administrativo é todo acordo aposto de vontades de que participa a administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses coletivos, está submetido a um regime jurídico de direito público."³⁹

Por sua vez, Meirelles conceitua "contrato administrativo" como ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração.⁴⁰

Assim, o que tipifica o contrato administrativo e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação bilateral com supremacia de po-

der...⁴¹. Da posição privilegiada da Administração surgem as chamadas cláusulas exorbitantes, que são peculiaridades do contrato administrativo, essas cláusulas exorbitantes, que são peculiaridades do contrato administrativo, essas cláusulas são as que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratante. As Principais cláusulas exorbitantes são as que se exteriorizam na possibilidade - inerente à Administração - de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* - exceção de contrato não cumprido -; no controle do contrato e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração. São, também, aplicáveis aos contratos administrativos a teoria do fato do príncipe - *factum principis* - e a teoria da imprevisão - cláusulas: *rebus sic stantibus*.

2. Laubadère define o *factum principis* ou fato do príncipe, em sentido amplo, como toda medida editada pelos poderes públicos e que tem por consequência tornar mais difícil e mais onerosa a execução do contrato pelo contratante. Exemplifica com o caso em que a lei eleva os direitos alfandegários e torna mais cara a matéria-prima utilizada, pelo concessionário, no serviço.⁴²

3. Cláusula *rebus sic stantibus* - estando as coisas assim tem recebido universal recepção por parte dos especialistas, quer do direito privado, quer do direito

³⁷ José Cretella Júnior, ob. cit., pp. 44 e ss.

³⁸ Idem, idem, idem.

³⁹ Idem, idem, p. 47

⁴⁰ Hely Lopes Meirelles. Licitação e Contrato Administrativo, pp. 195 e ss.

⁴¹ Idem, idem, v. também Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 137 e ss. e J. Cretella Jr. pp. 37 e ss.

⁴² J. Cretella Jr., ob. cit., p. 58 nota 17. v. também Hely Lopes Meirelles, Licitação e Contrato Administrativo, p. 268.

público, sob a expressão Teoria da Im-
previsão, na qual o risco que os contratan-
tes assumem no contrato não pode ser
concebido como excedendo o risco nor-
mal, isto é, o que se compreende nos limi-
tes da previsão humana; abandonando-se,
assim, a friezsa literal do *pacta sunt ser-
vanda* - os contratos devem ser cumpridos -.
Essa teoria é aplicável nos casos de "força
maior" - evento humano - e nos de "caso
fortuito" - evento da natureza - devido à
imprevisibilidade (não à imprevisão das
partes, de tais casos, aliada à inevitabili-
dade de seus efeitos).⁴³

Nos dizeres de Cretella Júnior, a
"teoria da imprevisão" é, contudo, uma
ressalva extraordinária à regra do cum-
primento obrigatório dos contratos. A sua
invocação pressupõe um estado de crise,
uma transfiguração inaudita da matéria de
fato, que submeta o contratante, inespera-
damente, a um prejuízo intolerável.⁴⁴

Destarte, observamos que só se jus-
tifica a aplicação da cláusula *rebus sic
stantibus* nos contratos públicos quando
sobrevêm fatos imprevistos e imprevisí-
veis ou, se previsíveis, incalculáveis nas
suas conseqüências, e que desequilibrem
totalmente a equação econômica estabele-
cida originalmente pelas partes. Assim, só
a "área econômica extraordinária e "extra
contratual" é quem autoriza a revisão do
contrato.

Expostas estas considerações mais
genéricas a respeito do contrato adminis-
trativo, passemos, agora ao contrato de
concessão, que é uma de suas espécies.

4. Contrato de Concessão. - Conso-
ante o já exposto, pudemos observar (item
III, 1 e nota 3) que a concessão tem sua
natureza jurídica bem definida: a de um

contrato de direito público, oneroso, sina-
lagmático, comutativo e realizado intuitu
persone.

