

## A NOVA LEI DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Flávio Dino de Castro e Costa<sup>(\*)</sup>

Introdução. 1. Serviço público. 2. A Constituição Federal de 1988. 3. Concessão e permissão. 3.1. — Terceirização e subconcessão. 3.2. — A intervenção. 3.3. — A caducidade. 3.4. — A encampação. 3.5. — A exceção do contrato não cumprido. 3.6. — Particularidades da permissão. Conclusão.

### Introdução

A redução dos encargos estatais com as atividades de interesse geral da sociedade transformou-se em objetivo central das ações governamentais empreendidas a partir do restabelecimento do regime civil no Brasil.

Tais iniciativas, parcialmente repelidas pelo legislador constituinte de 1988, foram finalmente condensadas, no plano normativo, na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Em consequência sobretudo da visão política que a inspirou, a citada Lei, ao fixar o regime aplicável às concessões e permissões de serviços públicos, preocupou-se nitidamente em ampliar o acervo de direitos e garantias dos concessionários e permissionários, em detrimento das chamadas cláusulas exorbitantes que tipificavam tradicionalmente tais institutos.

Essa afirmativa não exclui, entretanto, o reconhecimento de que as alterações operadas coadunam-se largamente com o preconizado por diversos doutrinadores, no tocante especificamente à reelaboração das decorrências normativas do princípio da supremacia do interesse público.

Com efeito, a imperatividade da incidência das garantias do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa na seara do Direito Administrativo tem sido defendida ardentemente em vários estudos.

No mesmo passo, a instância máxima de interpretação do direito federal em nosso País já consagrou jurisprudencialmente a admissibilidade de influxos de postulados próprios do Direito Privado no campo do Direito Público, resultando por igual na

(\*) Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão e Professor de Direito Administrativo na UFMA.

amenização do papel preponderante dos órgãos e entes públicos nas relações jurídicas estabelecidas com particulares. Vejam-se, por exemplo, as afirmações do Min. *Gomes de Barros* (1991:113) no RMS n. 407-MA:

«O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. ....

Percebe-se, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto.

Tal princípio muitas vezes prestou-se a deformações, servindo de justificativa para a implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.»

Com base nestas premissas, serão analisados neste trabalho alguns aspectos da Lei n. 8.987/95, demonstrando-se o seu caráter inovador em relação a vários ensinamentos doutrinários, ao mesmo tempo em que será feito o necessário cotejo com os dispositivos constitucionais pertinentes à matéria.

### *Serviço Público*

Para a fixação da abrangência da Lei em análise, são cabíveis algumas considerações sobre o conceito de serviço público.

*Jean Rivero* (1981:493) faz referência ao fenômeno contemporâneo da redução do «conteúdo jurídico da noção de serviço público», de modo que seriam detectáveis somente dois elementos comuns aos serviços públicos: a satisfação de uma necessidade de interesse geral e a dependência, direta ou indireta, de uma autoridade pública.

*Marcello Caetano* (1991:1067) também refere-se à presença da autoridade pública na atividade em foco, mas ao abordar o fator *necessidade*, vai além de *Rivero*, na medida em que vincula o serviço público ao atendimento de uma «necessidade coletiva individualmente sentida». Por tal razão, essa modalidade de atuação administrativa é vocacionada para a «prestação de utilidades concretas aos indivíduos», com a consequente exclusão de atividades como a diplomacia, a gestão da política econômica e a defesa externa.

*Ruy Cirne Lima* (1987:82) alberga os mesmos elementos conceituais estabelecidos por *Caetano*, acrescentando o destaque à historicidade do conceito em análise, ao afirmar:

«Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, *assim havido num momento dado*, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.»

Ilide-se, desse modo, a idéia de serviços públicos «por sua própria natureza», em prol da consagração da tese de que cada Estado, à luz de uma dada realidade histórica, apõe o «carimbo» que entende conveniente às diversas atividades prestacionais.

*Eros Roberto Grau* (1991:144), nesse particular, tem o mérito de estabelecer o nexo entre o conteúdo de tal escolha e a disputa político-ideológica entre capital e trabalho. Diz ele:

«Pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo).»

