

C) Contratos administrativos

C) Administrative contracts

REGULAÇÃO CONTRATUAL: UMA REVISITA CONTEMPORÂNEA À TEORIA DO ATO-CONDIÇÃO

CONTRACT REGULATION: A CONTEMPORARY REVISITATION TO THE THEORY OF ACT-CONDITION

MÁRCIO MONTEIRO REIS

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Ibmec/RJ. Doutorando e Mestre em
Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
mreis@bfm.com.br

Recebido em: 30.05.2017
Aprovado em: 12.06.2017

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O presente artigo se propõe a investigar, a partir da contextualização adotada, nesta abordagem, dos institutos da regulação contratual e da concessão da prestação e serviços públicos, o sentido e alcance do conceito de regulação à conformação da relação de prestação de serviço público tendo em vista a natureza complexa do vínculo jurídico da concessão, que envolve atos unilaterais do Poder Público, as chamadas cláusulas de serviço, e ato bilateral, consistente na declaração de vontade do concessionário ou permissionário de se submeter a essas regras para prestar o serviço, salvaguardado, todavia, pela garantia constitucional de preservação do equilíbrio econômico-financeiro das condições oferecidas em sua proposta. A partir do conceito de "ato-condição", verifica-se a maior profundidade da regulação administrativa contratual na relação da concessão e, com isso, a forma de garantir a prestação de serviços públicos de acordo com os níveis de qualidade definidos pelo Poder Público para fruição pelos usuários.

ABSTRACT: Departing from the contextualization of the institution of contract, concession and public service regulation adopted in this approach, the present article aims at investigating the meaning and reach of the concept of regulation to the conformation of the relation of rendering public service in light of the complex nature of the juridical binding of concession, which involves unilateral acts of the Public Power, the so-called service clause, and bilateral acts, present in the statement of will on the part of the concessionary to submit to such rules to render the service, protected, however, by the constitutional guarantee of the preservation of the economic balance of the conditions offered in his proposal. Based on the concept of "act-condition", one verifies a greater depth of contractual administrative regulation in the concession, and with that, the means to guarantee the rendering of public service in accordance to the quality standards defined by the Public Power for user fruition.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação econômica – Regulação contratual – Serviço público – Concessão da prestação de serviços públicos – Relações jurídicas complexas – Ato-condição – Conformação contratual – Alocação de riscos – Incompletude contratual – Contratos relacionais – Solução de conflitos – Arbitragem – Arbitragem em contratos de concessão.

KEYWORDS: Economic regulation – Contract regulation – Public service – Concession to render public service – Complex juridical relations – Act-condition – Contract conformation – Risk allocation – Contract incompleteness – Relational contract – Conflict resolution – Arbitrage – Arbitrage in concession contracts – Contractual administrative regulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regular por contrato. 3. Dupla natureza das atividades inerentes ao Poder Concedente: regulação política e regulação técnica. 4. Regulação contratual: conformação do serviço ao interesse público cambiante. 5. Atribuição de riscos e a completude possível dos contratos de concessão de serviço público. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Tratar do tema regulação não é tarefa fácil, mesmo porque seu conceito é extremamente amplo e costuma variar significativamente de um autor para outro¹. Baldwin, Cave e Lodge sustentam que as origens da regulação remontam, na Inglaterra, pelo menos ao período dos Tudor e Stuart, ressaltando a importância que tomou a regulação no século XIX, quando a revolução industrial

-
1. Segundo José Luís Saldanha Sanches, o conceito de regulação “é pelo menos tão fugidivo e ambíguo como o conceito de direito económico ou constituição económica” (SANCHES, José Luís Saldanha. *A regulação: história breve de um conceito*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 60, 2000. p. 9). Nas palavras de Jacques Chevalier, “on est ici renvoyé à l'idée de régulation mais qui ne présente précisément qu'une fausse clarté: le terme est en effet issu du champ scientifique et le passage de l'univers des paradigmes scientifiques à celui des représentations idéologiques est toujours accompagné d'un flou conceptuel propice aux effets de légitimation; la régulation est ainsi devenue un de ces mots passe-partout “omnibus”, un de ces “gadgets” dont le contenu est de plus en plus vague, imprécis, incertain. La profusion de significations que recèle désormais une formule qui amalgame des conceptions très différentes, voire contradictoires, du rôle de l'État, explique largement cet effet de mode” (CHEVALIER, Jacques. *L'État régulateur*. *Revue Française d'Administration Publique*. n. 111, 2004/3. p. 473). Na observação de Barak Orbach, trata-se de um dos conceitos mais usados recentemente e mais incompreendidos: “Nonetheless, the term ‘regulation’ appears to escape a clear definition. Although regulation has been one of the most controversial topics in law and politics, it has also been one of the most misunderstood concepts in modern legal thinking” (ORBACH, Barak. *What is regulation?* *Yale Journal on Regulation Online*. v. 30:1, 2012. p. 2).