Dentre as obras consultadas a que,
pareceu-me, melhor explicitar ou concei-
tuar o Contrato de Concessão é a de Mei-
relles que o descreve como:

"O documento escrito que encerra a
delegação do poder concedente, delimita a
área, forma e tempo da exploração, estabe-
lece os direitos e deveres das partes e dos
usuários do serviço."⁴⁵

A lei apenas autoriza a concessão e
delimita a amplitude do contrato a ser fir-
mado; o regulamento estabelece as condi-
ções de execução do serviço, por delega-
ção, ao concessionário, vencedor da con-
corrência. O texto de lei que fixa o poder
de conceder um serviço público aponta
também o órgão ou os órgãos da pessoa de
direito público que exercerá a delegação
de poderes, bem como, o tipo apropriado.
Quanto ao âmbito: federal, estadual e mu-
nicipal, prevalece o princípio fundamental
de que cada pessoa de direito público de
âmbito territorial e competente para outor-
ga - delegação - da concessão aos particu-
lares, ressalvados os direitos da União de
legislar sobre o assunto, em suas linhas
mestras. (Obs.: Enquanto H.L. Meirelles
usa o termo "delegação", J. Cretella Jr.,
utiliza "outorga", ao se referir à compe-
tência de conceder um serviço público).

Os contratos de concessão, via de
regra, são de longa duração, variando, em
média, entre 30 e 90 anos. Porém, nada
impede que sejam estipulados por prazos
inferiores ou superiores a estes.⁴⁶

Hely Lopes Meirelles, referindo-se à
outorga e à delegação para realização de
serviços de utilidade pública, ensina que:

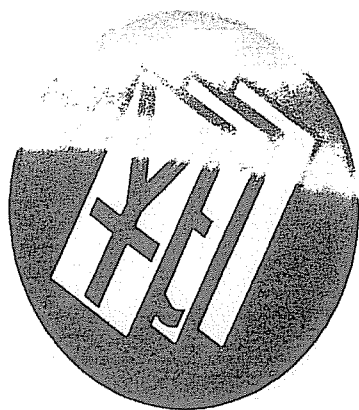
⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pp.
154 e ss., v. também J. Cretella Jr., ob. cit., pp. 70
e ss. e Hely Lopes Meirelles, *Direito Administra-
tivo Brasileiro*, pp. 192 e ss.

⁴⁴ J. Cretella Jr., ob. cit., p. 83.

⁴⁵ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo
Brasileiro*, p. 353.

⁴⁶ Esses prazos, em principio, podem ser deter-
minados, indeterminados ou perpétuos.

"Entre nós, a outorga de serviço público ou de utilidade pública é feita às autarquias e às entidades paraestatais, pois que a lei, quando cria aquelas ou autoriza a criação destas já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços, e, a delegação é utilizada para o transpasse da execução de serviços a particulares mediante regulamentação e controle do Poder Público."⁴⁷



Segundo Gaston Jéze,⁴⁸ os elementos essenciais do contrato de concessão de serviço de utilidade pública são:

"1. el contrato de concesión de servicio público es un contrato administrativo propiamente dicho;

2. tiene por objeto la exploración de un servicio público, el funcionamiento de un servicio público;

3. la exploración se realiza con gastos y riesgos a cargo del concesionario;

4. la remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere para percibir, en su beneficio, de los usuarios, del público, una contribución de la concesión;

la concesión se hace un largo período de tiempo; es un contrato de larga duración."

⁴⁷ H. L. Meirelles, ob. cit., p. 353.

⁴⁸ Celso Wiggers, A concessão de Serviços de Utilidade Pública, dissertação de Mestrado, apresentada à PGD/UFSC, p. 61.

A concessão de serviços públicos, conforme os ensinamentos de Cretella Jr.,⁴⁹ se nos revela com os seguintes traços típicos, inconfundíveis:

"a) a existência de uma relação administrativa entre uma pessoa jurídica de direito público - a administração e uma pessoa jurídica de direito privado - o administrado -, pela qual a primeira incumbe a segunda pessoa da gestão de um serviço público;

b) a incumbência não é genérica, mas específica (*intuitus personae*), pois o poder público aprecia discricionariamente a idoneidade da pessoa a quem transfere as atividades;

c) a incumbência é feita por tempo determinado;

d) o serviço público é exercido pelo concessionário em seu próprio nome;

e) a administração delega ao concessionário não poderes públicos, mas o direito ao exercício desses poderes, o que lhe possibilita tomar uma série de medidas necessárias ao desempenho integral da incumbência;

f) os riscos advindos pela efetividade do serviço público concedido cabem tão-só ao concessionário;

g) o concessionário, ao invés de receber do Estado (administração), recebe dos usuários do serviço público - as denominadas tarifas, pagas durante o prazo da concessão e não alteráveis, unilateralmente, pela empresa concessionária."