Sob essa ótica, o arbitramento desse conflito, com a delimitação do âmbito dos serviços públicos e a concretização dos elementos conceituais genéricos acima referidos é indiscutivelmente um problema que demanda solução constitucional, em face de sua repercussão em diversos direitos fundamentais, tais como o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa, o direito à saúde e à educação etc.

## 2. A Constituição Federal de 1988

Com base no pressuposto acima fincado, a Carta Política em vigor, ao tratar dos serviços públicos, definiu aqueles que o são por imperativo constitucional: serviço postal e correio aéreo nacional; serviços de telecomunicações, incluindo transmissão de dados; serviços de radiodifusão; a geração e fornecimento de energia elétrica; serviços de transporte, inclusive infra-estrutura portuária e aeroportuária; serviços de estatística, geografia, geologia e cartografia nacionais; serviços locais de gás canalizado; educação, saúde e previdência social.

Não obstante não seja tal enumeração taxativa, ela demarca o âmbito em que a atividade prestacional sob o regime de Direito Público será inequivocamente legítima. A ampliação de tal campo poderá ser procedida tanto por meio da manifestação do poder constituinte derivado como por intervenção do legislador infraconstitucional, que estará, entretanto, nesta última hipótese, sujeito ao controle jurisdicional. Tal dilatação não pode infringir o princípio da livre-iniciativa, consagrado reiteradamente pela vigente Lei Básica Federal (arts. 1º, IV, 5º, XIII, 170, *caput* e parágrafo único), o que obviamente só pode ser aferido à luz do caso concreto submetido ao aplicador do Direito «num momento dado», consoante destacou *Cirne Lima*.

Portanto, são precipuamente às tarefas estatais arroladas que se dirigem as disposições da Lei n. 8.987/95, exceção feita aos serviços de radiodifusão, por vontade expressa da norma (art. 41), e às atividades não exclusivamente públicas nos termos da Constituição (educação, saúde e previdência social).

## 3. Concessão e permissão

A Constituição Federal consagrou somente esses institutos como modalidades de execução indireta dos serviços públicos, a teor do seu art. 185:

«Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.»

Atendeu, assim, o Texto Magno aos justos reclamos de parte da doutrina contra a classificação das autorizações como mecanismo de delegação de serviço público. Trata-se, na realidade, de derivações especiais do poder de polícia, que impõe, nesses casos, um *non facere* aos particulares: não pôr o serviço à disposição da coletividade sem que haja a aprovação administrativa.

Muito embora seja nítido ter o constituinte desejado prever dois regimes distintos para regência das relações entre a Administração e os particulares, a ausência de diretrizes claras para o estabelecimento de suas fronteiras fez com que a Lei n. 8.987/95, na prática, quase que os igualasse. Essa aproximação tem sua gênese indubitavelmente na redação do parágrafo único e do inciso I do art. 175 retrocitado:

«Art. 175 — *omissis*.

Parágrafo único — A lei disporá sobre:

I — O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.»

Como se constata, as permissões foram classificadas como *contratos*, em confronto com os contornos geralmente traçados na doutrina, opondo a natureza contratual das concessões ao *status* de ato unilateral ostentado por aquelas.

Não há como, pois, apontar-se vício de inconstitucionalidade no art. 40 da Lei em análise, sem embargo de sua inconveniência por consagrar a confusão entre os institutos, ao dizer:

«Art. 40 — A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único — Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.»

A igualação só não é total se atribuído um peso preponderante aos caracteres da precariedade e da revogabilidade unilateral no momento do desfazimento do vínculo, consoante será exposto mais adiante, sem contudo desprezar a *voluntas legis*: deve-se sempre buscar a interpretação que submeta as permissões aos mesmos comandos legais incidentes sobre as concessões.

Frise-se que a qualificação das permissões como contratos de adesão em nada contribui para distingui-las das concessões, já que a impossibilidade de discussão ou de modificação substancial das cláusulas contratuais é característica geral dos contratos administrativos.

Em seguida, serão minudenciadas algumas facetas da Lei em comento, que certamente suscitarão largas discussões entre os operadores jurídicos.

3.1 Terceirização e subconcessão

A Lei n. 8.987/95 quis conferir ao concessionário duas possibilidades de partilhar com terceiros os encargos decorrentes da avença celebrada com o Poder Público.

