

Aluno: DANIELA BANDEIRA DE FREITAS

**O CONTROLE ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA NA
EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS EM PORTUGAL E NO BRASIL.**

Relatório da disciplina DIREITO ADMINISTRATIVO “C”, apresentado ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito à conclusão da parte acadêmica obrigatória à obtenção do título de mestre.

Orientadora: Professora Doutora Maria João Estorninho.

Lisboa
2006

SUMÁRIO

1. Introdução.

1.1. Objeto.

1.2. Metodologia.

2. A eficiência: princípio jurídico constitucional da Administração Pública.

3. O controle da eficiência na execução dos serviços públicos em regime de concessão.

3.1. O novo regime de concessão dos serviços públicos como um dos fenômenos da privatização das tarefas públicas: mecanismo de concretização do princípio da eficiência.

3.2. A eficiência: novo critério de controle administrativo da execução dos contratos de concessão de serviços públicos.

3.3. Os mecanismos de controle administrativo da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos.

3.4. O Estado gerencial e regulador da eficiência: a descentralização do controle administrativo nos contratos de concessão de serviços públicos.

4. Conclusões finais.

5. Bibliografia.

6. Índice geral.

1. Introdução.

1.1. Objeto; 1.2. Metodologia.

1.1. O objeto do presente estudo restringe-se, em primeiro lugar, à análise da eficiência como princípio jurídico constitucional, com ênfase na caracterização inicial do cenário de reforma da Administração Pública como fator decisivo para a transformação do conceito econômico de eficiência para um conceito jurídico de eficiência. A importância de uma «nova» Administração Pública como demanda atual de todos os setores da sociedade transparece a exigência de serviços públicos e tarefas públicas a serem executadas de maneira eficiente. Porém, a eficiência, na qualidade de princípio jurídico, distingue-se da pura eficiência econômica e importa, para a sua aplicação e análise, na conexão estreita com os demais princípios da Administração Pública, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o interesse público, dentre outros. Esta necessária interpretação da eficiência jurídica, portanto, além da necessária aplicação técnica, incorpora valores axiológicos do direito público, possibilitando uma valoração distinta daquela utilizada pelas ciências econômicas. O objeto principal passa, no entanto, pelo estudo do cenário atual de controle da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos, cujo princípio constitucional vinculativo passa a informar toda a atividade pública, seja ela desempenhada por uma pessoa de direito público ou privado.

O regaste da técnica concessória inclui-se como um dos fenômenos de privatização das tarefas públicas, antes desempenhadas diretamente pelo Estado e que, agora, a Administração, em parceria contratual com o setor privado da economia, passa a transferir a gestão e a sua prestação. A privatização de tarefas do Estado segue a linha de opções políticas de reforma da Administração Pública, na busca pela concretização do princípio da eficiência, sob o lema de que o «público é ineficiente», gerado, sobretudo, pela crise do Estado social. O fenômeno da transferência da gestão dos serviços públicos a entidades particulares, por sua vez, alargou as atividades de regulação e controle por parte do Estado que permanece como titular do serviço público e da conseqüente responsabilidade pela sua eficiente prestação. A descentralização dos serviços e a busca pela eficiência, por outro lado, produziram o alargamento da atividade discricionária da Administração Pública, isto porque, a gestão dos serviços pressupõe uma margem de escolha pelo concessionário a fim de atender a exigência do

melhor serviço, do serviço mais adequado, mais barato e que atenda ao interesse público do bem-estar comum. O aumento da discricionariedade e da margem de livre decisão, desta forma, possibilitou um aumento do controle por parte do Estado e permitiram, com base no princípio da eficiência, estabelecer um novo critério jurídico de controle administrativo. Um critério erigido à categoria de princípio constitucional, ao qual a Administração Pública e todas as entidades que exercem poderes administrativos, funções e serviços públicos, como as empresas concessionárias de serviços públicos, passam a estar diretamente vinculados.

A análise dos clássicos mecanismos de controle por parte do Poder concedente como forma de garantir a eficiência nos contratos de concessão de serviços públicos sofre uma nova leitura diante da nova exigência do interesse público por um serviço adequado, eficiente e universal, prestado de maneira cordial, mediante módicas tarifas. Assim, o cenário de reforma, também, modifica os fundamentos dos poderes de controle da Administração Pública sobre os contratos de concessão e coloca a eficiência, como objetivo, meta e fundamento último do interesse da coletividade.

Faz parte, ainda, do objeto, a verificação do fenômeno de repartição dos poderes de controle e fiscalização que, agora, passam a ser transferidos a entidades distintas dos órgãos da Administração direta do Estado, na busca por uma maior eficiência, inclusive, dos próprios mecanismos de controle, de forma a torná-los mais objetivos, independentes, imparciais e livres de influências político-partidárias.

Vale destacar que o objeto deste estudo restringir-se-á às concessões de serviços públicos de interesse geral. E, também, que dentre os mecanismos de controle da eficiência não será analisada a rescisão unilateral dos contratos de concessão de serviços públicos, pois este poder da Administração Pública não diz respeito à execução do contrato especificamente.

Por fim, importa ressaltar que o termo eficiência será tratado em seu sentido lato, englobando os conceitos de eficácia e efetividade da ação administrativa e as formas de controle administrativo possíveis que envolvem a relação contratual entre o Poder concedente e os concessionários, prestadores de serviços públicos.

1.2. Na primeira parte, a eficiência será estudada como princípio jurídico da Administração Pública que hoje determina e informa todas as atividades e tarefas da Administração Pública, passando pela análise do cenário de reforma e da nova perspectiva da atividade pública.

Na segunda parte, a análise do atual cenário de controle e fiscalização dos contratos de serviços públicos em regime de concessão passa pelo estudo: 1) do novo regime de concessão dos serviços públicos como um dos fenômenos da privatização das tarefas públicas e mecanismo de concretização do princípio da eficiência; 2) da eficiência como novo critério de controle administrativo da execução dos contratos de concessão de serviços públicos; 3) dos mecanismos de controle administrativo da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos; 4) e do Estado gerencial e regulador da eficiência, em virtude da descentralização do controle administrativo nos contratos de concessão de serviços públicos.

2. A eficiência: princípio jurídico constitucional da Administração Pública.

2.1. A eficiência e o cenário de reforma da Administração Pública; 2.2. A «constitucionalização» do princípio da eficiência; 2.3. O princípio da eficiência no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil; 2.4. A concepção diferenciada da eficiência como princípio jurídico de direito público.

2.1. Os últimos anos do século XX e os primeiros anos do século XXI deixaram clara a contradição existente entre o ritmo acelerado das transformações tecnológicas e de informação, propiciadas pela evolução da globalização, e o lento desenvolvimento das organizações e tarefas públicas. O papel do Estado evoluiu e as exigências dos cidadãos não cessam de mudar, mas a Administração Pública, tanto em Portugal como no Brasil, não conseguiu alterar o seu modelo centenário, fundado em uma organização hierárquica de poder, baseada em decisões centralizadas. Muito embora as recentes tentativas de reforma da Administração Pública constituam uma melhoria na prestação dos serviços públicos de forma a garantir uma maior eficiência e rapidez nos processos de decisão e gestão, o setor público do Estado ainda não

experimentou com sucesso uma verdadeira transformação que pudesse atender aos anseios da população¹.

A globalização que propiciou a internacionalização dos objetivos e das políticas do setor público que outrora pertenciam em exclusivo ao Estado, pôs em causa o seu papel e a Administração Pública passou a ser confrontada com uma multiplicidade complexa de exigências deste novo mundo cujas economias foram internacionalizadas. Este quadro tem provocado uma busca crescente por reformas estruturais e institucionais, encaradas como meios de recuperação da legitimidade inserta na própria autoridade decisória da Administração Pública. As reformas visam à adequação das tarefas e das formas de organização e atuação do setor público às novas exigências dos mercados de serviços públicos globalizados. Logo, hoje, o principal desafio do Estado e de suas instituições é conciliar as conquistas históricas da democracia, designadamente a própria conquista do Estado de direito, concebido atualmente como Estado de «juridicidade», (fundado em princípios como igualdade, separação de poderes, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, responsabilidade dos titulares de cargos políticos, dignidade da pessoa humana e controle judicial das decisões administrativas), com as novas concepções de modernização da Administração Pública concebidas a partir do chamado «modelo de mercado», voltadas sobretudo para os cidadãos enquanto clientes e para a economia².

O crescimento da Administração Pública³ do Estado social⁴, destinado a garantir de forma direta o bem-estar, criou uma máquina burocrática de prestação de serviços «inchada» e ineficiente⁵ que conduziu a um processo de busca por soluções no âmbito da iniciativa privada seja através da tendência para o recurso às formas jurídico-privadas de organização e atuação da Administração Pública⁶, seja através da importação para o setor público, em especial, o setor de prestação de serviços, de

¹ Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. Administração Pública. Modernização, Qualidade e Inovação. Ed: Sílabo. Lisboa, 2005. Págs. 13 a 16.

² Ibidem. Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. Administração Pública.....Pág. 20.

³ Sobre as consequências jurídicas do crescimento da Administração Pública no Estado social. Cf. Silva, Vasco Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Ed: Almedina. Coimbra, 2003. Págs. 71 a 99.

⁴ Também chamado de Estado providência ou, no limite extremo, Estado assistencial. Importa destacar que, nas últimas décadas, o Estado social tem entrado em crise, por causa de excessivos custos financeiros e burocráticos, não tendo conseguido atingir à sua finalidade de impedir os fenômenos de exclusão social. Por isso, hoje, já se fala em Estado pós-social, que congrega não só os problemas da burocracia da administração pública, como novas questões, tais como a questão da informática, da ecologia e do meio ambiente.

⁵ Ibidem. Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. Administração Pública.....Pág. 20.

⁶ Estorninho, Maria João. A Fuga para o Direito Privado. Ed: Almedina. Coimbra, 1999. Págs. 47 e 48.

técnicas e conceitos de gestão e avaliação de resultados operados pelas empresas do setor privado⁷. O Estado contemporâneo, denominado «pós-social⁸» direciona-se para um fenómeno de «desintervenção⁹», através do qual passa a prescindir da maioria das tarefas, antes típicas, e a dedicar-se a um número cada vez mais reduzido destas tarefas, que se reconduzem a atividades de gestão, de controle e de incentivo, numa clássica passagem de um Estado social para um Estado «regulador». As necessidades operacionais da sociedade moderna pluralista vieram, portanto, transformar o papel do Estado que deixou de ser um agente intervencionista e adquiriu uma feição dinamizadora e catalisadora, ao assumir o predomínio de funções de financiamento, de promoção e regulação, sobre as tradicionais funções de produção e distribuição de bens e prestação de serviços à comunidade¹⁰.

Com a crise do Estado social, aliada à constatação de fenómenos de ineficiência e disfuncionalidade na Administração Pública, esta passa a ser continuamente posta em causa e o seu papel na vida económica e social passa a ser discutido e repensado, o que força as organizações públicas a adquirir novos contornos e a assumir novos papéis. As transformações na estrutura do Estado no sentido de substituir cada vez mais as formas clássicas de intervenção pela regulação e a orientação, a diversificação das formas tradicionais de ação pública e, em geral, as mudanças nas formas de governação impuseram alterações estruturais nos modos de atuar da administração, obrigando à desconstrução de muitos dos instrumentos e esquemas organizativos que sustentavam a administração estadual tradicional e conduzindo à discussão atual em torno das funções do Estado e dos meios para realizá-las¹¹.

Confrontados com a evidência de uma Administração Pública grande e ineficaz, nas duas últimas décadas do século passado, todos os governos da Europa e em seguida de outros países, tal como o Brasil, independentemente da sua matriz ideológica

⁷ Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. Administração Pública....Op. cit. Pág. 20.

⁸ Em Portugal, o termo Estado «pós-social» é utilizado por: Silva, Vasco Pereira da. Em Busca.....Op. cit. Págs. 122 a 135, para explicar um novo modelo de Estado que surge em virtude da crise do Estado social, em razão da ineficiência económica da intervenção de um Estado que cresceu gigantescamente; aumento da carga tributária; do risco da menor imparcialidade do Estado e do alheamento ideológico dos cidadãos, em razão da falência dos conhecidos modelos políticos até então vigentes.

⁹ Estorninho, Maria João. A Fuga.....Op. cit. Págs. 48 a 50.

¹⁰ Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. Administração Pública....Op. cit. Pág. 20.

¹¹ Canotilho, José Joaquim Gomes Canotilho. Paradigmas de Estado e Paradigmas de Administração Pública. In Moderna Gestão Pública. Ata Geral do 2º encontro INA (Instituto Nacional de Administração – Portugal). Lisboa, 2000. Págs. 21 a 34.

(liberal, democrata, conservadora, socialista), lançaram programas de modernização da sua administração. O crescimento das atividades administrativas – públicas, públicas em parceria com o setor privado e até simplesmente privadas -, acarretou uma sobrecarga extraordinária dos recursos financeiros e humanos, de tal modo que estes deixaram de poder ser administrados através das ferramentas tradicionais da hierarquia administrativa. As reformas foram e, ainda, são motivadas pelos seguintes fatores¹²: 1) o peso dos gastos sociais do modelo do Estado social e conseqüente aumento das despesas com os agentes dos serviços públicos; 2) a complexidade do funcionamento da máquina administrativa; 3) a alteração das expectativas e aumento das exigências dos cidadãos; 4) e as novas tendências de transformação da estrutura do Estado, menos centralizada e com uma forma de governação mais flexível e transparente.

No conjunto destes fatores, agravado pelas crises econômicas da década de 70 (crises do petróleo, por exemplo), foi que a Administração Pública, nas últimas duas décadas do século XX, evoluiu consideravelmente em matéria de prestação de serviços quase que em todos os países da Europa ocidental, Estados Unidos, assim, como em alguns países da América central e do sul, tal como o Brasil. As reformas administrativas implementadas por estes países partem fundamentalmente de três abordagens¹³ por parte dos governos: 1) a libertação do Estado da prestação de serviços públicos, antes prestados diretamente pelo aparelho direto da máquina administrativa, e a transferência para o setor privado, seja através da privatização da gestão dos serviços, seja através da transformação das organizações públicas em organismos privados, com a alienação da participação acionária do Estado, que passam, agora, a estar sujeitos ao controle público; 2) a implantação de medidas de política de racionalização que conduziram ao aumento da produtividade da Administração Pública burocrática, 3) e, por último, numa abordagem alicerçada na inovação, que procurou desenvolver novos métodos de gestão dos assuntos públicos.

Nos vários países, as reformas nas Administrações Públicas apresentaram, simultaneamente, uma convergência de princípios (convergência que está presente na própria linguagem utilizada na reforma – quase todos: descentralizaram os

¹² Mozzicafreddo, J. Modernização da Administração Pública e Poder Político. In Mozzicafreddo, J. Gomes, J.S. (org.). Administração e Política: perspectivas de reforma da administração pública na Europa e nos Estados Unidos. Ed: Celta. Oeiras/Portugal, 2001. Págs. 57.

¹³ Auger, J. Réforme de l'Administration Publique Suède. Coup D'Oeil. «online». Junho, 1998. Disponível em: <http://207.162.4.3/Observatoire/Coupdoeil/reforme-suede.htm>.

serviços e as organizações, empregaram os modelos da teoria da gestão, acolheram as técnicas administrativas da iniciativa privada, empregaram princípios como o da produtividade, da eficiência, da eficácia, do controle das despesas públicas, da transparência, do aumento do controle político democrático e do aumento da participação dos cidadãos¹⁴) e uma variedade de soluções, diferenças que se devem, sobretudo, ao fato de a reforma ter lugar em estruturas institucionais existentes¹⁵.

Em Portugal, a reforma administrativa sofre o efeito cumulativo de dois fatores determinantes: a abertura para o regime democrático em 1974 e a adesão à Comunidade Económica Europeia em 1986¹⁶. Durante as três últimas décadas do século XX, a Administração Pública portuguesa sofreu profundas mudanças que começaram pela via legislativa, através da consagração de grandes princípios fundamentais em matéria administrativa organizativa e procedimental na Constituição Portuguesa e no Código de Procedimento Administrativo. A Constituição concebe uma administração próxima ao cidadão e aponta no artigo 267.º que a Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva. Por sua vez, o Código de Procedimento Administrativo exige da Administração Pública um comportamento organizacional adequado e voltado para a modernização administrativa, ao enumerar um conjunto de princípios gerais da Administração Pública, dentre os quais, podem ser destacados: 1) o princípio da colaboração com os particulares; 2) o princípio da participação; 3) e o princípio da desburocratização e da eficiência. O relatório «Renovar a Administração¹⁷» da Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública empenhou-se em introduzir na Administração Pública os valores da competitividade e da liberdade de escolha que vão ao encontro da busca pela qualidade e pela melhoria da eficiência no setor público¹⁸. Além da constitucionalização dos princípios da Administração Pública, segundo a incorporação das novas concepções da reforma administrativa, também observa-se a multiplicação na legislação ordinária das

¹⁴ Sobre o pentagrama discriminante da gestão pública: organização, funcionamento, qualidade, controle e produtividade. Cf. Ruivo, Vítor Manuel. *A Reinvenção da Função Pública e o Instituto Nacional de Administração*. In *A reinvenção da Função Pública*. Instituto Nacional de Administração – INA. Lisboa, 2002. Págs. 19 e 20.

¹⁵ Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. *Administração Pública*...Op. cit. Pág. 24.

¹⁶ *Ibidem*. Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. *Administração Pública*...Pág. 29.

¹⁷ Apud. Estorninho, Maria João. *A Fuga*...Op. cit. Pág. 12 (Introdução), nota de rodapé nº 3. «Renovar a Administração – Relatório da Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública», Publ. do Gabinete da Secretária de Estado da Modernização Administrativa, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 1994.

¹⁸ *Ibidem*. Estorninho, Maria João. *A Fuga*...Pág. 12.

referências à modernização, qualidade e inovação da Administração Pública portuguesa¹⁹ e o lançamento de programas por parte do Governo, como por exemplo, o recente «Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa – Simplex 2006²⁰», lançado no último mês de março de 2006 pelo atual Governo.

No Brasil, a reforma da Administração Pública, iniciada em 1995, também, propiciou alterações significativas na legislação, necessárias às principais mudanças institucionais. A reforma constitucional²¹, chamada de «reforma administrativa» foi aprovada praticamente na forma proposta pelo governo (emenda constitucional n.º 19 de 04 de junho de 1999). A gestão pela qualidade total foi adotada e passou a ser consistentemente aplicada à Administração Pública das três esferas: federal, estadual e municipal. Houve apoio pela reforma junto à alta Administração Pública que revelou uma clara mudança de uma cultura burocrática para uma cultura gerencial. A reforma objetivou três planos: o institucional, o cultural e o da gestão. Naturalmente, em especial neste último plano, a reforma está apenas começando, pois a sua implantação no Brasil, país fortemente descentralizado e de dimensões continentais, demorará mais alguns anos, porém as bases de uma reforma administrativa sólida já foram lançadas²².