Como ocorre em qualquer tipo de contratação, o ideal é que seja adequadamente instituída uma matriz de risco e estabelecido o tratamento que as partes devem dar a eventos aleatórios e fora de seu controle. Mais do que isso, no entanto, tais contratos funcionam como um poderoso instrumento de regulação e, nesse sentido, é importante que sua redação seja cuidadosa e clara quanto aos padrões de conformação do serviço, metas de qualidade a serem atingidas, parâmetros e requisitos a serem observados e institua os mecanismos e procedimentos adequados para o exercício dos poderes regulatórios que passarão a ser desempenhados por todos os entes envolvidos, especialmente naqueles casos em que o poder concedente político for exercido de modo apartado do poder concedente regulador.

6. CONCLUSÃO

Como se viu, a regulação dos serviços públicos é dotada de características especiais que formam o ambiente propício para o desenvolvimento de um tipo específico de regulação: a regulação administrativa contratual. Ao longo do presente estudo procurou-se examinar suas características principais, vantagens e cuidados que deve inspirar. Destacam-se, a seguir, alguns pontos sobre os quais se debruçou:

1. A regulação dos serviços públicos, ao contrário da regulação de atividades econômicas privadas, incide sobre atividades que foram suprimidas do âmbito da livre iniciativa. Pelo fenômeno da *publicatio* tais atividades, revestidas de especial interesse público, passam a ser titularizadas pelo Estado. Só poderão ser prestadas por particulares se houver, previamente, uma iniciativa discricionária do Estado em delegá-las, hipótese em que permanecerão regidas por um regime de direito público.

2. Esse regime jurídico extravagante, próprio dos serviços públicos, permite uma abrangência mais ampla ao poder regulatório. Como não se aplica o princípio da livre iniciativa e o Estado apresenta-se como Poder Concedente, exerce um verdadeiro poder conformador sobre o objeto da atividade, que lhe permite comandar o seu exercício, determinando o modo como deverá ser prestado. Esse poder é exercido em razão do contrato de concessão, por meio do qual o Poder Público pode determinar uma série de obrigações e requisitos a serem respeitados pelo concessionário. Além disso, como espécie de contrato administrativo, os contratos de concessão de serviço público podem ser alterados unilateralmente, o que permite ao Estado alterar o modo de prestação do serviço a qualquer momento.

3. Ao contrário do que ocorre com a regulação das atividades essencialmente privadas, em que a regulação consiste essencialmente na limitação da

liberdade e dos direitos individuais por força do poder de polícia do Estado, exercido sempre nos termos da lei; a regulação dos serviços públicos utiliza-se do instrumento contratual, ao qual o concessionário se submete voluntariamente, acatando assim o comando administrativo quanto ao exercício do serviço delegado. Cabe à Administração Pública determinar os termos contratuais e, ainda, alterá-los unilateralmente quando entender conveniente e oportuno. Nesse caso, portanto, há um espaço de discricionariedade muito maior para as autoridades administrativas. Poderá a Administração Pública, por força da inserção de determinadas cláusulas no contrato, conformar a prestação do serviço ao modo que entender mais conveniente.

4. O exercício dessa regulação do Poder Concedente pode ser cindido em dois níveis: (a) a regulação política, normalmente exercida pela Administração Direta, responsável pela decisão quanto à oportunidade e conveniência de delegar ou não o serviço e de estabelecer as normas contratuais conformadoras do objeto da atividade e (b) a regulação técnica, exercida, em muitas ocasiões, por entidades reguladoras, frequentemente dotadas de autonomia reforçada.

5. A regulação administrativa contratual associa-se normalmente à regulação política e cabe precipuamente ao poder concedente político, a não ser que a lei disponha de modo diverso. Assim, caberá a ele tomar todas as decisões que digam respeito à eventual alteração das obrigações e direitos estabelecidos para a concessionária, assim como às atribuições e parâmetros de atuação do ente regulador que tenham sido contratualmente estabelecidas, excluindo-se aquelas que sejam oriundas diretamente da lei. Ou seja, seu espaço de atuação relaciona-se diretamente com o que a doutrina clássica chamava de ato-condição, que hoje se designa mais comumente como regulamento do serviço.

6. Aos entes reguladores cabe o exercício de outras funções também inerentes ao Poder Concedente, como fazer cumprir o contrato, fiscalizar a atuação da concessionária e manejar os instrumentos contratuais que sejam postos ao seu dispor durante a sua execução. A não ser que a lei expressamente assim disponha, não lhe caberá alterar o contrato, introduzir novas obrigações não previstas contratualmente ou exonerar daquelas previstas, o que normalmente se reserva ao poder concedente político.