Na primeira delas — uma modalidade de «terceirização» — enuncia a lei:

«Art. 25 — *omissis*

§ 1º — Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º — Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.»

Em que pese a todas as cautelas do legislador em realçar a manutenção da plena responsabilidade do concessionário, bem como a submissão do terceiro às regras regulamentares já estabelecidas, a «terceirização», nos moldes pretendidos, incide em inconstitucionalidade. A *uma*, porque, com a concessão, a titularidade do serviço continua a pertencer ao Estado, como deseja a Constituição, de modo que a disponibilidade sobre a atividade não migra *jamais* para o particular. A *duas*, por haver nesta hipótese uma desconsideração ao princípio da impessoalidade, na medida em que o concessionário contrataria ao seu alvedrio, sem a necessária observância de parâmetros objetivos para a escolha do contratado. Por fim, como decorrência do mesmo fenômeno indicado, consagrar-se-ia uma afronta à regra da licitação pública (art. 37, XXI, da CF), no momento em que um serviço essencial à coletividade passasse a ser executado sem a prévia aferição da excelência do agente e de sua habilitação jurídica, econômico-financeira e fiscal.

A «terceirização» esbarra, dessa forma, no caráter personalíssimo de que, em regra, os contratos administrativos são revestidos.

A esse propósito, *Jean Rivero* (1981:522) assinala:

«Essas obrigações (do concessionário) têm um caráter pessoal: tendo a concessão sido atribuída *intuitu personae*, o concessionário não a pode ceder, nem subcontratar, exceto com autorização.»

Entre nós, *Celso Antonio Bandeira de Mello* (1993:327) é ainda mais enfático:

«A concessão é um ato *intuitu personae* por excelência.

.....

De conseguinte, não pode o concessionário, sob nenhum título ou pretexto, transferir, total ou parcialmente, a concessão. Nem mesmo se o concedente autorizasse ou concordasse seria factível esta transmissão, pois, se isto ocorresse, haveria burla ao princípio da licitação, de vez que, conforme mais além será esclarecido, a Administração não dispõe de liberdade absoluta na escolha do concessionário.»

No tocante à subconcessão, não subsistem os empecos acima apontados, à vista das regras adotadas pela lei, *in verbis*:

«Art. 26 — É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º — A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência;»

Nessa circunstância, a titularidade pública do serviço é respeitada, já que é imperativa a prévia e expressa anuência do poder concedente, bem como haverá necessariamente certame licitatório para seleção do subconcessionário, com a conseqüente proteção aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

### 3.2. A Intervenção

Tal instituto tem inequívoco caráter punitivo, conforme demonstram *Jean Rivero* (1981:147) e *Marcello Caetano* (1991:83), na medida em que é cabível para garantir «a regularidade e a continuidade» do serviço, sem exonerar o concessionário das despesas com o empreendimento.

O preceito legal correspondente consagra esta orientação, conforme se pode ler:

«Art. 32 — O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.»

O dispositivo subsequente a este, entretanto, longe de repisar verdades preestabelecidas, traz grandes inovações à matéria *sub examine*, ao enunciar:

«Art. 33 — Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.»

Assim, identifica-se, em primeiro lugar, a submissão da intervenção a uma espécie de cláusula resolutiva: a não instauração do processo ou sua procrastinação além do prazo fixado (art. 33, § 2º) determina a cessação dos efeitos da sanção, com o retorno ao *status quo ante*.

Tanta relevância ao processo administrativo traduz, na realidade, uma opção política do legislador em extrair, neste tema das concessões, todos os efeitos possíveis do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

As virtudes do processo jurisdicional — e espera-se que só essas — devem estar presentes também quando da decretação da intervenção, de maneira que a necessária participação do particular na formação do ato decisório venha a ampliar a legitimidade do exercício da função administrativa do Estado.

Juntando-se à ampla publicidade existente nos processos jurisdicional e legislativo — naquele pela imperativa participação dos cidadãos, neste pela fiscalização cotidiana por parte dos grupos organizados e da mídia — a processualidade administrativa aproxi-

ma o Estado contemporâneo do ideal democrático de «governo do poder visível», consoante expressão de *Norberto Bobbio* (1989:83).