No direito comunitário, as novas tendências de reforma da Administração Pública, em especial no setor de prestação dos serviços de interesse econômico geral, caminham juntamente com as reformas introduzidas no seio interno de cada Estado membro e refletem a vinculação das decisões comunitárias de modernização da gestão pública, como mecanismo efetivo de implantação dos novos conceitos ao setor público. Um exemplo claro, em Portugal, é o mais novo anteprojeto do Código dos Contratos Públicos que procederá a transposição das Diretivas Comunitárias n.ºs 2004/17/CE e

¹⁹ Cf. Carapeto, Carlos. Fonseca, Fátima. Administração Pública...Op. cit. Pág. 31: 1) o Decreto-lei n.º 166-A/99 de 13 de Maio que cria o Sistema de Qualidade em Serviços Públicos (SQSP); trata-se de um diploma que não foi regulamentado; 2) o Decreto-lei n.º 135/99, de 22 de Abril que define os princípios gerais de ação a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua atuação em face dos cidadãos, bem como reúne de uma forma sistematizada as normas vigentes no contexto da modernização administrativa.

²⁰ Consulta ao site do Portal do Governo em Portugal: http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/pt/noticias/03_2006. O programa apresenta um vasto conjunto de medidas que visam a desburocratização e a modernização dos serviços da Administração Pública, a fim de atingir a meta da melhoria na prestação dos serviços de forma a atender às necessidades atuais dos cidadãos.

²¹ Cf. Pereira, Luiz Carlos Bresser. A Reforma Gerencial da Administração Pública Brasileira de 1995. In Moderna Gestão Pública. Acta Geral do 2.º encontro INA – Instituto Nacional de Administração. Lisboa, 2001. Págs. 55 a 71.

²² Ibidem. Luiz Carlos Bresser. A Reforma Gerencial.....Págs. 55 a 71.

2004/18/CE, revogando os diplomas legais atualmente vigentes sobre a matéria²³. Estas duas diretivas propõem a unificação e a simplificação dos regimes jurídicos aplicáveis aos contratos públicos, ao consagrarem regras e procedimentos que buscam a melhoria na prestação dos serviços públicos, mediante contratos públicos, em especial aquelas que dizem respeito aos procedimentos pré-contratuais, v.g. o procedimento do diálogo concorrencial. A abertura para a exploração e execução privada dos serviços públicos, antes monopolizada pelo Estado, pressupõe uma nova proposta do direito comunitário administrativo quanto à busca pela eficiência enquanto solução para um Estado social ineficiente e burocratizado. A concorrência passa, então, a ocupar a pauta da regulamentação dos serviços públicos administrativos, baseados na racionalidade das escolhas, imparcialidade e simplificação dos procedimentos, de forma a atender as exigências de um mercado globalizado e dinâmico.

2.2. A constitucionalização e a conseqüente transformação jurídica do princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública surgem como instrumentos da reforma administrativa, baseada nas novas concepções de modernização, melhoria da prestação dos serviços e «enxugamento» da máquina administrativa (mudança dos métodos de gestão das tarefas públicas e alteração das estruturas organizacionais do setor público). A reforma, portanto, passa a se utilizar da concretização jurídica do princípio da eficiência e de outros princípios conexos com a mudança de perspectiva, a fim de iniciar o processo de modernização da gestão pública. Portanto, é neste cenário de novos ventos e novas exigências que as reformas administrativas conduzem a um processo de «legalização» e «constitucionalização» dos conceitos necessários à implantação dos programas de alteração dos paradigmas do Estado.

A passagem do princípio da eficiência ao mundo jurídico surge, portanto, em um momento de mudança de perspectiva da Administração Pública. Surge em um determinado momento de crise do Estado social intervencionista que já não mais consegue dar conta de todas as tarefas assumidas e apresenta-se como Estado burocrático com uma Administração Pública «inchada» e ineficiente para os parâmetros da iniciativa privada. Surge em um momento de transformações da sociedade, agora globalizada, que não mais admite um serviço público lento e burocrático. A reforma da Administração Pública aparece como assunto de destaque. A desburocratização que

²³ Diplomas vigentes em Portugal sobre contratos públicos: Decreto-lei n.º 59/99, de 02 de Março; Decreto-lei n.º 197/99, de 08 de Junho; e o Decreto-lei n.º 223/2001, de 09 de Agosto.

ainda se encontra em pauta, através de projetos políticos de implantação tende a ser um desafio para cada governante que assume o cargo de chefe de governo, na qualidade, portanto, de chefe do órgão superior da Administração.

Surge em um momento de Estado pós-social ou de crise do Estado social, cujas políticas de «desintervenção» passam a pautar a estrutura organizacional da Administração Pública que opta em adotar ou resgatar a idéia do Estado mínimo. Esta opção produz a transferência de atividades e serviços antes desenvolvidos e prestados diretamente pelo Estado para outras entidades, em sua grande maioria de direito privado (entidades privadas), seja através da própria descentralização dos serviços (resgate da técnica concessória e privatizações), seja através da participação acionária do Estado em empresas de natureza privada, seja, também, através da privatização de institutos públicos (transformação de institutos públicos em institutos privados pelo Estado)²⁴.

Surge dentro de uma concepção de que o público é ineficiente e o setor privado passa a exprimir a idéia de eficiência, de excelência e qualidade dos serviços e produtividade de bens. É a culto ao privado que provoca a incorporação de entidades de natureza privada no seio organizativo da Administração Pública²⁵ e faz com que conceitos de gestão provenientes e aplicados à iniciativa privada sejam transportados para a atividade pública, através do fenômeno da equiparação da Administração Pública a uma empresa, segundo a teoria do «*new public management*»²⁶, transformando o usuário/cidadão em cliente.

A eficiência como princípio norteador da Administração Pública, na verdade, é fruto desta nova releitura de sua estrutura e do próprio modelo de Estado que passa de Estado social, prestador direto dos serviços e intervencionista, para um resgate de um modelo «neo-liberal» que retrata políticas de «desintervenção», de parcerias com o setor privado, com descentralização dos serviços, antes prestados diretamente pelo

²⁴ Sobre as transformações do Estado social para o Estado pós-social, com a utilização pela Administração Pública de modelos de privatização das tarefas e serviços públicos. Cf. Gonçalves, Pedro. Entidades Privadas com Poderes Públicos. Ed: Almedina. Coimbra, 2005. Pág. 13 a 46.

²⁵ Cf. Estorninho, Maria João. A Fuga...Op. cit. Págs. 48 a 78.

²⁶ Sobre a Administração Pública Managerial. Cf. Rocha, J. A. Oliveira. Administração Pública Managerial. In Gestão Pública e Modernização Administrativa. Ed: INA – Instituto Nacional de Administração – Portugal. Lisboa, sem referência ao ano de publicação. ISBN: 972-9222-26-6. Págs. 51 a 69: “(...) O conceito do “*new public management*” aparecido em meados da década oitenta não significa o aparecimento de ideias novas, mas apenas que se procura substituir a gestão pública tradicional por processos e técnicas de gestão empresarial: (...) § O que se pretende com a “administração empresarial” é substituir a gestão pública tradicional pela gestão de empresas privadas já que se assume que tudo o que é público é ineficiente. (...)”

Estado, e, em última análise, pelo próprio fenômeno de retração do Estado que passa a assumir um papel de Estado regulador e gerencial (Estado de controle): «menos Estado – melhor Estado²⁷».

A compreensão da eficiência²⁸ não só como conceito econômico de gestão ou condutor das políticas intrínsecas à ciência da administração e à iniciativa privada é importante, mas não constitui o objeto deste estudo. O que se procura demonstrar é o alcance do princípio da eficiência como princípio alçado à categoria de princípio jurídico. Ou seja, a própria «jurisdicionalização» do princípio, inclusive como princípio de previsão constitucional, o que revela a sua importância no Estado de direito democrático português e brasileiro. O direito recebe, então, conceitos econômicos e transforma-os, sujeitando-os às suas próprias estruturas, tornando-os jurídicos, na acepção de comandos estatais obrigatórios gerais, abstratos e exigíveis. Assim ocorre com o princípio da eficiência que o direito transformou em cânone administrativo, ao incorporá-lo ao ordenamento jurídico através da dogmática da ciência da administração²⁹. Porém da eficiência à vertente teleológica do Estado social, ao integrá-lo aos valores da *j*, tanto o sistema jurídico português, como o sistema jurídico brasileiro, submeteram o princípio justiça social e do bem-estar de todos os cidadãos³⁰.

No Estado de direito democrático, a concretização dos imperativos constitucionais de bem-estar, além de exigir estruturas decisórias dotadas de legitimidade política democrática, envolve a realização e a concretização da eficiência

²⁷ Gonçalves, Pedro. Entidades...Op. cit. Pág. 45.

²⁸ O princípio da eficiência não possui raízes jurídicas. O conceito de eficiência e o estudo do que significa eficiência provém do estudo das ciências econômicas. Neste campo é estudado em associação a outro conceito de igual importância, o conceito de eficácia. A eficiência está associada à ideia de produção de um resultado, ou seja, encontra-se ligada à análise do processo, ou melhor, do procedimento, para obtenção do resultado. Já a eficácia está associada apenas ao resultado final, à qualidade do próprio bem ou serviço prestado. Os dois conceitos estão abrangidos pelo conceito lato de eficiência, tal qual estudado pelas ciências econômicas e transportados ao mundo jurídico. Mas podem não se encontrar associados. Desta forma, uma ação pode ser eficiente sem ser eficaz. Eficiência e eficácia, no entanto, constituem paradigmas de uma boa gestão, de uma boa administração de um determinado negócio empreendedor, de uma certa empresa no âmbito da iniciativa privada e do setor de prestação de serviços, o setor terciário de produção de bens e serviços. A busca pela otimização da produção de bens e prestação de serviços sempre constituiu o desiderato da iniciativa privada, fundada em conceitos técnicos de engenharia de produção e gestão de bens e pessoas. Sobre a diferença entre eficiência e eficácia. Cf. Júnior, Onofre Alves Batista. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. Ed: Mandamentos. Belo Horizonte, 2004. Págs. 110 e 111; Moncada, Luís S. Cabral. Direito Público e Eficácia. In Estudos de Direito Público. Ed: Coimbra. Lisboa, 2001. Págs. 169 a 172.

²⁹ Neste sentido. Cf. Sepe, Onorato. L'Efficienza Nell'Azione Amministrativa. Ed: Giuffrè. Milano, 1975. Pág. 42; ao interpretar o artigo 97.1. da Constituição da República Italiana de 1947, donde conclui que a Constituição tomou como cânone jurídico (*buon andamento*) um cânone da Ciência da Administração.

³⁰ Júnior, Onofre Alves Batista. Princípio Constitucional.....Op. cit. Pág. 118.

como princípio jurídico-público³¹. Desta forma, aquele que executa e gere as tarefas públicas, seja uma entidade de direito privado, seja de direito público, deve fazê-lo através de decisões e ações que procurem sempre as melhores soluções tendentes à realização do modelo de bem-estar³², tal como vincula as normas e princípios constitucionais. A eficiência, uma vez incorporada ao sistema jurídico constitucional, transforma-se, assim, em dever para a Administração Pública, em especial no que toca a realização do bem-estar e do desiderato da justiça social, através das tarefas ligadas diretamente à prestação dos serviços essenciais. Logo, não basta prestar os serviços públicos de natureza básica ao cidadão. Não basta produzir os bens necessários à sobrevivência básica e digna de cada indivíduo. Não basta garantir o seu papel de Estado interventor e regulador da economia e circulação de riqueza. Não basta, portanto, atingir o simples objetivo de atuar ativamente na persecução do incremento da qualidade de vida de cada cidadão. A constituição brasileira e portuguesa, como grande parte das constituições ocidentais exige mais do Estado na realização de suas tarefas de prestador de serviços público e produtor de bens e, em última análise, de garantidor do bem-estar. Exige que suas tarefas sejam desempenhadas de forma eficiente.

Desta forma, pode-se afirmar que a eficiência é um princípio político-jurídico que provoca para a Administração Pública um dever positivo de atuação otimizada, considerando-se os resultados da atividade exercida³³, bem como a adequação da relação entre os meios e os fins que se pretende alcançar³⁴. Sem dúvida que para a promoção do bem comum, no que toca à atuação da Administração Pública, tanto os meios como os resultados assumem crucial importância. O princípio da eficiência, assim, é um princípio «bipotencial³⁵», uma vez que volta a sua ação jurídica tanto para a ação instrumental realizada, como para o resultado nela obtido. Portanto, o princípio exige tanto o aproveitamento máximo das potencialidades existentes, isto é, dos recursos escassos que a coletividade possui, como o resultado quantitativamente e qualitativamente otimizado, no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas.

³¹ Sepe, Onorato. L'Efficienza.Op. cit. Págs. 03 e seguintes.

³² Otero, Paulo. O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-constitucional. Ed: Lex. Lisboa, 1995. Vol. II. Pág. 638.

³³ Falzone, Guido. Il Dovero di Buona Amministrazione – Parte I. Ed: Giuffrè. Milano, 1953. Pág. 127; ao comentar o artigo 97. da Constituição da República Italiana de 1947: “(...) é infatti inconcepibile che, pur com l'esistenza di una norma costituzionale che mira a realizzare 'il buon andamento dell'amministrazione', si possa svolgere un'attività contrastante con i principi, (...)”

³⁴ Neste sentido. Cf. Moncada, Luís S. Cabral. Direito Público....Op. cit. Pág. 163 a 165.

³⁵ Júnior, Onofre Alves Batista. Princípio Constitucional.....Op. cit. Pág. 120.

Portanto, é dentro desta perspectiva, que o princípio jurídico da eficiência passou a desdobrar-se em outros sub-princípios: 1) o da universalidade dos resultados que procura afastar a preferência ou discriminação na prestação dos serviços públicos e que se encontra intimamente associado ao princípio da igualdade real; 2) o da produtividade, fundado na economia de recursos e na necessidade de uma Administração Pública racional de recursos escassos; 3) o da economicidade, baseado na otimização de recursos financeiros e modicidade nas taxas cobradas pelos serviços públicos; 4) o da qualidade, cujo fundamento é a otimização dos resultados sob o ponto de vista do cliente, do usuário do serviço, em clara associação com o princípio da dignidade da pessoa humana; 5) o da celeridade e da presteza que visa a evitar o mau atendimento e a demora nos processos e procedimentos administrativos; 6) o da continuidade ou não-interrupção na prestação do serviço público, porque o bem-estar deve ser buscado de forma permanente e contínua; 7) e o da desburocratização que conduz: a) ao abandono de procedimentos administrativos demasiadamente longos e lentos que não possibilitam a obtenção de decisões céleres; b) ao afastamento de estruturas desnecessariamente complexas na organização da infra-estrutura da Administração Pública; c) à descentralização e à desconcentração políticas e administrativas; d) e ao alargamento da discricionariedade administrativa e, por isso, o aumento do controle administrativo e da regulação.

2.3. Em Portugal, como se observa no artigo 267.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa de 1976, ao lado das preocupações democráticas de participação e da necessidade de aproximar os serviços das populações, determina que a Administração Pública deve ser estruturada de forma a evitar a burocratização, acentuando a necessidade de qualidade da ação administrativa. No n.º 2 do mesmo artigo constitucional, a ordem jurídica portuguesa preocupa-se, em seguida, com a conexão entre os mecanismos jurídico-políticos de alcance da eficiência administrativa, designadamente as formas de descentralização e desconcentração das atividades e competências administrativas, e o princípio da unidade de ação da Administração Pública que fundamenta, especialmente, as formas de controle administrativo (tutela e superintendência) e os poderes de direção³⁶.

³⁶ Otero, Paulo. Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa. Ed: Coimbra. Coimbra, 1992. Págs. 362 a 364.

Da mesma forma, o princípio da boa administração³⁷ ou princípio da eficiência encontra amparo no artigo 81.º, letra c da Constituição Portuguesa, ao estatuir na qualidade de incumbências prioritárias do Estado: “Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público”. Este artigo, embora encontre aplicação, especialmente, ao setor público empresarial e econômico do Estado, por certo que, também, reflete diretamente, hoje, no âmbito da prestação de serviços pela Administração Pública que cada vez mais passa a utilizar-se do setor empresarial, em parceria com entidades privadas ou através da privatização da gestão ou da própria atividade. Outro argumento é o próprio alargamento da aplicação do princípio da eficiência para a toda a atividade da Administração Pública em Portugal pelo artigo 10.º do Código de Procedimento Administrativo que prevê, dentre outros princípios gerais de aplicação ampla a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada, o que denomina de princípio da «desburocratização» e da «eficiência»³⁸.

Em terceiro lugar, a subordinação da Administração Pública aos princípios da justiça, da igualdade e da imparcialidade, segundo o artigo 226.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa pressupõe uma regra implícita de eficiência administrativa³⁹ no ordenamento jurídico português. Por um lado, a prossecução do

³⁷ No direito português, o dever de boa administração, ou o princípio da boa administração a que se encontra vinculada a Administração Pública é fruto de disposições contidas na Constituição da República Portuguesa e no Código de Procedimento Administrativo, assim dispostas: 1) Estado de bem-estar e princípio da eficiência (CRP – artigo 9.º, letra d); 2) limitação da descentralização e da desconcentração pela necessidade de eficácia da ação administrativa (artigo 267.º, n.º 2 da CRP); 3) a idéia da prossecução do interesse público: o poder regulamentar do governo para uma boa execução das leis (artigo 199.º, letra c da CRP); 4) subordinação da Administração Pública aos princípios da justiça, igualdade e imparcialidade (artigo 266.º, n.º 2 da CRP) – existência de uma regra implícita de eficiência; 5) racionalização do procedimento administrativo (CRP art. 267.º, n.º; 5) a consagração da boa administração e da eficiência no CPA – (artigo 10.º); 6) e o poder de auto-organização administrativa e princípio da elasticidade organizativa para um melhor atendimento do interesse público (artigo 198.º n.º 2 da CRP). Cf. Otero, Paulo. O Poder de Substituição....Vol II. Op. Cit. Págs. 639 a 643.