Além das peculiaridades já descritas neste trabalho, as concessões apresentam outros privilégios e prerrogativas especiais, tais como: cláusulas referentes à isenção tributária, poderes para promover a desapropriação de bens particulares, a ocupação do domínio público, o exercício do poder de polícia, o estabelecimento de servidões administrativas, etc.⁵⁰

⁴⁹ J. Cretella Jr., ob. cit., pp. 122 e ss. e 154 e ss.

⁵⁰ Idem, idem, pp. 142 e ss.

V. EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

A concessão pode ser extinta por várias formas. Normalmente, deve ocorrer ao expirar o prazo estipulado no contrato. É admitida, também, a extinção antecipada, por acordo das partes ou por ato unilateral do poder público. Por sua vez, o término do prazo da concessão impõe a reversão do serviço ao concedente. O interesse público superveniente à concessão, muitas vezes, exige a encampação ou resgate do serviço; a conveniência recíproca das partes ou a inadimplência do concessionário pode conduzir à rescisão do contrato; ou, ainda, a ilegalidade da concessão, ou do contrato, pode impor a sua anulação.

Além da reversão, encampação ou resgate, rescisão e da anulação, Cretella Jr. enumera, ainda, as seguintes formas de extinção da concessão ou da retomada do serviço público: força maior, morte do concessionário, falência, renúncia e nacionalização.⁵¹ Porém, estas, de uma forma ou de outra, encontram-se nas supra-relacionadas, das quais me ocuparei a seguir.

1. A reversão é a forma normal de extinção da concessão. É o retorno do serviço ao concedente, ao término do prazo contratual da concessão. A regra é a reversão gratuita, por se presumir que, durante a exploração do serviço concedido, o concessionário retira, não só a renda do capital, como também o próprio capital investido no empreendimento. As cláusulas de reversão é que devem prever e tornar certo quais os bens que, ao término do contrato, serão transferidos ao concedente e em que condições.

2. A encampação ou resgate é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão,

por motivo de conveniência ou interesse administrativo. Não pode o concessionário, em caso algum, opor-se à encampação. Seu direito e limita-se à indenização dos prejuízos que efetivamente, o ato de império do Poder Público lhe acarretar. Ela (encampação) pode ser contratual - prevista no contrato - ou forçada. E, no entender de Meirelles, pode ser concretizada de duas formas:

"a) pela desapropriação de todos os bens e direitos utilizados e vinculados ao serviço, objeto da concessão; ou

b) pela desapropriação das ações ou quotas representativas do capital da concessionária."⁵²

Neste caso, ensina Vedel, deverá haver, inclusive, indenização do *damnum emergens et du lucrum cessans*.⁵³

3. A rescisão é o desfazimento do contrato durante a sua execução (vigência) e se apresenta sob três hipóteses:

a) por acordo entre as partes;

b) por ato unilateral da administração; ou

c) por decisão judicial;

Laso adverte que o inadimplemento por parte da administração concedente dá oportunidade ao concessionário de requerer, judicialmente, reparação dos danos patrimoniais sofridos ou a rescisão do contrato, não sendo, contudo, motivo para que ele abandone o serviço, de vez que está atuando no interesse da coletividade.⁵⁴ (Princípio da continuidade do serviço público).

A rescisão por inadimplência do concessionário é, entre nós, também, denominada caducidade, que corresponde à

⁵² Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 360.

⁵³ Celso wiggers, *ob. cit.*, p. 107.

⁵⁴ *Idem*, *idem*, p. 108.

⁵¹ *Idem*, *idem*, pp. 173 e ss.

"decadência" do direito italiano, e à "decchéance" da doutrina francesa⁵⁵. Ela somente pode ser declarada pelo poder concedente, após caracterizada a mora do concessionário.