O Código de Procedimento Administrativo Português, comentado por *Fernando B. Ferreira Pinto e Guilherme Frederico Dias P. da Fonseca* (1993:29), reporta-se, a esse propósito, ao «princípio da participação» para consagrar:

«Art. 8º — Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código.»

Mas o preceito em foco não inovou só no que tange à proteção desse princípio.

Observa-se, de outra face, o reenquadramento do postulado da presunção de legitimidade dos atos administrativos, assim delimitado por *Hely Lopes Meirelles* (1991:135):

«A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade.

.....  
Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca.

Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia.»

Com a posição adotada pelo legislador, esses clássicos ensinamentos tornaram-se parcialmente inaplicáveis ao caso, posto que o processo administrativo objetiva fundamentalmente «comprovar as causas determinantes da medida». Não há espaço, pois, para a inversão do *onus probandi*, que recairá sobre o poder concedente.

O ordenamento jurídico pátrio trilhou, então, uma vereda sintonizada com as teses de *Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández* (1991:890) concernentes à identidade de princípios entre o Direito Sancionador Administrativo e o Direito Penal e o Processual Penal. Dentre esses, insere-se o da «prova verificada da realidade da conduta reprovável», segundo o qual:

«A presunção de legalidade dos atos não implica uma transferência do encargo da prova que normalmente corresponde à Administração (...); o que a presunção de legalidade transfere é, simplesmente, o encargo de acionar ou de impugnar a decisão para destruir a presunção de validade de que se beneficia, mas a impugnação poderá fundamentar-se justamente na falta de prova de que a decisão administrativa partiu. (...).

Por outra parte, compreende-se que gravar ao sancionado com o encargo de provar sua inocência é condená-lo a uma falta de defesa quase absoluta, ou, em outros termos, legitimar a Administração para sancionar à sua vontade quem quiser e pelo que quiser.»

Isso equivale a dizer que, diante da decretação da intervenção, ao concessionário põem-se duas alternativas não excludentes: discutir na via administrativa em processo com ampla defesa e paridade de armas, inclusive no tocante às provas, ou buscar imediatamente o remédio judicial, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

### 3.3. A Caducidade.

O diploma legal em estudo introduziu basicamente duas novas exigências concernentes às formalidades para a decretação válida da caducidade.

Consoante a primeira delas, deve ser dada oportunidade ao concessionário para que este obtenha uma espécie de anistia, como se constata:

«Art. 38 — *omissis*.

§ 3º — Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.»

Muito embora a delimitação desse prazo esteja na esfera discricionária da Administração, o seu dimensionamento não pode inutilizar a vontade da lei, sendo plenamente possível o controle jurisdicional com arrimo nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Após o pré-aviso ao concessionário, e permanecendo, aos olhos do concedente, a inexecução do contrato, este tem o poder-dever de instaurar o processo administrativo para a verificação da inadimplência. A semelhança do exposto em relação à intervenção, presume-se a inocência do concessionário, de modo que o *onus probandi* da falta grave recaia sobre o Poder Público.

A processualização da atividade administrativa sancionatória, além das consequências já apontadas, tem influência direta sobre a *qualidade* da decisão que será proferida pelo agente competente, pois os princípios do contraditório e da ampla defesa exigem deliberações motivadas, conforme o escólio de *Odete Medauar* (1993:107):

«Pela motivação se percebe como e quanto determinado fato, documento ou alegação influiu sobre a decisão final. ....

Além disso, a motivação propicia o reforço da transparência administrativa e do respeito à legalidade: da motivação emergem as normas jurídicas que levaram a administração a adotar uma decisão, sua pertinência aos fatos embasadores e o iter lógico seguido no processo, se for o caso.»

Tais elementos são essenciais para o *controle* sobre a faceta administrativa do Estado, posto que esta, mesmo que aja com alguma discricionariedade, não é jungida somente por parâmetros extrínsecos de validade ou pelo necessário acatamento da finalidade eleita pelo legislador; a Administração deve sempre buscar a «melhor solução para a realização do interesse público», conforme assinala o mestre português *José Carlos Vieira de Andrade* (1991:374).



O controle mencionado não deve ser compreendido apenas na sua manifestação jurisdicional — limitada pelos aspectos da conveniência e da oportunidade do ato administrativo —, mas também sob a ótica política, insita à noção de Estado Democrático.