³⁸ Cf. Sousa, Marcelo Rebelo. Lições de Direito Administrativo. Ed: Pedro Ferreira. Lisboa, 1995. 2ª edição. Vol. I. Pág. 137. A própria exposição de motivos do decreto que veiculou o Código de Procedimento Administrativo fez menção expressa ao atual artigo 267.º, n.º 5 da Constituição Portuguesa (na ocasião artigo 268.º, n.º 3), frisando que o incremento constante das tarefas que à Administração Pública cabe realizar, nos mais diversos setores da vida coletiva, em especial diante da necessidade de reforçar a eficiência de sua ação e a garantia da participação popular, foi exatamente um dos fatores que trouxeram a sentida necessidade de uma disciplina geral do procedimento administrativo. A referida exposição apresenta, da mesma forma, refletindo, assim, as necessidades que a levaram a surgir no mundo jurídico, cinco objetivos fundamentais: “ (...) a) disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, procurando racionalizar a atividade dos serviços, b) regular a formação da vontade da Administração, por forma que sejam tomadas decisões justas, legais, úteis e oportunas, c) assegurar a informação dos interessados e a sua participação na formação das decisões que lhes digam directamente respeito, d) salvaguardar em geral a transparência da ação administrativa e o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, e) evitar a burocratização e aproximar os serviços públicos das populações.” Cf. Fonseca, Guilherme da. Claro, João Martins. Fontes, José. Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Legislação Complementar. Ed: Coimbra. Coimbra, 2005. 2ª edição. Págs. 289 e 290.

³⁹ Otero, Paulo. O Poder de Substituição....Vol. II. Op. cit. Pág. 641.

interesse público, segundo critérios de justiça⁴⁰, envolve um dever de satisfação de necessidades coletivas vitais através da «repartição ponderada dos meios disponíveis a utilizar no sentido de maximizar as vantagens⁴¹». Por outro lado, a sujeição da Administração aos princípios da igualdade e imparcialidade determina um conjunto de regras que contribuem para uma maior eficácia, economicidade e racionalidade decisória⁴².

No Brasil, seguindo o cenário e o processo de reforma da Administração Pública, iniciado em 1995, a emenda n.º 19 à Constituição brasileira incluiu, expressamente, o princípio da eficiência no texto constitucional, na qualidade de princípio setorial da Administração, expressos no artigo 37.º, *caput*. É, portanto, na onda de reformas administrativas no Brasil, no final da década de 90 que o princípio da eficiência passa a ser realidade constitucional de norma efetiva, a qual subordina todos os agentes administrativos, sejam públicos ou privados⁴³.

A legislação infraconstitucional, posterior à emenda n.º 19 à Constituição brasileira, efetivou o princípio da eficiência, v.g. a Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) que no artigo 2.º faz menção expressa aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Desta forma, assim como os princípios da imparcialidade, da igualdade e da justiça social conduzem à racionalização da atividade administrativa como comando constitucional em Portugal, no Brasil, os demais princípios consagrados no artigo 37.º⁴⁴ da Constituição brasileira, também em conexão com o princípio da eficiência⁴⁵, contribuem para a melhoria da atividade da Administração Pública, na linha das reformas implementadas pelo governo a partir da emenda constitucional n.º 19.

⁴⁰ Sobre o princípio da justiça no artigo 226.º da Constituição Portuguesa. Cf. Amaral, Diogo Freitas do. O Princípio da Justiça no Artigo 266.º da Constituição. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. Ed: Coimbra. Coimbra, 2001. Págs. 685 a 722.

⁴¹ Otero, Paulo. O Poder de Substituição.... Vol. II. Op. cit. Pág. 641.

⁴² Ibidem. Otero, Paulo. O Poder de Substituição....Vol II. Pág. 641.

⁴³ A exposição de motivos da mensagem presidencial n.º 886/95, convertida em proposta de emenda constitucional n.º 173/95 que foi aprovada como emenda constitucional n.º 19, firmava a pretensão de se estabelecer um arcabouço constitucional que favorecesse a busca da eficiência do aparato público. Cf. Moraes, Alexandre. Direito Constitucional. Ed: Atlas. São Paulo, 1999. 6ª edição. Págs. 298 e 299.

⁴⁴ Artigo 37.º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

⁴⁵ Sobre a conexão dos demais princípios da Administração Pública com o princípio da eficiência. Cf. Júnior, Onofre Alves Batista. Princípio Constitucional....Op. cit. Págs. 343 a 402.

2.4. A questão que se coloca agora em causa é: como tratar a eficiência como princípio jurídico de direito público? Ou seja, devemos aplicar o conceito tal como estudado pelas ciências econômicas e aplicado à iniciativa privada ou devemos associá-lo aos demais princípios reitores e setoriais da Administração Pública?

A eficiência como princípio norteador da atividade administrativa deve ser aplicado em consonância com os demais princípios da Administração Pública e demais princípio da ordem jurídico-pública constitucional, em especial, com os princípios da supremacia do interesse público e da justiça social. A atividade administrativa possui suas peculiaridades e a eficiência deve adequar-se a elas, em especial, ao interesse público, à imparcialidade, à legalidade e à boa-fé, dentre outros que pautam a atividade pública, além de ter como desideratos a implementação do bem-estar⁴⁶.

Muito embora a lógica da eficiência tenha origem na iniciativa privada, segundo uma perspectiva utilitarista buscada nas ciências econômicas e na atividade empresarial, por certo que nem sempre se revela adequada ao enquadramento da atividade administrativa, dominada por outras exigências, permeada por critérios axiológicos e dependente de uma série de controles políticos alheios à própria eficiência técnica. Desta forma, o critério da atividade administrativa não pode ser o critério absoluto da eficiência econômica. A eficiência, conforme já foi dito, deve funcionar no âmbito da atividade da Administração Pública em consonância com os demais princípios constitucionais (igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade). Logo, a eficiência administrativa não é uma eficiência econômica, mas foi alçada à categoria de eficiência jurídica.

Também deve ser levado em consideração que em um Estado pluralista moderno, a opinião pública é fator que interfere diretamente na tomada de decisões administrativas, além da própria conexão da Administração Pública com o poder político, designadamente, com os grupos de pressão sociais e os partidos políticos.

Logo, a Administração Pública deve procurar concretizar o interesse público de maneira eficiente. Ou seja, escolher o melhor meio, o meio mais eficiente de atingir o interesse público. O que verdadeiramente se deve buscar é a melhor satisfação

⁴⁶ Moncada, Luís S. Cabral de. *Direito Público*.Op. cit. Págs. 165 e 166.

do interesse público, a prossecução do bem comum, com justiça social. Como exemplo, pode-se citar que mesmo diante de uma tecnologia avançada utilizada no seio da Administração Pública ou mesmo do fato da qualidade dos produtos ou serviços ser reconhecido internacionalmente, o que verdadeiramente interessa é se, efetivamente, as necessidades sociais foram atingidas e de forma justa e equânime em respeito a todos os princípios jurídico-políticos constitucionais e ao sistema de concretização da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

A eficiência, então, pode ser sintetizada como mandamento constitucional de maximização da prossecução do bem estar comum e a Administração Pública deve atuar consoante as regras da boa administração, porém sem prejuízo à lei e ao direito e até de uma adequada concepção política global do interesse público⁴⁷.

3. O controle da eficiência na execução dos serviços públicos em regime de concessão.

3.1. O novo regime de concessão dos serviços públicos como um dos fenômenos da privatização das tarefas públicas: mecanismo de concretização do princípio da eficiência.

3.1.1. A nova «face» do contrato de concessão de serviços públicos no Estado contemporâneo e «pós-social»; 3.1.2. A privatização no âmbito da execução e da gestão dos serviços públicos.

3.1.1. As parcerias entre o setor público e o setor privado no âmbito da prestação de serviços e da execução de obras públicas remontam a origem da técnica concessória mais próxima da fórmula atual, como produto do século XIX⁴⁸. A grande projeção da concessão dos serviços públicos ocorre na época do desenvolvimento do Estado social (no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX), possibilitando ao Estado comprometer-se com o alcance dos fins sociais, sem ter que despende os custos diretos necessários à prossecução deste objetivo e observa um

⁴⁷ Cf. Ibidem. Moncada, Luís S. Cabral de. Direito Público....Op. cit. Pág. 166: “(...) aquilo que pode parecer ineficiente, no sentido de desaconselhável à escala microeconômica, pode não o ser à escala social global. Assim sucederá frequentemente no âmbito de serviços essenciais prestados à comunidade, tais como a electricidade, a distribuição de água, os transportes públicos colectivos, certos serviços culturais, etc...”.

⁴⁸ Gonçalves, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Ed: Almedina. Coimbra, 1999. Pág. 101.

período de retração durante o apogeu do Estado social (décadas de 40/50, 70/80)⁴⁹, quando a opção política e ideológica transforma-se ao ensejo da mudança de perspectiva de um Estado liberal para um Estado prestador direto das tarefas públicas.

As teorias econômicas do movimento de reforma administrativa durante a década de 80 traduziram uma nova abordagem dos problemas do setor público, conforme já destacado no item 2. deste estudo. Na verdade, a incapacidade das organizações públicas tradicionais para lidar com os problemas emergentes levou à adoção de novas formas de gestão e execução das tarefas públicas ou à reformulação de técnicas já existentes, com uma nova configuração, de forma a atender aos anseios de uma Administração Pública mais rápida e eficiente. Desta forma, assistiu-se em vários países ocidentais o regaste e a criação de novas formas de colaboração baseados em contratos ou quase-contratos estabelecidos entre o poder público e a iniciativa privada, tendo por objetivo a substituição das estruturas de gestão hierárquicas da Administração Pública ineficiente e burocrática do típico Estado social⁵⁰. As relações jurídicas de prestação de serviços públicos, então, deixam de ocupar a posição de relações de prestação direta através do aparelho orgânico do próprio Estado e passam, sob o lema do incremento de sua melhoria, maior responsabilização e mais qualidade, a ocupar uma posição de relação jurídica contratual mantida entre o Estado e a iniciativa privada.

A opção política da Administração Pública pelas relações jurídicas contratuais como mecanismo de prestação dos serviços públicos passa, em última análise, a configurar como uma das respostas aos problemas internos da Administração Pública no que diz respeito à prestação de serviços. A administração por contratos passa a ser o meio de recurso ao mercado econômico, influenciado pelas noções de qualidade e concorrência, para a gestão, execução e fornecimento de bens e serviços públicos⁵¹. Porém, o processo de opção política pelas relações contratuais caracteriza-se por ser um

⁴⁹ Ibidem. Gonçalves, Pedro. A Concessão...Pág. 19.

⁵⁰ Araújo, Joaquim Filipe Ferraz Esteves. Hierarquia e Mercado: a experiência recente da administração gestonária. In *Moderna Gestão Pública. Acta geral do 2º encontro nacional INA – Instituto Nacional de Administração*. Lisboa, 2000. Págs. 149 a 150.

⁵¹ Ibidem. Araújo, Joaquim Filipe Ferraz Esteves. Hierarquia e Mercado...Págs. 152 e 153: “A introdução dos contratos não é uma simples substituição de uma estrutura de gestão por outra. Ela não se confina a mudar linhas hierárquicas de comando e substituí-las por contratos. A introdução de contratos tem implicações importantes na forma como o governo funciona e como se articula com as outras organizações. Há um deslocamento das considerações políticas para uma abordagem mais gestonária que consiste em assegurar o fornecimento eficiente dos serviços públicos. (...)”

processo histórico lento, determinado por inúmeras razões⁵², dentre elas, a busca pela eficiência a partir da década de 80.

Neste cenário, a partir da década de 80, inicia-se um processo de liberalização e de privatização das economias dos países ocidentais que acabaria por culminar em um resgate de técnicas liberais, devidamente reformuladas, ou no surgimento de novos mecanismos de gestão e prestação dos serviços públicos, na busca por um novo modelo de Estado mínimo, porém sem prescindir das responsabilidades sociais, alcançadas ao longo do Estado social⁵³. Este novo modelo abre espaço para a utilização das concessões de serviços públicos, agora sob novos contornos e novas preocupações, sob a evidente influência das novas concepções de serviço público no seio de um Estado de direito democrático, movido por princípios sociais de bem-estar.

Desta forma, a utilização crescente da nova concessão de serviços públicos⁵⁴, agora definida não só na doutrina⁵⁵, como no direito comunitário⁵⁶, como ato jurídico de direito público⁵⁷ (unilateral: ato jurídico⁵⁸; bilateral: contrato administrativo),

⁵² Estorninho, Maria João. A Fuga...Op. cit. Pág. 42. Assim, por exemplo, Sérvulo Correia lembra: o alargamento do intervencionismo económico do Estado e a procura de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões. Cf. Correia, José Manuel Sérvulo. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Ed: Almedina. Coimbra, 2003. (Reimpressão da edição de 1987). Pág. 353.

⁵³ Gonçalves, Pedro. A Concessão....Op. cit. Pág. 20. No tocante à natureza jurídica da concessão de serviços públicos e aos seus efeitos, a doutrina, no final do século XIX e ao longo do século XX, sofre consideráveis controvérsias nos países da Europa ocidental e que podem ser resumidas da seguinte forma: a) concessão como contrato administrativo, b) concessão como ato unilateral do poder público, c) concessão como um ato complexo. Cf. Guedes, Armando Manuel de A. Marques. A Concessão. Ed: Coimbra. Coimbra, 1954. Pág. 71.

⁵⁴ Definição clássica de concessão de serviços públicos: "(...) a delegação temporária da prestação de serviço público a um terceiro, o qual assume seu desempenho por conta e risco próprios." Filho, Marçal Justen. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Ed: Dialética. São Paulo, 2003. Pág. 50.

⁵⁵ A doutrina portuguesa considera a concessão de serviços públicos um ato jurídico de direito público que tanto pode ser unilateral (ato administrativo) ou bilateral (contrato administrativo). Cf. Guedes, Armando Manuel de A. Marques. A Concessão....Op. cit. Págs. 123 a 125; Pág. 241: "Nada nos mostra existir umnexo necessário entre a concessão de serviços públicos e determinada categoria de actos jurídicos, isto é, nada impõe que a concessão só possa fazer-se por contrato ou por acto unilateral (...)§ A concessão de serviços públicos pode operar-se, pois, por *acto administrativo* ou por contrato: neste último caso trata-se de um *contrato administrativo*." Porém, Diogo Freitas do Amaral define a concessão de serviços públicos como contrato. Cf. Amaral, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Vol. II. Ed: Almedina. Coimbra, 2004. Pág. 537.

⁵⁶ O fenómeno das concessões de serviços públicos é preocupação recente do direito comunitário. Atualmente, o direito comunitário continua a não prever expressamente este tipo de concessão, porém, dentro de um espírito de liberalização e de desregulamentação que tem sido o mote da evolução do direito da concorrência no âmbito comunitário, a Comissão publicou em abril de 2000 uma comunicação interpretativa sobre concessões de serviços de utilidade pública que encontra-se publicada no JOCE C 121 de 29.04.2000, p. 2 e seguintes. Informação coletada do artigo: Martins, Ana Maria Guerra. A Emergência de um Novo Direito Comunitário da Concorrência – As Concessões de Serviços Públicos. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ed: Coimbra. Lisboa, 2001. Pág. 77. O texto da comunicação pode ser consultado por meio do site: <http://www.europa.eu.int/eurllex>.

⁵⁷ Gonçalves, Pedro. A Concessão....Op. cit. Pág. 69.

⁵⁸ No direito administrativo brasileiro, tanto pela doutrina, como pela legislação aplicável, o ato jurídico unilateral de concessão é denominado por «permissão de serviços públicos». Cf. Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed: Malheiros. São Paulo, 2000. 25ª edição. Págs. 365 a 368; Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de

reflete a opção do mecanismo de delegação da gestão dos serviços públicos ao setor privado e representa o resgate de uma técnica liberal, hoje submetida a novos contornos axiológicos do Estado contemporâneo, como o interesse público, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proporcionalidade que irão refletir diretamente nos princípios setoriais aplicáveis aos serviços públicos: continuidade, modicidade das tarifas, mutabilidade do regime jurídico (possibilidade de adaptação ao interesse público) e igualdade de prestações devidas aos usuários, qualitativos e quantitativamente⁵⁹.

A democratização do exercício do poder estatal conduz o Estado a realizar acordos com os particulares, travando relações em níveis de colaboração. Em contrapartida, a natureza pública dos interesses assumidos constrange os particulares a vincular seus intentos egoísticos à satisfação da função social da propriedade e do lucro privado. A consequência reside em que o relacionamento entre a Administração Pública e a iniciativa privada adquire características de equivalência entre si, ao assumirem o compromisso vinculativo a nível constitucional de subordinação ao interesse público e à boa-fé contratual⁶⁰.

O novo contrato de concessão de serviços públicos, como técnica de gestão e execução dos serviços públicos por sujeitos privados⁶¹ sofre a influência direta das novas concepções de serviços públicos⁶² no Estado «pós-social» contemporâneo. O serviço público passa a ser entendido como tarefa pública de natureza econômica⁶³

Direito Administrativo. Ed: Malheiros. São Paulo, 2000. 12ª edição. Págs. 649 a 660, Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed: Atlas. São Paulo, 2000. 12ª edição. Págs. 212 e 213. Muito embora a doutrina brasileira esteja a sofrer um processo de evolução quanto à classificação do ato jurídico administrativo de permissão de serviços públicos como ato jurídico bilateral, especialmente por influência da lei federal nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que em lacônico e impreciso dispositivo (artigo 40), caracterizou a permissão como «contrato de adesão», confirmando, assim, sua submissão à mesma disciplina dos contratos de concessão. Cf. Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. Ed: Forense. Rio de Janeiro, 2001. 12ª edição. Pág. 438.

⁵⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo.....Op. cit. Págs. 100 a 102.

⁶⁰ Filho, Marçal Justen. Teoria Geral....Op. cit. Pág. 59.

⁶¹ Gonçalves, Pedro. A concessão.....Op. cit. Pág. 07.

⁶² A partir da década de 70, a doutrina do direito administrativo passa a referir-se à «morte» do conceito clássico de serviços públicos e a sua consequente crise. Porém, o conceito de serviço público, ainda, hoje encontra-se «vivo», não só na legislação dos países da Europa ocidental, como também no Brasil sob a referência de contraposição ao próprio movimento de liberalização e privatização das tarefas públicas e para delimitar o campo de algumas matérias que permanecem como exclusivas do Estado, por enquanto. O serviço público sofreu duas crises graves: a primeira limitada ao direito francês, verificada quando o serviço público deixa de ser o critério do direito administrativo, pois a Administração passou a utilizar-se de instrumentos do direito privado na gestão das atividades públicas; e a segunda, é uma crise institucional ou material que afeta todos os sistemas administrativos em que o conceito de serviço público se aplica às atividades administrativas econômicas e empresariais ligadas à administração de prestações, pelo menos nos setores das telecomunicações, da energia e dos transportes. Cf. Gonçalves, Pedro. A Concessão....Op. cit. Págs. 25 a 28.