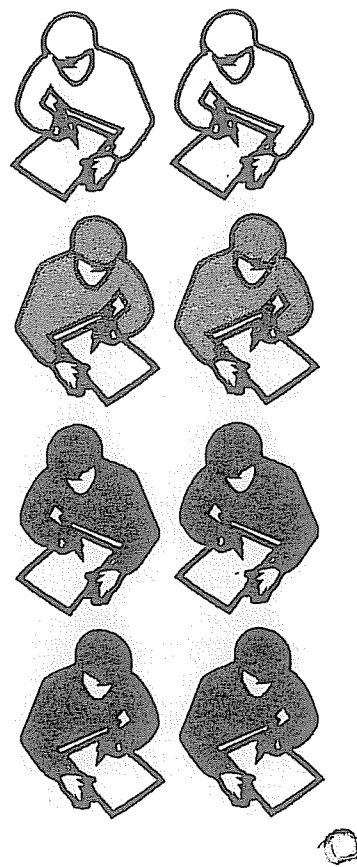
4. A anulação é a invalidade do contrato por ilegalidade do contrato por ilegalidade na concessão ou na formalização do ajuste. A anulação não se confunde com a rescisão, porque esta pressupõe um contrato válido, mas mal executado (inadimplência) ou cuja execução pelo concessionário tenha-se tornado inconveniente ao interesse público, ao passo que aquela (anulação) pressupõe um contrato ilegal, embora esteja sendo regularmente executado.

Daí porque a anulação não impõe indenização alguma, e produz efeitos *ex tunc*,⁵⁶ retroagindo às origens da concessão, enquanto que, a rescisão normalmente obriga o concedente a indenizar e só atua dali para diante *ex nunc*.⁵⁷

É oportuno observar-se que a Lei de Ação Popular considera nulo, dentre outros contratos, o de concessão de serviço público, quando celebrado sem concorrência não dispensada por lei, ou com concorrência fraudada.⁵⁸

5. Destarte, considero as demais formas de extinção das concessões relacionadas com as retroexpostas. Por exemplo, a "nacionalização", salvo os aspectos empostos arbitrariamente, relaciona-se com a encampação ou resgate; quanto à "falência" do concessionário, em realidade, a sua simples decretação não extingue o

contrato de concessão, não podendo nem mesmo deixar de dar continuidade ao serviço concedido, agora sob a orientação do síndico, até que o poder concedente, por ato seu, declare extinta a concessão, com base na sentença que decretou a falência e ele próprio ou por terceiro dê prosseguimento ao serviço.⁵⁹



⁵⁵ A respeito da extinção das concessões, v. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, pp. 352 e ss., J. Cretella Jr., *ob. cit.*, pp. 163 e ss., Celso Wiggers, *ob. cit.*, pp. 106 e ss.

⁵⁶ *Ex tunc* - desde então. Nulidade cujos efeitos retroagem ao ato declarado nulo.

⁵⁷ *Ex nunc* - desde agora. Nulidade de ato, cujos efeitos decorrem a partir da decretação da nulidade.

⁵⁸ Lei n. 4.717, de 1965, art. 4º, inc. III. letras "a", "b" e "c".

⁵⁹ Art. 201 da Lei da falências (Dec.-lei n. 7.661, de 21-06-45).

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando:

1. que, através das concessões o Poder Público (Administração) consegue atender a numerosos aspectos do bem comum, sem a necessidade de ampliar demasiadamente os quadros do funcionalismo, sem gravar as finanças públicas com despesas acima das possibilidades da arrecadação e sem entrar o ritmo de desenvolvimento do País;

2. que, inicialmente, os serviços de utilidade pública, no Brasil, foram, em sua maioria, implantados por capital estrangeiro e por empresas, também, estrangeiras (isto, principalmente, devido o vulto dos empreendimentos e a falta de capital nacional): ferrovias, transportes urbanos, telecomunicações, eletricidade, distribuição de gás, aerovias etc;