Dentre as transgressões que acarretam a caducidade, uma é digna de enfoque especial, qual seja:

«Art. 38 — *omissis*.

§ 1º — A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

.....  
VII — A concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.»

O diploma legal nessa parte, embora coerente com o intuito de salvaguardar ao máximo os concessionários, foi incongruente com a reiterada valorização da processualidade administrativa já assinalada. Com efeito, ao exigir a existência de sentença transitada em julgado para a caracterização do inadimplemento da obrigação tributária, desprezou o legislador, por exemplo, o disciplinamento do processo administrativo fiscal da União efetuado pelo Decreto n. 70.235/72, aperfeiçoado pela Lei n. 8.748/93, o qual respeita as garantias constitucionais básicas do contribuinte (contraditório, ampla defesa, motivação das decisões etc.). Desconsiderou, igualmente, a presunção de liquidez e certeza referida no art. 3º da Lei n. 6.830/80 no tocante à «dívida ativa regularmente inscrita».

Ressalte-se, ademais, que uma interpretação meramente literal do preceito em foco implicaria a inutilização da sua força normativa, na medida em que a concessionária — necessariamente uma pessoa jurídica (art. 2º, II e III) — evidentemente não poderia ser submetida a ação penal por crime de sonegação fiscal.

Imprescindível, pois, a adoção de um enfoque teleológico e sistemático à atividade hermenêutica relativa a esse dispositivo, de modo que a perda da regularidade fiscal exigida no certame licitatório (art. 27 da Lei n. 8.666/93) acarrete alguma consequência ao contratado, mormente a cessação definitiva da execução da avença por culpa deste.

A esse propósito, milenar parêmia, exposta por *Carlos Maximiliano* (1990:249), preconiza que «prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade.»

Destarte, na hipótese de condenação criminal transitada em julgado, imposta contra mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes legais, por sonegação de tributos devidos pela pessoa jurídica, é possível a deflagração de processo administrativo conducente à aplicação da pena de caducidade, desde que observado o teor do art. 137 do Código Tributário Nacional. Com efeito, esse preceito elucida as circunstâncias em que a responsabilidade por infrações da legislação tributária é pessoal do agente, hipótese em que é vedada a declaração da caducidade em desfavor da concessionária. De regra, é essa a situação no caso de perpetração de crimes e contravenções, «salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou

emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito» — condição esta a ser debatida no curso do processo administrativo punitivo.

A par dessa hipótese, a aplicação da pena administrativa em foco é possível após qualquer ação judicial da qual decorra coisa julgada tornando irretorquível o reconhecimento da subsistência da sonegação fiscal. Em outras palavras, não é necessário que o Poder Público proponha uma ação para obter o provimento judicial, que seria de natureza declaratória, já que despicienda a propositura de ação condenatória para que a fazenda Pública receba seus créditos tributários. Dessa forma, ajuizando o concessionário, v.g., embargos à execução fiscal ou ação anulatória, e havendo sentença de mérito transitada em julgado, considerando improcedente a sua pretensão, aberta estará a possibilidade de instauração do processo administrativo. Essa conclusão é plenamente admissível não só pela teleologia do sistema jurídico, mas também pelo fato de o art. 38, § 1º, VII, não haver-se referido exclusivamente a *crime* de sonegação fiscal. Assim sendo, a expressão «sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais» não está indissociavelmente ligada aos tipos penais elencados na Lei n. 8.137/90, e sim a qualquer evento que implique o desaparecimento da regularidade fiscal impostergável para a celebração e manutenção do contrato com o Poder Público.

### 3.4. A encampação

O dispositivo legal pertinente assim está escrito:

«Art. 37 — Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.»

Dois aspectos são merecedores de análise. O primeiro deles diz respeito à exigência de lei autorizativa para a efetivação do resgate; o segundo, à previsão de indenização prévia.

Em face da primeira regra, ter-se-ia, na verdade, um deslocamento do sujeito competente para a aferição da ocorrência do interesse público ensejador da encampação. Tal atribuição — de caráter nitidamente administrativo — pertence precipuamente ao Poder Executivo, e não ao Poder Legislativo, consoante o sistema de tripartição funcional determinado pela Constituição Federal.