⁶³ O fato de cada Estado membro definir politicamente os seus serviços públicos não impediu que o direito comunitário se preocupasse com a questão. Por certo que os conceitos de serviço público e de serviços de interesse econômico geral são conceitos indeterminados que necessitam de concretização. Esta tarefa tem sido realizada pelos órgãos comunitários aplicadores das regras de concorrência (Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância e

(fornecimento de bens e prestação de serviços) e acaba por propiciar nas duas últimas décadas discussões de extrema relevância a propósito da natureza e do destino da União Européia. Isto porque não havia, e ainda não há, um consenso quanto ao conceito de serviços públicos em todos os países da comunidade européia, em especial, porque o conceito encontra-se intimamente vinculado às próprias opções sócio-políticas e econômicas de cada Estado membro. A prática corrente entre os países europeus de monopólio pelo Estado da prestação dos serviços públicos, a partir do início das reformas na Administração Pública na década de 80, acabou por vir a colidir com a proteção expressa da concorrência prevista nos tratados comunitários. Por esta razão, em um primeiro momento, não se formulou qualquer distinção⁶⁴ entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, consagrando-se a denominação para os serviços públicos, como «serviços públicos de interesse geral».

Neste processo de abertura e liberalização da prestação dos serviços públicos, pode-se concluir que a sua definição sofreu profundas transformações com reflexos diretos na técnica concessória de sua gestão e execução, podendo ser ressaltadas⁶⁵: 1) a própria importância da extinção do monopólio público na prestação dos serviços que propiciou a ampliação dos mecanismos de competição, valioso instrumento de concretização do princípio da eficiência; 2) a nova natureza «trilateral» do contrato de concessão de serviços públicos, através do qual os concessionários têm o dever de aprimorar a qualidade de seus serviços e a eficiência de sua gestão, os usuários devem ter a consciência de que o êxito da concessão refletir-se-á na manutenção de serviços adequados e tarifas módicas e o Poder concedente assume o papel de garantidor e regulador deste panorama e passa a controlar a própria atividade dos concessionários a fim de garantir a boa e eficiente prestação dos serviços (serviços prestados de forma adequada mediante módicas tarifas); 3) a possibilidade da contratação de novos modelos de concessão contratual, distintos do modelo clássico da concessão de serviços públicos, como por exemplo, a possibilidade de financiamento na

a Comissão). A comissão, ao tentar precisar alguns conceitos e definir as regras e princípios aplicáveis aos serviços públicos, aprovou uma comunicação sobre serviços de interesse geral na Europa, fazendo a distinção entre: a) serviço de interesse geral; b) serviços de interesse econômico geral; c) serviço público; d) serviço universal. Cf. Martins, Ana Maria. A Emergência....Op. cit. Págs. 80 a 82.

⁶⁴ Porém, já no Tratado de Amsterdã de 1997 foram introduzidas inovações significativas nesse enfoque, sob a influência das discussões travadas na França pela manutenção de alguns serviços públicos como serviços essenciais do Estado. Reconheceu-se formalmente que certas atividades, embora relacionadas à satisfação de necessidades econômicas gerais, envolvem diretamente valores de solidariedade social.

⁶⁵ Sobre o novo modelo de concessão de serviços públicos e suas transformações, inclusive no direito comparado. Cf. Filho, Marçal Justen. Teoria Geral....Op. cit. Págs. 57 a 96.

construção das estruturas do concessionário por uma terceira empresa relativa ao contrato de concessão e a possibilidade de se fixar formas complementares de remuneração do concessionário, além das tarifas públicas, v.g. as receitas provenientes das propagandas de televisão e rádio, nas hipóteses de concessão da exploração dos serviços de rádio e televisão e a possibilidade de subvenções públicas (do Estado ou do poder concedente) que serão somadas às receitas normais das tarifas públicas; 4) a possibilidade do Poder concedente ser não só o Estado, como na definição clássica, mas também outras pessoas de direito público e de direito privado, como por exemplo os municípios, na concepção do modelo político territorial português e brasileiro, e as empresas públicas; 5) e, ainda, a fragmentação das etapas de exploração e execução econômicas de um mesmo serviço público, com a delegação, mediante concessão a empresas distintas das diferentes etapas, tal como ocorre, hoje, com os serviços de fornecimento de energia elétrica que compreendem as atividades de geração, transporte e distribuição.

Como a concessão vincula-se à temática do serviço público, isto significa o compromisso de atendimento às necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana. Disto decorre o dever do Estado de garantir o atendimento das necessidades básicas, responsabilidade da qual não poderá se desvincular, pois embora ocorra a delegação da gestão e da execução dos serviços a entidades privadas, eles permanecem caracterizados como serviços públicos⁶⁶, vinculados aos princípios reitores do Estado de direito democrático. Não poderia ser de outra forma, diante dos princípios e tarefas fundamentais do Estado em promover a qualidade de vida e a dignidade dos cidadãos. A entidade privada concessionária, muito embora possua sua atividade fundada nas concepções de lucratividade, livre concorrência e tutela da iniciativa privada, ao assumir a tarefa de execução e gestão dos serviços públicos de natureza pública (que possuem subjacentes o interesse público) encontrar-se-á adstrita a um regime de controle público por parte do Estado, dada a nova natureza «trilateral» do contrato de concessão (interesses do Estado, da própria entidade concessionária e da sociedade), não se admitindo mais a simples invocação de um «interesse público abstrato» como fundamento para sacrificar direitos e interesses, seja dos concessionários, seja dos cidadãos usuários do serviço.

⁶⁶ *Ibidem*. Filho, Marçal Justen. Teoria Geral...Op. cit. Pág. 55.

3.1.2. A concessão de serviços públicos, mediante relação jurídica contratual, representa um dos mecanismos utilizados pelo Estado contemporâneo de «privatização no âmbito da execução das tarefas públicas⁶⁷», apresentando-se como uma forma de delegação, pelo Poder público, da execução e gestão de tarefas que antes eram prestadas pelo aparelho direto da sua Administração Pública. Em qualquer das modalidades⁶⁸ em que este tipo de privatização apresenta-se, como na forma de contrato de concessão de serviços públicos, pode-se afirmar que o Estado tem assumido esta opção como expediente de modernização da Administração Pública e de implantação de métodos mais eficientes na gestão administrativa⁶⁹.

Com efeito, apesar da abertura à participação de entidades privadas na execução e na gestão dos serviços públicos, tal como ocorre nos contratos de concessão de serviços públicos, a natureza jurídica do serviço permanece pública e a titularidade do serviço continua a ser do Estado, razão pela qual o Estado terá que responder quer pelos resultados que o contrato se propõe a alcançar, quer pelas opções que toma quanto aos modos concretos de gestão e execução dos serviços. Desta forma, a busca pela eficiência não se apresenta como objetivo e responsabilidade única do concessionário, mas continua a atingir o próprio Poder público concedente, pois é ele quem assume a gestão global do serviço concedido, já que as decisões políticas relacionadas com a execução dos serviços públicos encontram-se no seio de sua própria competência estatal, inclusive pelo fato de deter os poderes de decisão ao longo do procedimento de escolha do co-contratante na fase pré-contratual e de ingerência e fiscalização do contrato, até mesmo de rescisão do contrato com fundamento no interesse público.

A privatização no âmbito da execução e da gestão dos serviços públicos, através dos contratos de concessão, embora represente um dos mecanismos de concretização do princípio administrativo da eficiência, através da utilização da

⁶⁷ A «privatização no âmbito da execução de tarefas públicas» é uma modalidade distinta da privatização de tarefas ou privatização material de tarefas. Na «privatização no âmbito da execução de tarefas públicas» não ocorre qualquer alteração da natureza jurídica da tarefa, que continua a ser uma tarefa pública, e da titularidade da tarefa que continua a ser do Estado. Assim, há apenas a delegação da execução e da gestão das tarefas públicas, tal qual ocorre no contrato de concessão de serviços públicos. Cf. Gonçalves, Pedro. Entidades...Op. Cit. Pág. 321.

⁶⁸ A privatização no âmbito da execução das tarefas públicas pode desdobrar-se em diferentes formas, como por exemplo as formas de cooperação das parcerias público-privadas, os contratos de financiamento e os próprios contratos de concessões de serviços públicos e obras públicas. Cf. Ibidem. Gonçalves, Pedro. Entidades...Págs. 324 a 419.

⁶⁹ Diante do processo de «empresarialização» da Administração Pública, pode-se concluir que esta nova mentalidade de reforma vem contribuindo de maneira decisiva para a privatização que, por sua vez, constitui o meio de concretização do próprio processo de «empresarialização». Cf. Ibidem. Gonçalves, Pedro. Entidades...Págs. 334 a 336.

iniciativa privada na execução e gestão dos serviços públicos, não afasta a responsabilidade do Estado ou do Poder concedente quanto à prestação eficiente dos serviços perante a sociedade usuária. A responsabilidade⁷⁰ de garantia e de controle do Poder concedente surgem como meios de compensação da privatização, pois em razão da natureza pública dos serviços nos contratos de concessão, o Estado não pode abandonar o objetivo fundamental de garantir um mínimo de serviços básicos à população, erigidos como princípio fundamental, tanto no Estado português (artigo 9.º, letra d da Constituição da República Portuguesa), como no Estado brasileiro (artigo 3.º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil), de promoção do bem-estar e da qualidade de vida de todos dos cidadãos.

A concessão de serviços públicos como meio de se alcançar uma melhor eficiência na prestação dos serviços, apesar de admitir, hoje, uma solidariedade financeira entre o Poder concedente e o concessionário, por certo que tal situação não poderá eliminar totalmente o risco ínsito ao contrato, pois é ele que permite a busca por uma boa gestão ou uma boa administração da atividade desenvolvida pela empresa privada. O risco constitui elemento fundamental de uma boa gestão. No direito português, o instituto da concessão de serviços públicos possui uma definição desvinculada da questão da forma de remuneração do concessionário. Na concepção contemporânea, o regime clássico que até então pressupunha a assunção integral do risco pelo concessionário foi atenuado ou mesmo transformado num regime de solidariedade financeira entre Poder concedente e concessionário⁷¹, em virtude da mudança não só da perspectiva de modernização e melhoria dos serviços públicos mas também de uma nova leitura do próprio conceito de serviços públicos, associado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade.

Em Portugal, as concessões de serviços públicos seguiram a linha da liberalização das tarefas públicas no âmbito da União Europeia, em especial quanto àqueles serviços públicos prestados sob regime de monopólio ou quase-monopólio pelo Estado, como por exemplo, os serviços de telecomunicações, dos transportes ferroviários, do gás, da eletricidade e da distribuição de água⁷². A necessidade em assegurar o abastecimento a todos, em condições de igualdade a preços acessíveis eram

⁷⁰ Gonçalves, Pedro. A Concessão.....Op. cit. Págs. 09 a 12.

⁷¹ Ibidem. Gonçalves, Pedro. A Concessão....Pág. 105.

⁷² Martins, Ana Maria Guerra. A Emergência.....Op. cit. Págs. 85 a 87.

os principais argumentos sociais para que o Estado prestasse estes serviços de forma direta o que acabou por sofrer uma evolução significativa, incentivada por Bruxelas, e que se deve, em especial, à defesa do princípio da concorrência, enquanto lógica de base para o aprimoramento, melhoria e eficiência dos serviços públicos⁷³. A liberalização das redes e das outras etapas da execução destes serviços, em razão do progresso tecnológico e a da implantação de novas estruturas, também permitiram a vitória da concorrência e da eficiência sobre a garantia da igualdade material. Porém, o Estado, como já ressaltado, não se descuidou de sua tarefa de controle e garantia, pois estes serviços, ainda possuem a natureza de serviços públicos, cuja titularidade pertence ao Poder público. O Estado português, na mesma linha de outros países da Europa ocidental, descentralizou o poder de controle e fiscalização da execução e gestão dos serviços públicos contratualizados, seja sob a forma do regime de concessão ou sob outras formas de parcerias público-privadas, ao consagrar no sistema de sua Administração Pública independente, entidades reguladoras munidas dos necessários poderes regulamentares, administrativos e sancionatórios⁷⁴.

No Brasil, a proposta de desestatização deflagrada pelo governo vem, assim, ao encontro dos legítimos anseios da sociedade e não se limita à mera alienação de participações acionárias do Estado ou à extinção de empresas com venda de seus ativos. Isto é uma parcela, iniciada pela lei nº 8.031/90 que estabeleceu as diretrizes e objetivos da privatização⁷⁵. Na fase atual, ocorre a transferência da execução e da gestão de uma atividade tipicamente pública, assumindo o Estado o papel de controle e fiscalização, na mesma linha dos Estados membros da União Européia, sob a influência do modelo norte-americano das agências reguladoras⁷⁶. Esta transferência vem sendo operada por meio de contratos de concessões de serviços públicos ou através de atos administrativos de permissão de serviços públicos. Esta é a opção contratual e de privatização que o Estado brasileiro utilizou e vêm utilizando para a exploração da telefonia celular móvel, satélites, melhoria das estradas de ferro, conservação de

⁷³ *Ibidem*. Martins, Ana Maria Guerra. A Emergência...Págs. 85 a 87.

⁷⁴ Moreira, Vital. Maçãs, Fernanda. Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro. Ed: Coimbra. Coimbra, 2003. Págs. 09 a 13.

⁷⁵ Souto, Marcos Juruena Villela. Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações. Ed: Lumen Iuris. Rio de Janeiro, 1997. Págs. 128 e 129.

⁷⁶ No Brasil, as agências reguladoras possuem a natureza jurídica de autarquias institucionais especiais e integram a administração indireta do Estado.

rodovias, distribuição de energia elétrica, água e tratamento de esgotos, transporte terrestre e aquaviário, dentre outros serviços públicos⁷⁷.

A lei nº 8.031 de 1990 teve sua redação alterada por sucessivas medidas provisórias⁷⁸ que passaram a tratar, também, das concessões, das permissões e autorizações de serviços públicos, tanto a nível federal, como, também, com a preocupação de colaborar com os Estados e Municípios, dispondo, ainda, da privatização de instituições financeiras. A inclusão de concessões e permissões no programa de desestatização, sem dúvida, torna o processo mais lento e, eventualmente, mais oneroso, mas em contrapartida, mais transparente e técnico.

3.2. A eficiência: novo critério de controle administrativo da execução dos contratos de concessão de serviços públicos.

3.2.1. O critério de controle da eficiência; 3.2.2. O controle administrativo da gestão ineficiente dos serviços públicos.

3.2.1. O fenômeno da transferência da gestão dos serviços públicos a entidades particulares alargou as atividades de regulação e controle por parte do Estado que permanece como titular do serviço público e da conseqüente responsabilidade de «garantia⁷⁹» pela sua eficiente prestação. A descentralização dos serviços e a busca pela eficiência, por outro lado, produziram o alargamento da atividade discricionária da Administração Pública, isto porque, a gestão dos serviços de maneira eficiente pressupõe uma margem de escolha pelo concessionário a fim de atender a exigência do melhor serviço, do serviço mais adequado, mais barato e que atenda ao interesse público do bem-estar comum. O aumento da discricionariedade e da margem de livre decisão, desta forma, possibilitou um aumento do controle por parte do Estado e permitiram, com base no princípio da eficiência, estabelecer um novo critério jurídico de controle administrativo. Um critério erigido à categoria de princípio constitucional, ao qual a Administração Pública e todas as entidades que exercem poderes administrativos, funções e serviços públicos, como as empresas concessionárias de serviços públicos, passam a estar diretamente vinculados.

⁷⁷ Souto, Marcos Juruena Villela. Desestatização.....Págs. 128 e 129.

⁷⁸ As medidas provisórias são formas legislativas de competência do Presidente da República, em casos de relevância e urgência da matéria e possuem força de lei. Cf. Artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷⁹ Gonçalves, Pedro. A Concessão....Op. cit. Pág. 16.

Embora as empresas concessionárias de serviços públicos não integrem o conceito de Administração Pública no seu sentido organizacional⁸⁰, elas atuam na qualidade de agentes colaboradores e cooperadores, ao gerir e prestar os serviços públicos. O modelo de gestão indireta ou mediata dos serviços públicos configura uma forma de descentralização das tarefas administrativas, através da qual a responsabilidade pela sua execução é transferida a uma entidade não administrativa, ou não integrada no seio da Administração Pública, muitas vezes de natureza privada empresarial. Porém, tal situação não altera a natureza jurídica pública e a titularidade do serviço público prestado e o Estado, assim, permanece como responsável pela execução eficiente do contrato de concessão de serviços públicos, possuindo o dever de controle contratual ou extracontratual das atividades do concessionário.

A própria atividade empresarial de gestão, desenvolvida e executada pela empresa concessionária demanda uma margem de livre decisão e desemboca, em última análise, em uma valoração por parte do Poder concedente, da própria tarefa executada e gerida pelo concessionário. O controle administrativo, fundado no critério do princípio da eficiência propõe-se a avaliar não só os atos de gestão singulares⁸¹ praticados pela empresa concessionária, mas também, a avaliar a atividade considerada em termos globais⁸², o que envolve as ponderações sobre a economicidade dos serviços, produtividade, continuidade e universalidade, e, por outro lado, a própria correlação com os demais princípios constitucionais, hoje, vinculativos de todas as funções administrativas, tais como, o interesse público e a dignidade da pessoa humana. Portanto, o Poder concedente passa a aferir os resultados positivos obtidos pela Administração Pública em face dos interesses e necessidades da coletividade.

O cerne da questão quanto ao controle da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos diz respeito aos seus limites, ou seja, pode o Poder concedente intervir no âmbito da própria atividade de gestão privada e interna da empresa concessionária, sob o fundamento do exercício dos poderes públicos para o fim

⁸⁰ Ibidem. Gonçalves, Pedro. A Concessão....Págs. 36 e 123.

⁸¹ No sentido de que o princípio da eficiência reclama uma valoração da atividade administrativa, não só do ato administrativo singular, mas também, da própria atividade, considerada em termos globais. Júnior, Onofre Alves Batista. Princípio....Op. cit. Págs. 440 e 441.