3. ter o intervencionismo estatal, mormente pós/64, ocasionando uma acentuada tendência no sentido da centralização e concentração das decisões para o controle dos serviços de utilidade pública, objeto da concessão, levando grande parte desses serviços, anteriormente dados em concessão à particulares, a serem executados por empresas estatais; sendo certo que, a criação de autarquias e entes paraestatais (sociedades de economia mista, empresas públicas, bem como as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público), não invalida a teoria geral da concessão de serviços públicos pela Administração, mesmo quando executados por aquelas entidades; sendo que, para CELSO WIGGERS⁶⁰, essa forma de prestação de serviço de utilidade pública (por intermédio

de empresas estatais e paraestatais) constitui uma adaptação das concessões feitas a particulares sob cláusulas de garantia de juros, subvenções e com admisão da teoria da imprevisão; assim, teria a empresa pública constituído uma etapa evolutiva no esforço estatal de executar os serviços de utilidade pública, de forma adequada, utilizando-se da dinâmica da iniciativa particular.

Sintetiza, essa seqüência evolutiva, da seguinte maneira:

a) sistema de concessão a particulares;

b) criação de autarquias;

c) criação de sociedades de economia mista; e,

d) criação de empresas públicas.

4. Considerando, ainda, a política neo-liberal, com marco inicial no processo de redemocratização do País, com a eleição direta para Presidente da República, culminando com a elaboração da Carta de 1988, e o reconhecimento da situação de total endividamento do setor público, levando a Administração Pública a buscar junto à iniciativa privada os meios e recursos necessários para a realização desses serviços, utilizando-se da cognominada "terceirização" no serviço público, correspondendo, como dito, a necessidade de buscar junto a iniciativa privada os recursos que o Poder Público não dispõe, para fazer frente à realização dos serviços de utilidade pública; ainda que, a Administração tenha buscado dar maior dimensão e amplitude a essa "terceirização".

Destarte, em face do que foi exposto e tendo em conta ser a concessão uma forma de descentralização dos serviços públicos, a descentralização um instrumen-

⁶⁰ WIGGERS, op. cit., pp. 156 e 164 e ss.

to de justiça social, e os atuais processos de desestatização, concludo existir, na atualidade, no Brasil como tendência para a execução desses serviços públicos e/ou de utilidade pública: a) restringir a outorga a empresas estatais e paraestatais (autarquias, fundações públicas,⁶¹ empresas públicas e sociedades de economia mista), apenas os serviços que a iniciativa privada não pudesse realizar; b) delegando, sempre que possível, tais serviços a particulares, através do chamado processo de "terceirização", que compreende a concessão dos serviços de utilidade pública, porém, buscando garantir a direção e a maioria do capital, senão a totalidade, das empresas concessionárias, à cidadão brasileiro, contolando, desse modo, a evasão de divisas para o exterior como remuneração de capitais estrangeiros.⁶²

⁶¹ por fundações públicas é de se entender aquelas instituídas e mantidas pelo poder público.

⁶² a respeito ver também CF/88, Capítulo I título VII que trata da Ordem Econômica e Financeira, artigos 170 e ss, principalmente arts. 173-175.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) BASTOS, Celso Ribeiro. **Cursos de Direito Administrativo**. São Paulo, Saraiva, 1994.

(2) BLASI, Paulo Henrique. **A Descentralização Como Instrumento da Justiça Social**. Tese defendida na 9ª Conferência Nacional da OAB, realizada em Florianópolis, SC, maio/82, "in", ANAIS da 9ª Conferência Nacional da OAB, 1982.

(3) BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Da Licitação**. São Paulo, 1978.

(4) CELSO ANTÔNIO, Bandeira de Mello. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo, RT, 1980.

(5) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF., Imprensa do Senado, 1988.

(6) CRETELLA, Jr., José. **Tratado de Direito Administrativo**. vol. III, 1ª ed., forense, 1967.

(7) MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed., São Paulo, MALHEIROS ED., 1993.

(8) **Licitação e Contrato Administrativo**. 4ª ed. atualizada, São Paulo, RT., 1979.

(9) Wiggers, Celso. **A Concessão de Serviços de Utilidade Pública. Aspectos Especiais: O Fenômeno no Brasil**. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

PGD/UFSC, MAIO/1978.