7. Ainda que se reconheça que a extensão dos poderes regulatórios estatais são mais largos quando se trata de serviço público, em virtude do poder conformador que pode ser exercido nesses casos, deve-se considerar, por outro lado, que a existência do contrato também configura segurança adicional oferecida ao regulado. Há um contrato firmado entre as partes, no qual são estabelecidas obrigações a serem cumpridas e requisitos a serem observados, mas também as fontes de custeio e renda existentes. A relação entre as cláusulas

que permitem receitas para o concessionário e aquelas que lhe impõe custos formam uma equação que deve se manter equilibrada. O desequilíbrio dessa equação econômico-financeira cria para o concessionário o direito ao seu restabelecimento.

8. Os contratos de concessão de serviço público são firmados por longos períodos e usualmente tratam de atividades consideravelmente complexas. São exemplo típico de contratos incompletos. Como trata-se de um poderoso instrumento de regulação, é importante que sua redação seja cuidadosa e clara quanto aos padrões de conformação do serviço, metas de qualidade a serem atingidas, parâmetros e requisitos a serem observados e institua os mecanismos e procedimentos adequados para o exercício dos poderes regulatórios que passarão a ser desempenhado por todos os entes envolvidos. Além disso, o ideal é que haja a previsão de uma adequada matriz de risco, assim como de parâmetros e procedimentos a serem adotados diante da ocorrência de eventos imprevistos, fora do controle das partes.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr.-jun., 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard; WOOLF, FIONA. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? *World Bank Working Paper n. 14*. Washington: World Bank, 2003.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin e LOI GE, Martin. *Understanding Regulation*. 2. ed., Londres: Oxford University Press, 2012;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão do serviço público. *RDP*, São Paulo, 19/9, jan.-mar. 1972.
- BAUMOL, William J.; SIDAK, Gregory. *Transmission pricing and stranded costs in the electric power industry*. Washington: AEI Press, 1995.
- BINEMBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002.

- BOYD, James. The “Regulatory Compact” and Implicit Contracts: Should Stranded Costs Be Recoverable? *Discussion Paper 97-01, October 1996, Resources for the Future*. Disponível em: [<http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-DP-97-01.pdf>].
- CHEVALIER, Jacques. L'État Régulateur. *Revue française d'administration publique*. 2004/3, n. 111.
- COASE, Ronald. Problem of Social Cost . In: *The journal of Law & Economics*, vol. 3, out. 1960.
- COASE, Ronald. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1988.
- COASE, Ronald. The nature of the firm. In: *Economica*, new series, vol. 4, n. 16, nov. 1937.
- COOPER, Phillip J. *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*. Washington: CQ Press, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: Concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DROMI, Roberto. *Ecuaciones de los contratos públicos*. 2. ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008.
- ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.
- FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar.-ago. 2014.
- GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul.-set. 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro, FGV, 2014.
- HAYEK, Friedrich A von. The use of knowledge in society. In: *The American Economic Review*, vol. 35, n. 4, set. 1945.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Forum, 2014.
- MICHAELS, Robert J. Stranded investments, stranded intellectuals. *Regulation*, n. 1, 1996.
- MINOW, Martha. *Government by contract: outsourcing and american democracy*. Massachusetts: Harvard University Press, 2009.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Econômico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockman (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILLHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*. Disponível em: [http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf].
- NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio-jul., 2009. Disponível em: [<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>]. Acesso em: 04.07.2016.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 27. ed., 2015.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ORBACH, Barak. What is regulation? *Yale Journal on Regulation Online*. Vol. 30:1, 2012.

- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 29. ed., 2011.
- PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILLHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- SANCHES, José Luís Saldanha. A regulação: história breve de um conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60. Lisboa: 2000.
- SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia: da história*, tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011.
- SANTANA, Edvaldo Alves de. *Instituições, Governança Econômica e Incompletude dos Contratos: Teoria e Prática*. Disponível em: [https://www.gwu.edu/~clai/recent_events/2007/Edvaldo_Santana_Paper.pdf]. Acesso em: 04.07.2016.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, out. 1979.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A arbitragem no direito administrativo, de Alexandre Santos de Aragão – *RArb* 54/25-63 (DTR\2017\5646); e
- Concessões e permissões do serviço público, de Celso Ribeiro Bastos – *RDCI* 41/311-322, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 5/271-284 (DTR\2002\447);
- Serviço público: evolução conceitual e técnicas atuais de exploração, de Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega e Anna Dolores Barros de Oliveira Sá – *RTN* 4/15-33 (DTR\2014\9642).