⁸² Como também observa Hely Lopes Meirelles, na doutrina brasileira, a verificação da eficiência atinge aspectos quantitativos e qualitativos do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração: "Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica." Cf. Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed: Malheiros. São Paulo, 2000. 25ª edição. Pág. 69.

de sanar determinada situação de ineficiência? Ou o controle da eficiência restringir-se-á, apenas, à avaliação dos resultados e dos objetivos traçados no contrato e à verificação de que estes estão de acordo com a ordem de princípios administrativos constitucionais e com o interesse público? Em outras palavras, a sindicância administrativa, baseada no critério eficiência, atingirá a atividade privada da empresa concessionária ou, somente, os resultados desta atividade de prestação de serviços públicos?

Antes de responder a estas questões, importa destacar a dificuldade, tanto na doutrina, como na jurisprudência, em dar densidade jurídica e técnica ao próprio conceito de eficiência. Os balizamentos provenientes de outras ciências, especialmente das ciências econômicas, vêm em auxílio do conceito jurídico, mas não podem ser considerados em termos isolados, como já foi afirmado anteriormente. Logo, o princípio da eficiência, em especial, quando tomado como critério de controle administrativo da execução dos contratos de concessão de serviços públicos, não pode fundar-se apenas em critérios técnicos e econômicos, mas deve ter como parâmetros outras diretrizes principiológicas erigidas pelas Constituições portuguesa e brasileira que orientam toda a atividade pública administrativa que afeta diretamente o cidadão. Portanto, a ponderação do interesse público, da proporcionalidade, da universalidade, do grau de economicidade, muitas vezes recaem sobre as decisões políticas, de competência do próprio Poder concedente, o que acaba por gerar a possibilidade de controles sociais não institucionalizados, como forma de pressão sobre o controle exercido sobre as empresas concessionárias.

A eficiência, por outro lado, aparece na ordem jurídica administrativa como princípio que enseja, por parte daqueles que desenvolvem atividades públicas, como a prestação de serviços concessionados, uma margem de livre decisão administrativa⁸³ que «consiste num espaço de liberdade de actuação administrativa

⁸³ Cf. : Correia, José Manuel Sérvulo. *Legalidade....* Op. cit. Pág. 760: “Na actualidade, avulta pela sua importância na República Federal Alemã o estudo doutrinário da margem de livre apreciação na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e a procura de uma base teórica para a delimitação das situações em que o juízo valorativo proferido pela Administração sobre os pressupostos contidos na previsão da norma não deva ser controlado jurisprudencialmente. (...) § A orientação mais promissora das investigações em curso é aquela que aponta para a unificação teorizante de uma margem de livre decisão com responsabilidade exclusiva da Administração, na qual se enquadram a discricionariedade e a margem de livre apreciação. Tal zona emerge da falta de densidade da norma jurídica, quer na enunciação dos elementos cuja verificação permite ou impõe a tomada de decisão, quer na fixação dos elementos que formam o conteúdo da decisão. A diferença entre margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade reside apenas na circunstância de a primeira envolver um juízo autónomo de prognose somente subordinado a critérios de aptidão, ao passo que a discricionariedade envolve a ponderação autónoma de interesses em conflito à luz de critérios de aptidão, indispensabilidade e equilíbrio ou razoabilidade.”

conferido por lei e limitado pelo bloco de legalidade, implicando, portanto, uma parcial autodeterminação administrativa⁸⁴». Esta margem de livre de decisão diz respeito, principalmente, à própria atividade de gestão dos serviços públicos, cuja execução foi transferida para a iniciativa privada e compreendem as duas formas definidas na doutrina do direito administrativo: a margem de livre apreciação e a discricionariedade⁸⁵. A gestão privada dos serviços públicos, a fim de atingir as metas da eficiência pública detém, portanto, um grau de liberdade de ação, limitado pela lei e pelo contrato de concessão. Portanto, a atividade desenvolvida pela empresa concessionária deve atuar segundo a lei e segundo o contrato, mas, também, deve pautar a sua margem de livre decisão na gestão dos serviços públicos na ordem jurídica e no sistema de normas e princípios constitucionais, em especial, no respeito pelo interesse público, que se encontra subjacente ao atendimento universal das necessidades básicas da coletividade.

Outra questão de igual importância, é que nesse mesmo compasso, o controle da eficiência não pode se limitar à sindicância da conformidade formal do ato isolado, praticado pelo concessionário, à lei ou às apreciações sobre o correto uso da discricionariedade na gestão dos serviços públicos, mas deve se estender às verificações das relações complexas que se travam entre os vários interesses públicos confiados aos mais diversos centros subjetivos do ordenamento pluralista⁸⁶. Toda a atuação da Administração Pública que resta influenciada pela decisão levada a cabo naquele ato singular praticado na gestão dos serviços públicos pelo concessionário deve ser considerada. Cada peça da atuação global da Administração Pública tem relevância para o conjunto; deve ser alinhada ao todo; deve levar a atuação global em consideração⁸⁷. Essa é a essência das exigências de alinhamento finalístico posta pelo princípio da eficiência. Não se admite a unilateralidade subjetiva das considerações, mas toda a decisão deve ter em consideração o bem comum, o melhor interesse público possível, em uma perspectiva ampliada. Assim, toda a decisão administrativa praticada na gestão dos serviços públicos, pelo concessionário, deve estar alinhada e considerar os benefícios à coletividade.

⁸⁴ Sousa, Marcelo Rebelo de. Matos, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo I. Ed: Dom Quixote. Lisboa, 2004. Pág. 176.

⁸⁵ *Ibidem*. Sousa, Marcelo Rebelo de. Matos, André Salgado de. *Direito Administrativo*...Pág. 176.

⁸⁶ Júnior, Onofre Alves Batista. *Princípio Constitucional*....Op. cit. Pág. 444.

⁸⁷ Cf. Andreani, Antonio. *Il Principio Costituzionale di Buon Andamento della Pubblica Amministrazione*. Ed: cedam. Padova, 1979. Pág. 59: “Per questo anche l’apprezzamento del b.a. dell’amministrazione non puo essere limitato ad una considerazione frazionaria, ma deve essere rapportata al tutto.”

Assim, se por um lado o controle da eficiência na execução dos contratos de serviços públicos é pautado no controle administrativo contratual e legal por parte do Poder concedente, sobre uma atividade de gestão que enseja uma margem de livre decisão administrativa, o que revela a sua dificuldade de imposição de limites técnico-jurídicos, por outro, é certo que a avaliação da eficiência não pode ser considerada de forma compartimentada, ou seja, não pode pautar-se, tão somente, portanto, na análise de conformidade dos resultados e objetivos ao princípio da eficiência. O que leva à conclusão de que o controle administrativo por parte do Poder concedente sobre a atividade de gestão dos serviços públicos e sobre a própria execução do contrato de concessão, deve ser um controle global sobre todas as decisões relacionadas diretamente com a gestão da atividade, que, em última análise, é pública e da qual o Poder concedente, muitas vezes, o próprio Estado, é o titular.

A própria responsabilidade de garantia do Estado pela prestação eficiente dos serviços públicos, de forma contínua, econômica e universal, não pode afastar o controle sobre as diversas decisões relacionadas aos procedimentos de gestão da empresa concessionária quando vinculados diretamente ao desenvolvimento das atividades de prestação dos serviços públicos. A participação do Poder concedente na tomada de decisão, por meio das comunicações necessárias e exigidas pela lei ou pelo contrato por parte do concessionário, bem como os próprios procedimentos de fiscalização e intervenção são mecanismos que possibilitam o controle da atividade de gestão de maneira global, com o fim de atender ao interesse público de maneira eficiente. Já a economicidade dos serviços públicos, como um dos aspectos da eficiência da gestão dos serviços públicos, tanto a Constituição portuguesa, como a brasileira, abriram a possibilidade de controle através dos Tribunais de contas, como órgãos competentes para apreciar os aspectos econômicos dos contratos administrativos.

Em resposta, portanto, à indagação supra, segundo aquilo que já foi exposto, pode-se concluir que a o controle administrativo, segundo o critério da eficiência, atingirá não só os resultados e metas traçados no contrato e nas leis que tratam sobre os contratos de concessão de serviços públicos, mas também, toda a atividade administrativa de gestão dos serviços públicos por parte das empresas concessionárias, pois a nova ordem jurídica constitucional exige a conformidade de toda a atividade administrativa aos princípios reitores do interesse público, da

proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros que, hoje, regem o Estado democrático de direito pluralista. Assim, o princípio da eficiência, como critério de controle, impõe a necessidade do Poder concedente em avaliar se o concessionário buscou a melhor solução na gestão dos serviços públicos e na execução do contrato. Mas que melhor solução é essa? «É aquela que maximize o atendimento das necessidades sociais; a que dê maior consideração aos valores postos pelo ordenamento jurídico, em consonância com a ponderação que esse mesmo ordenamento porventura tenha feito dos interesses intervenientes no contrato⁸⁸».

3.2.2. Conforme já ressaltado, a gestão e a execução dos contratos de serviços públicos pressupõem uma atividade discricionária⁸⁹ e que enseja atos administrativos e decisões por parte do concessionário, fundados em uma margem de livre escolha que os possibilita adequar a prestação dos serviços às alterações que ocorrem, não só, quanto às políticas implementadas pelo Poder concedente, como, também, ao interesse público em cada momento de execução do contrato, já que os contratos de concessão têm como característica serem contratos de longa duração.

Ao longo do contrato, ou melhor, durante a execução do contrato de concessão de serviços públicos, são praticados atos de gestão pelos concessionários, atos que podem ser caracterizados como atos administrativos quando relacionados diretamente com a prestação dos serviços públicos, pois a delegação da gestão e da execução das tarefas públicas pelo Estado ao setor privado pressupõe a transferência da prática de atos que, muito embora praticados por entidades privadas, continuam a ser atos públicos e administrativos quando vinculados diretamente à atividade pública executada. A razão disso reside no fato de que os serviços públicos não perdem a sua natureza pública e para o usuário/cidadão, a empresa concessionária representa uma entidade da própria Administração Pública, pois executa tarefas a ela inerentes. Logo, os atos de gestão e de execução dos serviços públicos, diretamente relacionados à sua prestação, são atos administrativos e, portanto, sujeitos ao controle da Administração Pública realizado pelo Poder concedente, através dos poderes conferidos pela lei da fiscalização, intervenção e, até mesmo, de rescisão antecipada, dentre outros.

⁸⁸ Júnior, Onofre Alves Batista. Princípio Constitucional.....Op. cit. Pág. 455.

⁸⁹ Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. Legitimidade e Discricionariedade. Ed: Forense. Rio de Janeiro, 2001. Pág. 33. “Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.”

Estes atos de gestão administrativa dos serviços públicos praticados pelos concessionários ao longo da execução dos contratos de concessão, hoje, estão vinculados ao dever de boa administração e, conseqüentemente, ao princípio da eficiência administrativa. Os atos administrativos devem estar em consonância com todos os princípios que regem a Administração Pública, em especial, os atos que ensejam uma atividade discricionária aberta à ponderação do interesse público. O desenvolvimento do conceito de boa administração ocorre paralelamente com o alargamento da atividade discricionária da Administração Pública e possibilita o surgimento das modernas teorias da discricionariedade e de seu controle administrativo e judicial⁹⁰.

Importa abrir um parêntese para ressaltar que a atividade administrativa discricionária de gestão dos serviços públicos pelos concessionários está vinculada à busca da finalidade última de qualquer ato administrativo, ou seja, o interesse público. A análise e o controle da eficiência dos atos de gestão, sejam considerados de maneira global ou individual, possuem como conteúdo principal, a finalidade do interesse público, que deve ser atendido, o que afasta a eficiência jurídica administrativa da lógica da simples eficiência técnica. Entretanto não se pode deixar de considerar o fato de que a atividade de administrar e executar uma tarefa pública engloba atividades de perfil eminentemente técnico, ou seja, atividades que dependem de conhecimentos especiais para o seu desempenho e de profissionais com real aptidão para desenvolvê-las. O problema que se coloca, então, nesse aspecto, envolve a disciplina jurídica que deve regular a atividade técnica, pois se a função administrativa tem por alvo o exercício de atividade técnica, necessário será que se implante um conjunto de normas jurídicas e cláusulas contratuais que tenham por escopo fundamentar a atividade de regulação técnica por parte do Poder concedente⁹¹. Desta forma, o controle da eficiência da atividade de gestão do concessionário de serviços públicos pressupõe o controle de uma atividade administrativa diretamente relacionada à prestação dos serviços públicos,

⁹⁰ Ibidem. Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. Legitimidade....Págs. 40 e 41.

⁹¹ Sobre a diferença da discricionariedade técnica da discricionariedade administrativa. Cf. Filho, José dos Santos Carvalho. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In Garcia, Emerson. Discricionariedade Administrativa. Ed: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. Pág. 34: "A discricionariedade administrativa se contrapõe à discricionariedade técnica. A primeira se explica pela escolha dos meios e modos mais eficazes e oportunos para realizar o interesse público. A segunda se consuma pelo emprego das noções e dos métodos próprios das várias ciências, artes ou disciplinas, em função preparatória ou instrumental relacionada ao exercício da ação administrativa."

baseada em um conjunto de atos discricionários de gestão e execução que podem ser atos discricionários técnicos ou simplesmente administrativos.

Nesta altura, importa destacar que o controle administrativo da eficiência por parte do Poder concedente sobre a atividade ou sobre os atos de gestão e execução dos serviços públicos praticados pelos concessionários funda-se, nomeadamente, em duas situações: 1) o controle administrativo da eficiência sobre a atividade ou sobre o ato administrativo de gestão ou execução dos serviços públicos praticado com violação de uma norma legal/regulamentar ou cláusula contratual – controle primário de legalidade; 2) e o controle com fundamento na violação de cláusula contratual ou de regra legal ou regulamentar que permitem uma atividade discricionária por parte do concessionário na gestão ou execução da prestação dos serviços públicos, o que permitiria a análise da ponderação axiológica do princípio da eficiência relativamente a determinado ato ou atividade de gestão à luz dos demais princípios da ordem constitucional administrativa.

A primeira situação não causa grande controvérsia, pois o controle do Poder concedente terá por fundamento conduta de gestão (ato ou atividade) do concessionário, cuja lei ou contrato já exigem determinada escolha ou forma, configurando assim uma típica atividade pública vinculada por parte do concessionário. A grande problemática diz respeito à segunda situação de controle, ou seja, aquela em que o controle é exercido sobre uma atividade legal ou contratual discricionária, aberta à ponderação do interesse público pelo concessionário. Nesta hipótese, o controle administrativo do Poder concedente terá, também, como fundamento, o princípio da eficiência, hoje, exigência constitucional e que vincula toda a atividade administrativa. Assim, muito embora o concessionário não esteja praticando nenhum ato ou atividade de gestão dos serviços públicos que viole a lei ou o contrato, ele poderá estar praticando uma atividade ou um ato ineficiente⁹². A doutrina italiana⁹³ entende o vício de mérito como uma violação à regra de boa administração que determina que a Administração Pública deva agir não só em conformidade com a lei e com a finalidade legal, mas,

⁹² Greco, Marco Aurélio. *Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei*. Ed: Dialética. São Paulo, 1998. Pág. 73: “Dizem os autores mais modernos que, na análise das funções, podem ser identificados desvios e são detectáveis certas disfunções funcionais quando a função em si é legal, mas no seu exercício há distorções sem que seja cometida qualquer ilegalidade. Há disfunção quando há ineficiência, não proteção aos interesses que deveriam ser protegidos, frustração de expectativas legalmente consagradas, etc. Em suma, quando a função não funciona.”

⁹³ Itália, Vittorio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Ed: Giuffrè. Milano, 1999. 11ª edição. Pág. 281.

ainda, do melhor modo possível, mesmo sob o ponto de vista não jurídico, isto é, sob o ângulo ético, econômico, técnico⁹⁴.

O controle fundado, tão somente, no controle de legalidade, originário do Estado liberal e mantido no Estado social, mostra-se, hoje, insuficiente para as novas exigências de um Estado descentralizado e pluralista. Desta forma, os mecanismos de controle da atividade administrativa vêm se dilatando gradativamente por diversos flancos, buscando compreender uma sindicância da eficiência e da eficácia da gestão, em especial, da gestão dos serviços públicos concessionados, já que os concessionários, como pessoas coletivas/jurídicas de direito privado, integram o conceito de Administração Pública em seu sentido lato e encontram-se sujeitos ao controle do Poder concedente.

O que se procura analisar é a possibilidade, hoje, do princípio da eficiência servir como critério justificador deste controle, ao ser considerada a situação de previsão legal ou contratual discricionária da atividade do concessionário. Será que o Poder concedente pode aplicar sanções ao concessionário em caso de serviço prestado de maneira ineficiente nesta hipótese? Pode o Poder concedente intervir? Pode o Poder concedente alterar unilateralmente as cláusulas do contrato, com fundamento em melhoria dos serviços? Pode dirigir e fiscalizar em caso de ineficiência e ineficácia da gestão dos serviços prestados pelo concessionário, segundo uma atividade discricionária?

A grande dificuldade de se admitir a sindicalidade administrativa nestes casos reside em admitir-se um controle, na prática, da conduta por parte do concessionário, que muito embora esteja de acordo com o contrato e com a lei, enseja a gestão ou a execução ineficiente na prestação dos serviços. Ora, como se admitir a intervenção e a fiscalização do Poder concedente se o concessionário está agindo de acordo com a lei e com o contrato? No caso de aplicação de sanção, convém afirmar que este tipo de controle, dada à exigência constitucional de previsão anterior em lei, no contrato ou em regulamento da própria sanção, o inviabiliza nas situações de atividade de gestão com previsão jurídica discricionária, salvo se expressamente prevista a modalidade de sanção na lei ou no contrato.

⁹⁴ Júnior, Onofre Alves Batista. Princípio...Op. cit. Págs. 471 e 472.

A princípio, embora se reconheça a dificuldade do controle administrativo por parte do Poder concedente na hipótese de previsão contratual ou legal de gestão discricionária, deve-se ter em mente que o que rege a Administração Pública é o objetivo de concretização do bem-estar e do interesse público. O controle deve ser exercido sim sobre a atividade discricionária. Para tanto, deve a lei dar maior densidade jurídica ao princípio da eficiência, ao eleger critérios que possibilitem uma ponderação mais objetiva à luz dos demais princípios constitucionais administrativos. A Administração Pública é, em última análise, a responsável pela eficiente prestação dos serviços públicos. Lembre-se que na técnica concessória, a Administração Pública não perde a titularidade do serviço público, apenas transfere a gestão, passando a deter o poder de controle da gestão e da execução da tarefa e a responsabilidade de garantia da boa administração da prestação dos serviços públicos.

A eficiência pressupõe muito mais um controle de mérito do que um controle de legalidade. A eficiência, como princípio, é norma de pouca densidade e constitui um conceito jurídico indeterminado que para ser aplicado ao controle concreto da gestão dos serviços públicos, deve ser concretizado através de regras provenientes das ciências econômicas e da ciência da administração. Noções como qualidade, produtividade e economicidade devem servir de parâmetros. Porém, muitas vezes a lei, as regras jurídicas e o contrato não prevêm de forma específica o que pode ser considerado como eficiência. Eficiência, então, pressupõe uma avaliação de mérito por parte do concessionário na execução do contrato de concessão, na gestão dos serviços públicos.

Uma solução importante fornecida pelo moderno constitucionalismo ao controle de mérito da eficiência é a observância de que qualquer atividade administrativa deve estar subordinada à juridicidade (legalidade e princípios). Logo, mesmo que a atividade ou o ato de gestão do concessionário seja discricionário, a eficiência, como princípio, deve ser observada e tida como fim precípua. Lembre-se que a vinculação aos princípios constitucionais ocorre mesmo nos domínios da atividade discricionária da administração pública.

O exercício de uma atividade discricionária de gestão dos serviços públicos pelo concessionário ao longo da execução dos contratos de concessão exige a tomada de decisão dentre algumas direções possíveis previstas nos limites da lei, dos

regulamentos e do próprio contrato. A opção, entretanto, deverá ser pautada segundo o critério e a finalidade do interesse público. Conveniência, oportunidade, justiça, razoabilidade, efeitos a serem produzidos, são alguns fatores que orientam a escolha e a margem de livre decisão do concessionário e constituem, ao mesmo tempo, princípios constitucionais administrativos que vinculam a própria atividade de gestão dos serviços públicos durante a execução do contrato de concessão.

3.3. Os mecanismos de controle administrativo da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos.

3.3.1. O interesse público e a eficiência como fundamentos dos mecanismos legais de controle; 3.3.2. Uma breve análise dos poderes legais de controle da eficiência durante a execução do contrato de concessão de serviços públicos.

3.3.1. O controle da eficiência nos contratos de concessão de serviços públicos deve ser compreendido no âmbito do direito administrativo como direito regulador da atividade de gestão e execução privadas dos serviços públicos. Direito regulador que vem regulamentar e possibilitar o exercício de controle desta atividade por parte do Poder concedente, através da própria legitimação concedida pelo sistema constitucional e legal. Assim, os poderes ou prerrogativas⁹⁵ concedidas ao Poder concedente e previstas pelo sistema jurídico e pelo contrato de concessão constituem mecanismos legítimos de controle da tarefa pública transferida ao setor privado e envolvem o controle da atividade global de gestão e execução dos serviços públicos, bem como a prática de atos e decisões isoladas tomadas pelo concessionário. O controle que será exercido, nomeadamente, através dos poderes públicos da Administração

⁹⁵ Convém destacar que a tese dos poderes exorbitantes da Administração Pública nos contratos administrativos não é pacífica na doutrina. A tese de mestrado da Professora Doutora Maria João Estorninho “Requiem pelo Contrato Administrativo” levanta a controvérsia doutrinária a respeito do tema e defende que os poderes de controle da administração durante a execução dos contratos administrativos não diferem dos poderes dos particulares nos contratos de natureza privada. Logo, afasta a natureza da exorbitância dos poderes da Administração Pública. Neste sentido. Cf. Estorninho, Maria João. Requiem pelo Contrato Administrativo. Ed: Almedina. Coimbra, 2003. Págs. 147 e 148: “Todos estes autores partem da ideia de que quanto ao conteúdo, os poderes da Administração não diferem dos dos particulares e que o que é específico é o facto de ela os poder exercer de forma unilateral e executória. Na minha opinião, e como já provei anteriormente, julgo que é perfeitamente compatível com o Direito Privado o exercício unilateral destes poderes por um dos contraentes, impondo a sua vontade ao seu parceiro contratual. Há normas de Direito Civil que especificamente contemplam esta possibilidade e, nos demais casos, isso é perfeitamente admissível ao abrigo da autonomia privada das partes. O que me parece específico é apenas o facto de a Administração ser dotada desta possibilidade independentemente de previsão legal. Curiosamente, a tendência parece ser a de evitar esta situação e negar, nos casos duvidosos, tal poder à Administração. Para Sérvulo Correia, o princípio geral deve ser o de que, em caso de dúvida, apenas se fornece uma “base de legalidade para a estipulação de tal poder que, assim, não existirá quando não haja sido expressamente convencionado”. (...)”

Pública, conforme já foi afirmado no tópico anterior, terá como parâmetro não só os princípios que, hoje, regem toda a atividade administrativa, bem como o princípio da eficiência que demanda o exercício das tarefas públicas da melhor forma possível a fim de atender, em sua plenitude, ao interesse público e às regras de uma boa administração, fundada nos princípios da economicidade, produtividade, modicidade das tarifas, celeridade e igualdade na prestação dos serviços públicos.

O contrato de concessão de serviços públicos é classificado, tanto pela legislação portuguesa, como pela legislação brasileira, assim como pela doutrina jurídica, como um contrato administrativo⁹⁶ ou um contrato, cujo objeto, prestação e gestão de serviços públicos, por possuir a natureza de tarefa tipicamente pública, está, portanto, sujeita às regras e princípios do direito público⁹⁷. O contrato de concessão de serviços públicos, em Portugal, é considerado pelo Código de Procedimento Administrativo, como um contrato administrativo. No Brasil, da mesma forma, a concessão de serviços públicos possui a natureza de contrato administrativo, segundo a lei que o disciplina (lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995).

Tanto o Código de Procedimento Administrativo em Portugal, como a lei nº 8.987/95 no Brasil dispõem sobre os poderes da Administração Pública como mecanismos de controle ínsitos e inerentes ao próprio regime de concessão⁹⁸, ou seja, como expressamente dispõe o artigo 180.º do Código de Procedimento Administrativo Português no sentido de que os poderes são por este diploma conferido ao Poder concedente, salvo, frise-se, salvo se houver outra estipulação em lei específica ou no próprio contrato. O artigo 29.º da lei nº 8.987 de 1995 no Brasil dispõe de forma

⁹⁶ Muito se discutiu sobre a natureza jurídica do contrato de concessão, em especial dos contratos de concessão de serviços públicos. Se teriam a natureza jurídica de típicos contratos administrativos ou seriam contratos de natureza privada, em que uma das partes seria a Administração Pública. Cf. Guedes, Armando Manuel de A. A Concessão....Op. cit. Págs. 72 a 88. Cf. Gonçalves, Pedro. A Concessão....Op. cit. Págs. 178 a 203: “Nesta qualidade, o contrato de concessão de serviços públicos é um instrumento de actuação da Administração destinado à constituição de uma relação jurídica administrativa, que podemos designar por relação de concessão (de serviço público), entendida como uma relação jurídica entre dois sujeitos: o concedente e o concessionário.”

⁹⁷ Hoje, em razão do alargamento das várias formas jurídicas de cooperação entre o setor privado e a Administração pública, e do fenómeno da «fuga» para o direito privado, têm-se abandonado o termo «contratos administrativos» e tem-se preferido utilizar, não só na doutrina, como na legislação, o termo «contratos públicos» que abarca não só os contratos administrativos típicos, como também aqueles em que, muito embora celebrados em parceria com a iniciativa privada, possuem como objeto uma tarefa tipicamente pública, que deve estar sujeita às regras e princípios do direito público, tais como concurso (licitação) público, legalidade (juridicidade), imparcialidade, igualdade, proporcionalidade, dentre outros.

⁹⁸ O fato de um contrato ser qualificado como administrativo não determina, *ipso iure*, o reconhecimento de todos os poderes conferidos à Administração Pública pela lei. Na verdade, algumas leis especiais e o próprio contrato podem não só prever outros poderes, como afastar os poderes previstos pela lei. Cf. Amaral, Diogo Freitas do. Curso....Op. cit. Págs. 615 e 616.

semelhante e aponta os poderes inerentes à Administração Pública, nesta ordem: “Artigo. 29. Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; e XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

O artigo 180.º do Código de Procedimento Administrativo português aponta como poderes da Administração Pública: “a) modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro; b) dirigir o modo de execução das prestações; c) rescindir unilateralmente os contratos por imperativo de interesse público; d) fiscalizar o modo de execução do contrato; e e) aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato.”

A doutrina, tanto em Portugal⁹⁹, como no Brasil¹⁰⁰, costuma apontar os seguintes poderes ou prerrogativas da Administração Pública, ao longo da execução¹⁰¹

⁹⁹ Amaral, Diogo Freitas. Curso...Op. cit. Págs. 614 a 657. Gonçalves, Pedro. A Concessão...Op. cit. Págs. 239 a 263.

¹⁰⁰ Por todos podem citados: Meirelles, Hely Lopes. Direito...Op. cit. Págs. 352 a 365; Filho, Marçal Justen. Teoria Geral...Op. cit. Págs. 440 a 474.

¹⁰¹ O poder de rescisão unilateral por interesse público ou por inexecução contratual não constitui poder ou prerrogativa da Administração no curso da execução do contrato.

dos contratos administrativos que se aplicam aos contratos de concessão de serviços públicos: 1) possibilidade de modificação unilateral do contrato; 2) direção do modo de execução do contrato e gestão dos serviços públicos; 3) fiscalização permanente; 4) possibilidade de impor sanções por inexecução do contrato; 5) e possibilidade de intervenção direta unilateral na gestão do concessionário. Estes poderes constituem valiosíssimos mecanismos de que a Administração Pública dispõe para suprir a exigência de sua responsabilidade de garantia na prestação dos serviços públicos de forma adequada e possibilitar o exercício dos poderes de regulação e fiscalização.

A marca essencial ou decisiva do regime dos contratos de concessão de serviços públicos reside no fato de que a Administração Pública é colocada, pela própria legislação, em uma posição de «supremacia jurídica¹⁰²» sobre o concessionário, transportando, assim, para o interior do contrato e de forma automática, a autoridade intrínseca aos poderes previstos expressamente na lei que passam a incorporar a dinâmica da relação contratual. Tais poderes são exercidos pela Administração Pública através de atos administrativos e de decisões dotadas de executividade que fazem parte da complexa relação jurídica do contrato. «A relação entre as partes do contrato é, neste espaço, uma “relação especial de poder administrativo”, compostas de posições jurídicas substantivas – activas e passivas – configuradas de acordo com o modelo da relação jurídica administrativa de autoridade¹⁰³», autoridade esta exercida pelo Poder concedente.

O controle da eficiência no âmbito jurídico do direito administrativo deve ter os seus parâmetros, limites e mecanismos previstos em lei, o que de fato ocorre nos sistemas legais português e brasileiro, gozando de complementaridade contratual. Importa ressaltar, ainda, que o princípio vinculativo da eficiência na prestação e gestão dos serviços públicos e o próprio fundamento jurídico dos poderes de controle conferidos pela lei à Administração Pública encontra-se intimamente relacionados com o interesse público, ou melhor, com o princípio do interesse público. A eficiência porque, uma vez alçada à categoria de princípio jurídico constitucional, deve ser analisada e aplicada a toda atividade pública administrativa com fundamento nos princípios de economia e gestão combinados com os demais princípios que regem a

¹⁰² Gonçalves, Pedro. O Contrato Administrativo. Ed: Almedina. Coimbra, 2003. Pág. 102. Cf. Tb. Gonçalves, Pedro. A Concessão....Op. cit. Págs. 239 e 240.

¹⁰³ Ibidem. Gonçalves, Pedro. O Contrato....Págs. 102 e 103.

Administração Pública, em especial a finalidade precípua do interesse da coletividade. E o reconhecimento de um feixe de prerrogativas à Administração concedente, responsável por alcançar os objetivos do serviço público¹⁰⁴, não constitui mera projeção da supremacia do Poder público sobre os particulares, mas sim «uma exigência colocada ao serviço de finalidades de interesse público¹⁰⁵».

A busca pelo interesse público como princípio reitor da execução dos contratos de serviços públicos, influencia o controle da eficiência na medida em que a simples lógica da busca pelo lucro perseguida na iniciativa privada passa a ser amenizada pela exigência da dinâmica axiológica da prestação e gestão de serviços, cuja titularidade permanece a cargo do Poder público. Logo, o exercício dos poderes de controle administrativo sobre os contratos de concessão de serviços públicos busca prevenir eventuais desvios da simples eficiência técnica, buscando adequá-la a uma lógica diferente, a lógica do interesse público, da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, dentre outros princípios, buscando, assim, prevenir eventuais desvios que a gestão privada possa causar.

Toda concessão pressupõe, assim, a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido na lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A atualidade, por sua vez, compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. A garantia, por sua vez, da prestação e gestão adequada e eficiente dos serviços públicos é, em última análise, responsabilidade do Poder concedente. No justo equilíbrio de interesses do contrato (Poder concedente, concessionário e usuários), o regime de concessão não pode descuidar do interesse público. O regime de concessão, assim, deve respeitar a autonomia de gestão do concessionário até certo limite, o limite do interesse público, quando passa a ser legítima a sua atuação unilateral, através do exercício dos poderes conferidos pela lei ou pelo contrato no intuito de corrigir falha ou decisões que contrariem os interesses da coletividade. O interesse público justifica os poderes e prerrogativas da Administração e faz com que o Poder concedente possa e tenha o dever de intervir na execução do contrato de forma a garantir uma prestação de

¹⁰⁴ Gonçalves, Pedro. A Concessão...Op. cit. Pág. 175.

¹⁰⁵ Ibidem. Gonçalves, Pedro. A Concessão...Pág. 239.

serviços eficiente. A eficiência como desiderato do bem-estar e tarefa fundamental do Estado, tem a ela associada o interesse público comum de um serviço prestado de forma adequada, pelo menor custo possível e de forma universal.

3.3.2. Ambos os sistemas jurídicos, português e brasileiro, portanto, prevêm os seguintes poderes ou prerrogativas concedidas ao Poder concedente, em regra, representante da Administração Pública na relação jurídica contratual, conforme já citado anteriormente: 1) possibilidade de modificação unilateral do contrato; 2) direção do modo de execução do contrato e gestão dos serviços públicos; 3) fiscalização permanente; 4) possibilidade de impor sanções por inexecução do contrato; 5) e possibilidade de intervenção direta unilateral na gestão do concessionário. Além dos poderes ou prerrogativas legais, o contrato pode limitá-los ou até mesmo afastá-los ou prever outras formas de controle. Porém não poderá reduzir ao extremo os mecanismos de controle, pois o controle, sob a ótica da dinâmica jurídico-política do contrato de concessão de serviços públicos, encontra-se em grau de relevante importância no cenário democrático, pois sem o controle do Poder concedente, ou melhor, sem o controle do poder público, estar-se-ia criando uma situação de demasiada liberdade de gestão por parte do concessionário, da iniciativa privada, o que equivaleria a valorizar o lucro e os interesses privados em detrimento do interesse público, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade, e de outros princípios valiosíssimos aplicáveis a qualquer atividade ou tarefa pública, por exigência constitucional.

O equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado permeia a relação jurídica contratual do contrato de concessão de serviços públicos e nesta complexa relação jurídica que alterna decisões de gestão privada controladas por poderes e prerrogativas de direito público é que o sistema jurídico tentou delimitar mecanismos legitimadores deste controle exercido pelo Poder concedente. Hoje, o controle da eficiência, em específico, deve ser exercido dentro dos limites das formas previstas em lei, porém fundado em critérios de juridicidade, dada a baixa densidade normativa do princípio em questão. Porém, a densificação do princípio em cada situação que enseja a prática de atos administrativos de controle, utiliza, em seu auxílio, critérios oriundos das ciências económicas a fim de justificar uma intervenção ou uma fiscalização da execução do contrato. A fundamentação do ato administrativo que origina um dos mecanismos legais ou contratuais de controle por parte do Poder

concedente, como por exemplo a fiscalização e a intervenção, deverá buscar um raciocínio técnico objetivo das ciências económicas que informam, muitas vezes, na prática, os balanços da empresa concessionária e outros documentos relacionados com a gestão da atividade concessionada.

Por certo que a lei deveria prever critérios objetivos de controle da eficiência que pudessem servir de fundamento jurídico para o exercício dos atos administrativos de controle. Espera-se, portanto, que tanto nos sistemas legais português e brasileiro, o legislador venha, em um futuro próximo, regulamentar o princípio da eficiência, dando a ele maior densidade normativa ao eleger alguns critérios que possam informar e fundamentar melhor as formas de controle por parte da Administração Pública. Estes critérios deverão ser buscados através de conceitos provenientes das ciências económicas, transformando-os, assim, em conceitos jurídicos, tal como ocorreu com o próprio conceito de eficiência que foi introduzido no sistema jurídico na categoria de princípio constitucional da Administração Pública. Só, então, será possível assegurar uma maior segurança jurídica do controle administrativo da eficiência na execução dos contratos de serviços públicos, evitando-se, assim, através de critérios jurídicos objetivos, que o ato administrativo de controle tenha por motivação interesses puramente políticos e eleitorais, dada a longa duração dos contratos de concessão de serviços públicos.

Porém, por enquanto, a legislação em vigor, tanto em Portugal como no Brasil, não foi capaz de trazer para o mundo jurídico conceitos objetivos das ciências económicas que possibilitarão uma maior densidade normativa ao conceito jurídico de eficiência e, assim, uma maior segurança jurídica na fundamentação dos atos administrativos de controle praticados pelo Poder concedente nas situações que serão consideradas pela lei situações de ineficiência da gestão e da prestação dos serviços públicos. Por certo que a lei não poderá prever todas as situações, pois a atividade de gestão privada dos serviços públicos, conforme já afirmado anteriormente por este estudo, envolve uma atividade que enseja uma margem de livre decisão administrativa e uma certa flexibilidade, inclusive para que possa ser possível, atender ao interesse público em sua plenitude, além dos demais princípios públicos que informam a atividade da Administração Pública, considerada em termos globais, como atividade. Logo, o que a lei deverá criar e disciplinar são os limites e metas gerais de eficiência a

serem aplicados a todos os contratos de concessão de serviços públicos de forma a possibilitar uma fundamentação mais objetiva e mais jurídica dos atos de intervenção, de fiscalização, de direção e de outros poderes e prerrogativas de controle da atividade do concessionário, afastando, assim, por completo a influência política dos atos administrativos de controle por parte do Poder concedente e garantindo uma maior segurança ao vínculo contratual mantido com a Administração Pública.

As prerrogativas e poderes de controle da eficiência e dos demais princípios da Administração Pública, bem como da boa execução do contrato por parte do concessionário, podem ser assim analisados como mecanismos legais de que dispõe o Poder concedente, sendo assim analisados de forma breve:

1) Poder de modificação unilateral do contrato: sob a denominação de *ius variandi, fait du prince ou factum principis*, a doutrina refere-se ao direito da Administração Pública de introduzir unilateralmente certas modificações no regime das prestações dos serviços públicos e, conseqüentemente, nas cláusulas do contrato. Esta possibilidade de alteração unilateral do regime do contrato de concessão tem por fundamento o interesse público que deve ser adaptado às modificações de fato que se apresentem ao longo da execução do contrato. Assim, o Poder concedente tem a prerrogativa de impor aos concessionários as adaptações exigidas pelos progressos técnicos de forma a poder assegurar os fins do interesse público a que se comprometem ao celebrar o contrato e, em última análise a própria eficiência jurídica que se relaciona com todos os demais princípios reitores da Administração Pública¹⁰⁶.

A idéia de sujeição da entidade privada a esta prerrogativa da Administração Pública advém da concepção de que o contrato de concessão é um pacto de colaboração entre a iniciativa privada e o poder público com o objetivo de promover o interesse público. Mas o importante é frisar que a Administração Pública está autorizada a buscar uma maior eficiência. Isto justifica este poder de alteração unilateral do regime do contrato de concessão de forma a atender uma melhor prestação dos serviços. O que a Administração pode modificar, então, são cláusulas que se enquadrem no objetivo de alcançar a eficiência¹⁰⁷, como: quantidade e modelo das prestações,

¹⁰⁶ Estorninho, Maria João. Requiem...Op. Cit. Págs. 130 a 138.

¹⁰⁷ Não pode a Administração Pública exigir prestação diversa do contrato. Deve ser respeitado, assim, o núcleo essencial do contrato.

condições técnicas e jurídicas de execução, como as cláusulas regulamentares e de serviços. Assim, por exemplo, o Poder concedente estará autorizado a intervir quando uma determinada opção técnica revelar-se, ao longo do tempo, inadequada e ineficiente¹⁰⁸. A alteração unilateral, portanto, deve conciliar os limites fundados no interesse público, no núcleo essencial do contrato e também no princípio do equilíbrio da equação financeira do contrato. O poder concedente só poderá intervir nestes casos se tiver fundamento no interesse público e na busca pela eficiência jurídica que representam, em última análise, a busca deste próprio interesse. Somente um serviço, adequado, eficiente e atualizado atenderá, assim, ao bem-estar e cumprirá a tarefa fundamental do Estado de garantir a qualidade de vida de todos os seus cidadãos (artigo 9.º, letra d da Constituição da República Portuguesa; artigo 3.º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil).

O fundamento da alteração das condições do contrato, portanto, podem assumir variadas situações. Podem constatar-se questões técnicas originalmente previstas que se revelam incompatíveis com a prestação do serviço público adequado e eficiente, por exemplo. Pode haver dificuldades econômico-financeiras, na medida em que se revela que o custo dos investimentos necessários à implementação do serviço foi subestimado por ocasião da outorga do contrato ou sofreu significativa elevação em virtude de eventos posteriores. E pode, também, a título exemplificativo, constatar-se a inadequação político-social da concessão, na acepção de que a forma da prestação ou a remuneração pactuada é incompatível com o interesse dos usuários do serviço.

Em termos objetivos, reconhece-se o cabimento da modificação em virtude da existência de uma dissonância entre condições previstas por ocasião da outorga, consagradas no contrato de concessão, e a satisfação dos interesses coletivos. Manter as condições originalmente pactuadas significaria produzir a frustração do bem comum, na medida em que não se reconheceria a existência de um serviço público adequado e eficiente.

¹⁰⁸ Amaral, Diogo Freitas do. Curso...Op. cit. Pág. 626: “O exercício do poder de modificação unilateral por ser efectuado, em primeiro lugar, mediante acto administrativo (cfr. Artigo 186.º, nº 1, *a contrario*), o qual obriga por si o contraente particular, independentemente de sentença judicial. A defesa do particular em tribunal pode consistir ou num recurso de anulação, se quiser impugnar o acto administrativo praticado, ou numa acção, se o co-contratante preferir exercer o direito de rescisão do contrato ou obter uma indemnização compensatória.”

2) Poder de direção do modo de execução do contrato e gestão dos serviços públicos: a doutrina tem admitido que a Administração Pública não se limita a acompanhar a realização das prestações, verificando se elas estão conformes às normas que as regulam e ao objeto do contrato¹⁰⁹. Ao Poder concedente cabe, também, o poder de direção, ou seja, a faculdade de dar ordens e instruções ao concessionário sobre o próprio modo de cumprir as obrigações assumidas. A Administração Pública pode dar ordens quanto aos processos a adotar na execução do contrato para garantir maior perfeição e eficiência, pode participar na tomada de decisões relacionadas à gestão da atividade do concessionário, através das comunicações enviadas por ele ao Poder concedente, pode interferir em questões que afetem diretamente à prestação dos serviços públicos, como qualquer alteração ou ampliação de rota de transporte público, nos contratos de concessão de serviços de transportes públicos municipais, por exemplo. Ressalte-se que este poder de direção da execução do contrato de concessão, pode ser alargado ou reduzido pelas cláusulas contratuais e que uma vez não acatada, pelo concessionário, a ordem ou instrução do Poder concedente, este não goza da prerrogativa de execução prévia¹¹⁰, conforme prevê o artigo 187.º do Código de Procedimento Administrativo português: “Salvo disposição legal em contrário, a execução forçada das prestações contratuais em falta só pode ser obtida através dos tribunais administrativos.”

A idéia de concessão comporta um «poder de orientação» ínsito à prerrogativa de direção por parte do Poder concedente sobre a prestação dos serviços públicos. Esta superintendência do poder público resume-se, na realidade, ao poder de fixar objetivos e metas de eficiência a serem alcançadas pelo concessionário de forma a atender ao interesse público de determinada coletividade em benefício da qual é prestado o serviço. A empresa concessionária, portanto, em razão da autonomia de gestão da atividade, justificada pela posição de colaboradora da Administração Pública, detém a escolha dos meios e instrumentos adequados para alcançar aquelas metas e objetivos já traçados pelo Poder concedente. Desta forma, o concessionário é colocado na posição de suportar a imputação dos resultados da sua gestão, ou seja, a fixação dos

¹⁰⁹ Estorninho, Maria João. Réquiem....Op. cit. Págs. 126 e 127.

¹¹⁰ Amaral, Diogo Freitas do. Curso....Op. cit. Pág. 631. Alguma doutrina portuguesa vê, nesta norma, uma espécie de sentença de morte dos poderes públicos da Administração, porquanto a exclusão legal da execução forçada das prestações contratuais corresponderia à exclusão do momento autoritário por excelência de um poder público. Sobre o tema: Cf. Gonçalves, Pedro. O contrato....Op. cit. Págs. 119 e 120.

objetivos a serem alcançados, porém, dispõe de autonomia na sua gestão¹¹¹. Este equilíbrio entre controle de direção da eficiência, através da fixação de metas, e autonomia de gestão do concessionário informa a relação jurídica contratual do contrato de concessão de serviços públicos, possibilitando a Administração Pública fixar os resultados pretendidos, porém sem intervir na gestão privada, exclusiva da empresa concessionária. Entretanto, o fato do poder de direção não afastar a autonomia da gestão privada do concessionário não significa que a Administração não possa, em certos termos, emanar ordens, instruções e diretivas vinculativas até mesmo para alguns atos de gestão, quando afetem diretamente o interesse público na prestação dos serviços.

3) O poder de fiscalização: é uma prerrogativa que o poder concedente dispõe para garantir que a execução na prestação dos serviços públicos não será desviada para fins diversos do interesse público e da satisfação eficiente. Este poder pode estar previsto em lei ou no próprio contrato em relação aos atos de fiscalização a que a Administração Pública está apta a praticar. A lei sobre concessão de serviços públicos no Brasil, lei nº 8.987/95 prevê um devido procedimento fiscalizatório, ao prever regras para exercício da fiscalização por parte do Poder concedente, como por exemplo: o dever do concessionário em permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações dos serviços, bem como aos seus registros contábeis.

Quanto às modalidades de fiscalização da eficiência pode-se distinguir entre um controle técnico que incide sobre o cumprimento do contrato no que respeita à gestão do serviço propriamente dita, e um controle financeiro que incide sobre a solvabilidade da empresa concessionária¹¹². A estes, acrescenta-se o controle jurídico que incide sobre o cumprimento dos deveres do concessionário diante de terceiros (os usuários) e sobre certos atos praticados ao longo da execução do contrato, como por exemplo: aprovação de regulamentos que ele elabora e recursos de atos administrativos por ele praticados. Para além de um genérico controle por via da fiscalização, ela, ainda, pressupõe a apreciação de atos de gestão, de reclamações apresentadas pelas usuárias dos serviços públicos, muitas vezes formuladas em livros próprios de reclamação.

¹¹¹ Gonçalves, Pedro. A Concessão...Op. cit. Págs. 244 245.

¹¹² Ibidem. Gonçalves, Pedro. A Concessão...Págs. 248 e 249.

4) Poder de aplicar sanções: a Administração Pública é dotada da faculdade de aplicar sanções ao seu contraente particular concessionário devido às faltas cometidas por este, sejam elas a própria inexecução do contrato, o atraso na execução e o cumprimento defeituoso da prestação. A ineficiência configura uma espécie de descumprimento parcial do contrato de concessão, pois um serviço prestado de forma inadequada contraria os fins do próprio contrato, enquanto relação jurídica que enfeixa uma tarefa pública informada pelo interesse público.

Ao Poder concedente cabe, em princípio, a fixação das metas e resultados a serem alcançados pela empresa concessionária que uma vez não atingidos podem justificar a aplicação de algum tipo de sanção prevista no contrato. Frise-se que o que está em causa no poder de sancionar infrações contratuais não é a existência de um dano, razão porque a sua função não é a de ressarcir prejuízos decorrentes do cumprimento deficiente das cláusulas do contrato e das metas de eficiência, subjacente ao próprio serviço público. Desta forma, as sanções são aplicadas pelo Poder por elas fixadas. O que está em causa é a continuidade do serviço, é o interesse público, concedente na tentativa de corrigir as infrações do concessionário, na medida em que isto é postulado pelas necessidades do serviço público¹¹³.

O Poder concedente, portanto, utiliza-se da prerrogativa de aplicar sanções durante a execução dos contratos de concessão de serviços públicos com o objetivo de impingir uma gestão e uma prestação eficiente dos serviços públicos. A natureza da sanção pelo controle da eficiência é muito mais meio coercitivo do que um meio punitivo e encontram fundamento na idéia de que o contrato deve ser executado da melhor forma possível, pois só assim se atenderá ao interesse público e ao bem-estar¹¹⁴. O contrato só será executado de forma eficiente se o sistema de controle sancionatório da eficiência permitir a aplicação de sanções ao concessionário, uma vez não atendidas as cláusulas que tratam das melhorias técnicas estipuladas pelo Poder concedente, por exemplo, e as cláusulas que definem as próprias metas e resultados a serem alcançados pelo contrato.

¹¹³ Ibidem. Gonçalves, Pedro. A Concessão....Págs. 250 e 251.

¹¹⁴ Laubadère, André de. Venezia, Jean-Claude. Gaudemet, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tome I. 11ª edição. Paris, 1990. Págs. 644 a 645.

No Brasil, há uma problemática quanto à ausência de previsão expressa na lei de concessões sobre um rol de possíveis sanções. Logo, ou prevalece a tese da possibilidade de previsão contratual, ou prevalece a tese da exigência do respeito pelo princípio da legalidade, exigindo, assim, que cada ente da federação tenha que legislar especificamente sobre esta matéria e impor sanções específicas, sob pena da Administração Pública não estar autorizada a aplicar quaisquer sanções por descumprimento total ou parcial do contrato. As sanções aplicadas no Brasil são: as multas, a suspensão, a advertência e a própria intervenção que ora é considerado um poder a parte ou uma modalidade de sanção. Em Portugal, em regra, as sanções aplicáveis são: para além das multas, o seqüestro e a substituição da prestação do concessionário pela de um terceiro às custas do patrimônio daquele.

5) Poder de intervenção: a intervenção, instituto previsto no sistema legal brasileiro pelo artigo 32 e seguintes da lei nº 8.987/95 e é um instituto que possibilita ao Poder concedente assumir, temporariamente, uma parcela da atividade de gestão do concessionário. Não acarreta a extinção do contrato que permanece íntegro. Não produz efeitos externos ao concessionário. Perante terceiros, tudo se passa como se nada tivesse sido alterado. Não significa a perda do domínio de bens pelo concessionário em favor do Poder concedente. Há uma única alteração: o Estado assume a gestão do concessionário, mas não toma para si a prestação do serviço público. A intervenção é medida excepcional e só se verifica quando outra medida não puder ser aplicada.

3.4. O Estado gerencial e regulador da eficiência: a descentralização do controle administrativo nos contratos de concessão de serviços públicos.

3.4.1. O Estado gerencial e regulador da eficiência: repartição dos poderes de controle.

3.4.1. Como já foi dito anteriormente, o crescimento da Administração Pública do Estado social, destinada a garantir o bem-estar, originou inúmeros fenômenos de ineficiência. O Estado pós-social ou neo-liberal (se assim o podemos designar), com a crise do Estado social em atender a todos os anseios da sociedade, procura, num movimento de desintervenção, prescindir da maioria das tarefas tipicamente a ele antes cometidas. Este novo Estado transfere para iniciativa privada a gestão de tarefas e serviços antes por ele prestados diretamente e passa a assumir um

número reduzido de tarefas de gestão, de controle e de incentivo. Assim, assume um modelo de Estado gerencial, Estado de fomento e Estado regulador e a regulação assume importante papel de instrumento do Estado como forma de efetivação da eficiência e do incremento da qualidade do serviço público.

Neste movimento, as entidades reguladoras surgem no aparelho organizatório do Estado como o mais relevante testemunho de uma dupla evolução da relação do Estado com a economia desde há umas duas décadas. Ela consiste, por um lado, na crescente redução da intervenção direta do Estado na atividade econômica (como Estado empresário), em troca do reforço do seu papel regulador (Estado regulador). Por outro lado, ela passa por uma considerável descentralização dos poderes de regulação e controle das atividades públicas delegadas à iniciativa privada, confiando-os a entidades públicas independentes, como o modelo de Portugal, e a entidades que fazem parte da administração indireta do Estado, como no Brasil, sob a denominação de autarquias especiais¹¹⁵. Logo, uma das manifestações mais visíveis da alteração do papel do Estado nas últimas duas décadas do século XX e que revolucionaram a própria organização da Administração Pública no setor de produção de bens e prestação de serviços, foi a criação e a implantação do modelo das agências reguladoras¹¹⁶, ao representarem a repartição dos poderes de controle e regulação, antes desempenhados diretamente pelo Estado, através dos órgãos de sua própria Administração direta e que agora, passam a ser desempenhado por pessoas coletivas/jurídicas de direito público, distintas do Estado.

A origem deste modelo de repartição dos poderes de controle, em especial, sobre atividades públicas que afetam diretamente a economia e à sociedade como um todo, em especial o setor de prestação de serviços públicos, em questão, localiza-se nos Estados Unidos da América, onde constituem uma realidade já com mais de um século, na figura das *Independent Agencies* e nas denominadas *Independent Regulatory Commissions*. Sob a ideologia de que a economia deveria desenvolver-se

¹¹⁵ Muito embora a doutrina brasileira classifique as agências reguladoras, dotadas de poderes de controle e regulação sobre o setor de serviços públicos, como autarquias especiais, integrantes do conceito orgânico de direito administrativo de administração indireta do Estado, é certo que cada lei que instituiu cada agência em específico pode conferir certo grau de independência do Poder executivo em grau superior às clássicas autarquias institucionais no direito administrativo brasileiro. Logo, a independência administrativa, a autonomia financeira e a ausência de subordinação hierárquica podem ser verificadas em cada lei instituidora em grau maior do que as tradicionais autarquias institucionais brasileiras. Cf. Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso....Op. cit. Págs. 139 a 141.

¹¹⁶ Moreira, Vital. Maçãs, Fernanda. Autoridades....Op. cit. Pág. 09. As agências reguladoras também são denominadas por vezes como «entidades de supervisão». Cf. Rodríguez, Betancor. Las Administraciones Independientes. Ed: Tecnos. Madrid, 1994. Pág. 25 e ss.

sem a ingerência do governo e sob o fundamento da separação e tensão entre o Poder executivo (o Presidente) e o Poder legislativo (o Congresso), as agências, então, foram concebidas sem a interferência da Administração Pública direta e conseqüentemente, sem a influência de decisões políticas a ela inerentes¹¹⁷. Apesar das inúmeras vantagens da criação das agências independentes, em relação ao controle e a regulação exercida pela Administração direta do Estado, pois passaram a proporcionar uma maior especialização, flexibilidade, agilidade e maior possibilidade da participação dos interessados na tomada de decisões, algumas críticas a este modelo foram levantadas, como a teoria da «captura» do organismo regulador pelos regulados e a teoria dos grupos de interesse¹¹⁸.

A exportação do modelo das agências independentes para a Europa ocorreu tardiamente, já na década de 80, começando pela Grã-Bretanha¹¹⁹. E mais tarde, já no final da década de 90, passou a ser implementado no Brasil. A difusão deste modelo reside na crise que afeta a organização administrativa tradicional, por não ter sido capaz de se adequar às transformações do Estado plural contemporâneo, caracterizado pela crescente politização das estruturas administrativas. Desta forma, ao nível da opinião pública gerou-se uma forte corrente no sentido da desconfiança perante a imparcialidade da Administração por esta se ter deixado dominar por grupos de pressão e influências político-partidárias. A experiência demonstra que os governos, pressionados por interesses político-partidários, especialmente eleitorais, encontram-se, muitas vezes, inibidos de tomar decisões administrativas que se mostram necessárias e convenientes a curto e médio prazo. Alguns setores, portanto, especialmente aqueles que afetam diretamente a opinião pública, como o setor da prestação de serviços públicos, são mais permeáveis a que as autoridades responsáveis pelo controle e fiscalização se deixam influenciar por critérios de oportunidade política, ensejando o abrandamento dos mecanismos de controle que deveriam ser executados de forma contundente. A tendência para a atenuação do controle ou o afastamento em relação aos objetivos que deveriam ser perseguidos pelas empresas concessionárias de serviços

¹¹⁷ Para maiores desenvolvimentos. Cf. Pássaro, Michele. *Le Amministrazione Indipendenti*. Ed: Giappichelle Editore. Torino, 1996. Págs. 61 e segs.

¹¹⁸ Sobre as vantagens de desvantagens do modelo de repartição dos poderes de controle e regulação com as agências independentes. Cf. Marques, Rui Cunha. *Regulação de Serviços Públicos*. Ed: Silabo. Lisboa, 2005. Págs. 33 a 40.

¹¹⁹ Moreira, Vital. Maçãs, Fernanda. *Autoridades....Op. cit.* Pág. 20.

públicos, contribuem para o aumento de problemas sistêmicos e conjunturais, difíceis, muitas vezes, de serem solucionados¹²⁰.

Em termos sintéticos, a idéia de repartição dos poderes de controle e regulação, através de um modelo de delegação a entidades distintas do Estado, sejam elas concebidas como autoridades independentes, tal como no modelo europeu e norte americano, também em Portugal, sejam através de entidades públicas integrantes da Administração indireta do Estado, exprime o ideal da busca por uma maior eficiência das formas de controle e vigilância públicas, em especial sobre setores públicos da economia que afetam diretamente a coletividade, como as atividades de gestão e prestação de serviços públicos. Segundo esta fórmula, o papel que o Estado é chamado a desempenhar não é tanto o de comandar diretamente os atores sociais, mas antes o de estabelecer entre eles as regras do jogo, e o de controlar e vigiar o cumprimento das mesmas, tal como ocorre na relação tríplice entre os concessionários de serviços públicos, as agências de controle e regulação a que estão subordinados e o Estado e a sua Administração Pública direta.

Logo, verifica-se que o novo cenário de reforma da Administração Pública, em que um dos vetores funda-se na busca por uma maior eficiência técnica e jurídica na gestão e prestação dos serviços públicos em regime de concessão, representa a íntima relação entre liberalização para o setor privado de atividades antes prestadas diretamente pela Administração Pública direta do Estado e a criação das agências reguladoras, autoridades independentes que executam os poderes de controle e regulação delegados a elas e que antes também eram executados pelo próprio Estado diretamente. A transferência dos poderes de controle segue a linha de reforma da Administração vindo a implicar em uma maior eficiência do próprio controle, especialmente das atividades públicas delegadas à iniciativa privada, na tentativa de afastar os riscos das influências político-partidárias das decisões e atos administrativos de controle, fiscalização e regulação e possibilitar um equilíbrio justo entre os valores e interesses envolvidos na contratação pública, mediante a parceria com o setor privado na gestão e prestação dos serviços públicos. Tendo em vista que os serviços públicos estão intimamente relacionados com alguns direitos e garantias individuais e os interesses do setor privado podem, muitas vezes, entrar em choque, por certo que a

¹²⁰ Neste sentido. Cf. Ortega, Ricardo Rivero. *El Estado Vigilante*. Ed: Tecnos. Madrid, 2000. Págs. 143 e segs.

necessária conciliação exige juízos valorativos que se abstenham de qualquer influência política de forma a garantir formas de controle e fiscalização com maior objetividade, neutralidade e imparcialidade.

A repartição de poderes de controle e fiscalização sobre o setor de prestação de serviços em regime de concessão entre o Poder concedente e as Agências reguladoras representa uma divisão de competências que tem por objetivo aumentar a eficiência dos mecanismos de controle, que também são classificados como atividade administrativa, seja independente no modelo português, seja indireta, no modelo brasileiro, através das autarquias especiais. As Agências gozam de amplos poderes de investigação, regulação e inspeção, além de poderes consultivos e, até mesmo, sancionatórios. Porém, estes poderes vêm definidos e determinados previamente em cada lei que cria cada entidade, sendo possível, a alternância destes poderes e até mesmo a criação de outros, como, por exemplo, poderes jurisdicionais de dirimir conflitos entre os intervenientes do setor público respectivo. Ao poder regulatório, por sua vez, ganha evidência como mecanismo de controle e representa uma forma contemporânea de ação do Estado. Trata-se, em linhas gerais, do modo como a coordenação entre empresas, cidadãos consumidores e os diferentes órgãos do governo se dão quanto à edição de normas, e cujo objetivo primordial é o de estimular, vedar ou determinar comportamentos envolvendo determinados mercados que, por seus traços próprios, requerem a interferência estatal.

A regulação, dependendo das suas finalidades, pode ser econômica, social ou administrativa. A regulação econômica propicia a estrutura institucional para agentes econômicos, empresas e mercados. É a regulação cujo propósito principal é facilitar, limitar ou intensificar os fluxos e trocas de mercado, por intermédio de políticas tarifárias, princípios de confiabilidade do serviço público e regras de entrada e saída do mercado. Já a regulação social é a que intervém na provisão dos bens públicos e na proteção do interesse público, definem padrões para saúde, segurança e meio ambiente e os mecanismos de oferta universal desses bens. A regulação administrativa, por fim, diz respeito à intervenção nos procedimentos administrativos e burocráticos, bem como aos procedimentos administrativos adotados pelo Poder Público em sua relação com os administrados, ou seja, materializa-se no próprio exercício, pela

administração, de seu poder regulamentar, isto é, de expedir regulamentos para a correta interpretação das leis.

A regulação econômica refere-se àquelas intervenções cujo propósito é mitigar imperfeições, como a existência de traços de monopólio natural, e assim melhorar o funcionamento do mercado. A justificativa econômica tradicional para a regulação diz respeito à maximização da eficiência em mercados caracterizados pela concentração de poder econômico (e.g., monopólio ou oligopólio) e naqueles onde as barreiras à entrada são significativas. Outras justificativas econômicas para a regulação são as falhas de mercado relacionadas com as externalidades, a correção de assimetrias de informação e poder, e a intervenção para facilitar a transição para regimes de mercado, assim como a insuficiente provisão de bens públicos, e.g., onde há necessidade de promoção da universalização do acesso aos serviços públicos. Por outro lado, em alguns casos, apenas, podem requerer agências autônomas setores onde se faça necessário o monitoramento dos preços praticados. A regulação econômica vem para, na presença das “falhas de mercado”, assegurar que o resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço seja eficiente, tendo como resultado adequados níveis de quantidade, qualidade e preço. Também se pode atribuir à regulação econômica uma tarefa adicional: ela pode ser um veículo indutor da criação das próprias condições de mercado em circunstâncias em que elas não existem. Quanto a este ponto, é de se reter a idéia de que regulação não é somente uma etapa anterior ao alcance de níveis satisfatórios de concorrência. A regulação estimula a concorrência e procura mimetizar mercados para minimizar suas deficiências, mas deve ainda desempenhar a importante tarefa institucional de, por vezes, criar e organizar esses mercados, bem como em seu interior promover redistribuições equânimes.

A regulação econômica, portanto, não é trivial, já que ao confeccionar e implementar esse corpo de regras, o Poder Público terá de (i) asseverar quais são, em cada momento, a quantidade e qualidade ótimas de bens ou serviços públicos a serem produzidos; (ii) criar os incentivos corretos para que os produtores atendam a essa demanda de forma eficiente; (iii) estimulá-los a investir em inovação e adaptação de seus produtos; (iv) ao menor preço (ou tarifa) possível (isto é, com o preço igual aos custos marginais de longo prazo); e (v) induzir o repasse dos ganhos de produtividade para o consumidor dos serviços regulados.

Por fim, pode-se concluir que o modelo de repartição de poderes de controle entre o Poder concedente e as autoridades administrativas independentes em Portugal e as autarquias especiais no Brasil representam um dos mecanismos de alteração do cenário e da posição da Administração Pública, hoje, no atual grau de desenvolvimento do Estado que busca alcançar a melhoria não só da execução dos contratos de serviços públicos em regime de concessão, como também, melhorar as formas de controle e fiscalização da execução destes contratos que afetam diretamente a vida dos cidadãos usuários que, por sua vez, anseiam por uma maior eficiência dos serviços, segundo os critérios da produtividade, modicidade das tarifas, continuidade, universalidade e igualdade na prestação.

4. Conclusões finais.

O conceito de eficiência alçado pelo direito à categoria de princípio constitucional no sistema jurídico português e brasileiro ocorre em um cenário de alteração de perspectiva do papel do Estado e de sua Administração Pública direta ineficiente, em virtude de não ser mais capaz de suprir todas as exigências de uma sociedade globalizada e pluralista. As propostas reais de reforma da Administração Pública caminham e transformam a Administração Pública que passa de prestadora direta dos serviços públicos a controladora e fiscalizadora da gestão e execução destes mesmos serviços públicos, tarefas, agora, transferidas à iniciativa privada através do resgate da técnica liberal de concessão de serviços públicos e através de outras formas de parcerias públicas-privadas.

Porém, a concessão de serviços públicos contemporânea surge em um cenário de releitura dos princípios que informam a atividade pública, em especial, do princípio da eficiência que passa a ser conjugado e aplicado às ações administrativas, em íntima conexão com os demais princípios da Administração Pública, como o da dignidade da pessoa humana, da universalidade e do interesse público, dentre outros, de forma a frear a simples busca pelo lucro que rege o setor privado da economia. Desta forma, a busca pela eficiência não se resume à busca por uma simples eficiência técnica mas sim, por uma eficiência técnica e jurídica permeada por valores axiológicos que informam qualquer atividade pública. O Poder concedente deve garantir a eficiência e o respeito aos demais princípios da Administração Pública. Os concessionários devem ter como meta a lucratividade da atividade de gestão e execução dos serviços públicos,

porém estarão sempre limitados pelos princípios públicos que regem os contratos de concessão, em especial, o interesse público. E os usuários, por sua vez, têm o direito de exigir um serviço público adequado, eficiente, universal, mediante módicas tarifas, contínuo, etc.

O controle administrativo da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos, embora represente um controle muitas vezes de certa margem de livre apreciação administrativa da empresa concessionária, deve ser realizado sob o argumento da violação de um mandamento constitucional, de forma a servir, inclusive, como fundamento de qualquer ato administrativo de controle (fiscalização, intervenção, etc) por parte do Poder concedente. A baixa densidade normativa do princípio da eficiência não pode impedir o seu controle, devendo a Administração Pública buscar conceitos econômicos provenientes das ciências econômicas a fim de melhor fundamentar seus atos de controle, criando situações objetivas de controle.

Por fim, a descentralização dos poderes de controle, fiscalização e regulação através da implantação dos modelos de agências controladoras e reguladoras, distintas dos órgãos da Administração direta do Estado, também representa a busca pela melhoria dos mecanismos de controle da gestão e prestação dos serviços públicos em regime de concessão, possibilitando um controle em tese mais objetivo, sem as antigas influências político-partidárias que, muitas vezes, ditavam as decisões administrativas de controle por parte do Poder concedente.

5. Bibliografia.

AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Vol. II. Ed: Almedina. Coimbra, 2004.

_____. O Princípio da Justiça no Artigo 266.º da Constituição. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. Ed: Coimbra. Coimbra, 2001.

ANDREANI, Antonio. Il Principio Costituzionale di Buon Andamento della Pubblica Amministrazione. Ed: cedam. Padova, 1979.

ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves. Hierarquia e Mercado: a experiência recente da administração gestonária. In Moderna Gestão Pública. Acta geral do 2º encontro nacional INA – Instituto Nacional de Administração. Lisboa, 2000.

AUGER, J. Réforme de l'Administration Publique Suède. Coup D'Oeil. «online». Junho, 1998. Disponível em: <http://207.162.4.3/Observatoire/Coupdoeil/reforme-suede.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. Paradigmas de Estado e Paradigmas de Administração Pública. In Moderna Gestão Pública. Ata Geral do 2º encontro INA (Instituto Nacional de Administração – Portugal). Lisboa, 2000.

CARAPETO, Carlos. Fonseca, Fátima. Administração Pública. Modernização, Qualidade e Inovação. Ed: Sílabo. Lisboa, 2005.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Ed: Almedina. Coimbra, 2003. (Reimpressão da edição de 1987).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed: Atlas. São Paulo, 2000. 12ª edição.

ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo Contrato Administrativo. Ed: Almedina. Coimbra, 2003.

_____. A Fuga para o Direito Privado. Ed: Almedina. Coimbra, 1999.

FALZONE, Guido. Il Dovere di Buona Amministrazione – Parte I. Ed: Giuffrè. Milano, 1953.

FILHO, José dos Santos Carvalho. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In Garcia, Emerson. Discricionariedade Administrativa. Ed: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.

FILHO, Marçal Justen. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Ed: Dialética. São Paulo, 2003.

FONSECA, Guilherme da. Claro, João Martins. Fontes, José. Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Legislação Complementar. Ed: Coimbra. Coimbra, 2005. 2ª edição.

GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Ed: Almedina. Coimbra, 1999.

_____. O Contrato Administrativo. Ed: Almedina. Coimbra, 2003.

_____. Entidades Privadas com Poderes Públicos. Ed: Almedina. Coimbra, 2005.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei. Ed: Dialética. São Paulo, 1998.

GUEDES, Armando Manuel de A. Marques. A Concessão. Ed: Coimbra. Coimbra, 1954.

ITÁLIA, Vittorio. Manuale di Diritto Amministrativo. Ed: Giuffrè. Milano, 1999. 11ª edição.

JÚNIOR, Onofre Alves Batista. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. Ed: Mandamentos. Belo Horizonte, 2004.

LAUBADÈRE, André de. Venezia, Jean-Claude. Gaudemet, Yves. Traité de Droit Administratif. Tome I. 11ª edição. Paris, 1990.

MARQUES, Rui Cunha. Regulação de Serviços Públicos. Ed: Sílabo. Lisboa, 2005.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A Emergência de um Novo Direito Comunitário da Concorrência – As Concessões de Serviços Públicos. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ed: Coimbra. Lisboa, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed: Malheiros. São Paulo, 2000. 25ª edição.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Ed: Malheiros. São Paulo, 2000. 12ª edição.

MONCADA, Luís S. Cabral. Direito Público e Eficácia. In Estudos de Direito Público. Ed: Coimbra. Lisboa, 2001.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. Ed: Atlas. São Paulo, 1999. 6ª edição.

MOREIRA, Vital. Maçãs, Fernanda. Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro. Ed: Coimbra. Coimbra, 2003.

MOZZICAFREDDO, J. Modernização da Administração Pública e Poder Político. In Mozzicafreddo, J. Gomes, J.S. (org.). Administração e Política: perspectivas de reforma da administração pública na Europa e nos Estados Unidos. Ed: Celta. Oeiras/Portugal, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. Ed: Forense. Rio de Janeiro, 2001. 12ª edição.

_____. Legitimidade e Discricionariedade. Ed: Forense. Rio de Janeiro, 2001.

ORTEGA, Ricardo Rivero. El Estado Vigilante. Ed: Tecnos. Madrid, 2000.

OTERO, Paulo. Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa. Ed: Coimbra. Coimbra, 1992.

_____. O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-constitucional. Ed: Lex. Lisboa, 1995. Vol. II.

PÁSSARO, Michele. Le Amministrazione Indipendenti. Ed: Giappichelle Editore. Torino, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma Gerencial da Administração Pública Brasileira de 1995. In Moderna Gestão Pública. Acta Geral do 2.º encontro INA – Instituto Nacional de Administração. Lisboa, 2001.

ROCHA, J. A. Oliveira. Administração Pública Managerial. In Gestão Pública e Modernização Administrativa. Ed: INA – Instituto Nacional de Administração – Portugal. Lisboa, sem referência ao ano de publicação. ISBN: 972-9222-26-6.

RODRÍGUEZ, Betancor. Las Administraciones Independientes. Ed: Tecnos. Madrid, 1994.

RUIVO, Vítor Manuel. A Reinvenção da Função Pública e o Instituto Nacional de Administração. In A reinvenção da Função Pública. Instituto Nacional de Administração – INA. Lisboa, 2002.

SEPE, Onorato. L'Efficienza Nell'Azione Amministrativa. Ed: Giuffrè. Milano, 1975.

SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Ed: Almedina. Coimbra, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Lições de Direito Administrativo. Ed: Pedro Ferreira. Lisboa, 1995. 2ª edição. Vol. I.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Matos, André Salgado de. Direito Administrativo Geral. Tomo I. Ed: Dom Quixote. Lisboa, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações. Ed: Lumen Iuris. Rio de Janeiro, 1997.

Site da Internet consultado: site do Portal do Governo em Portugal: http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/pt/noticias/03_2006.

6. Índice geral.

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introdução. | |
| 1.1. Objeto..... | 3. |
| 1.2. Metodologia..... | 5. |
| 2. A eficiência: princípio jurídico constitucional da Administração Pública. | |
| 2.1. A eficiência e o cenário de reforma da Administração Pública..... | 5. |
| 2.2. A «constitucionalização» do princípio da eficiência..... | 11. |
| 2.3. O princípio constitucional da eficiência no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil..... | 15. |
| 2.4. A concepção diferenciada da eficiência como princípio jurídico de direito público..... | 18. |
| 3. O controle da eficiência na execução dos serviços públicos em regime de concessão. | |
| 3.1. O novo regime de concessão dos serviços públicos como um dos fenômenos da privatização das tarefas públicas: mecanismo de concretização do princípio da eficiência. | |
| 3.1.1. A nova «face» do contrato de concessão de serviços públicos no Estado contemporâneo e «pós-social»..... | 19. |
| 3.1.2. A privatização no âmbito da execução e da gestão dos serviços públicos..... | 25. |
| 3.2. A eficiência: novo critério de controle administrativo da execução dos contratos de concessão de serviços públicos. | |
| 3.2.1. O critério de controle da eficiência..... | 28. |
| 3.2.2. O controle administrativo da gestão ineficiente dos serviços públicos..... | 33. |
| 3.3. Os mecanismos de controle administrativo da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos. | |
| 3.3.1. O interesse público e a eficiência como fundamentos dos mecanismos legais de controle..... | 38. |
| 3.3.2. Uma breve análise dos poderes legais de controle da eficiência durante a execução do contrato de concessão de serviços públicos..... | 43. |
| 3.4. O Estado gerencial e regulador da eficiência: a descentralização do controle administrativo nos contratos de concessão de serviços públicos. | |
| 3.4.1. O Estado gerencial e regulador da eficiência: repartição dos poderes de controle..... | 50. |
| 4. Conclusões finais..... | 56. |

| | |
|----------------------|-----|
| 5. Bibliografia..... | 58. |
| 6. Índice geral..... | 61. |

Aluno: DANIELA BANDEIRA DE FREITAS

**O CONTROLE ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA NA
EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS EM PORTUGAL E NO BRASIL.**

Relatório da disciplina DIREITO ADMINISTRATIVO “C”, apresentado ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito à conclusão da parte académica obrigatória à obtenção do título de mestre.

Professora examinadora:

Professora Doutora Maria João Estorninho.

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Nota atribuída: _____.

Lisboa, ____ de _____ de _____.