A outorga de competências tipicamente administrativas para o Poder Legislativo foi operada largamente pelo legislador constituinte de 1988 — não só no que tange à administração interna daquele Poder —, como se verifica, por exemplo, no art. 49, XII, XVI e XVII, mas constituem-se em *exceções* ao princípio da independência dos Poderes, as quais, por suas inserções na *Lex Legum* pelo constituinte originário, não merecem obviamente a pecha de inconstitucionais. Isso não ocorre, entretanto, com o deslocamento em análise, consagrado por intermédio de atividade infraconstitucional, em confronto com o Texto Magno.

Nesse caso, o controle de constitucionalidade da lei deve resultar na declaração de invalidade da expressão «mediante lei autorizativa específica», a fim de evitar que a

subordinação do Poder Executivo à lei se traduza em submissão ao Poder Legislativo, com a usurpação por este das competências que definem a essência daquele.

A participação do Poder Legislativo no processo de encampação já se operará imperativamente com a aprovação dos recursos necessários quando da votação da lei orçamentária, a teor do art. 167 da Carta Política.

Configura-se assim uma situação análoga às desapropriações, em que o juízo acerca do interesse social, da necessidade ou utilidade públicas é de responsabilidade do Poder Executivo.

Quanto à temática da indenização devida ao concessionário, a doutrina tradicionalmente assinala a necessidade de que ela abranja danos emergentes e lucros cessantes, em face da ausência de culpa por parte daquele. Entretanto, outra é a determinação que emerge da regra em análise, em decorrência da expressão «na forma do artigo anterior». Ora, esse preceito, ao qual se reporta o art. 37, trata tão-somente da quantia correspondente aos bens reversíveis — com dedução das parcelas referentes ao já amortizado ou depreciado. Não há espaço, pois, para a inclusão dos lucros que, em tese, seriam auferidos até o advento do termo contratual.

Ressalte-se que mesmo no terreno do Direito Privado a imposição do pagamento de lucros cessantes comporta exceções, a teor do art. 1.059 do Código Civil, *in verbis*:

«Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresse, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.»

Em se tratando a Lei n. 8.987/95 de lei especial e integrante do acervo do Direito Público, não há como invocar a aplicação supletiva dos princípios de Direito Privado, aos contratos administrativos, para invalidar a interpretação adotada.

Pertinente, ainda, a analogia com as desapropriações para lembrar que, em virtude da supremacia do interesse público, os lucros cessantes devidos ao expropriado — traduzidos na incidência dos juros compensatórios — somente são devidos entre a imissão na posse e a consumação do feito expropriatório, ainda que o proprietário estivesse desenvolvendo, por exemplo, um projeto de piscicultura que fosse lhe render elevados lucros nos dez anos que se seguissem. *Mutatis mutandis*, é essa a situação do concessionário diante da encampação.

Vale salientar que a indenização *prévia* é requisito de validade da efetiva retomada do serviço pelo concedente, diferentemente do que ocorre quando da decretação da caducidade (art. 38, § 4º, da Lei n. 8.987/95).

### 3.5. A exceção do contrato não cumprido

Reza o art. 1.092 do Código Civil que «nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro».

Por força do princípio da continuidade do serviço público, o instituto da *exceptio non adimpleti contractus* sempre teve sua aplicação restringida em relação aos contratos

de concessão. É o que expõem, por exemplo, *Jean Rivero* (1981:521) e *Maria Sylvia di Pietro* (1993:206).

A Lei n. 8.987/95 reiterou tal diretriz, afastando as teses conducentes ao abrandamento da restrição, como se depreende da leitura do seu art. 39:

«Art. 39 — O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único — Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.»

Nesse passo, diante do inadimplemento do Poder Público, resta ao concessionário buscar a via judicial para obter a rescisão da avença.

Destaque-se, entretanto, que a preservação do óbice ao instituto em análise não pode acarretar a supressão do direito do concessionário em obter tutela judicial de índole cautelar ou antecipatória, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF.

Cuida-se, assim, de situação em que só uma interpretação sistemática e atenta à incidência da Constituição pode salvar o preceito legal de inequívoca inconstitucionalidade, posto que as ameaças a direito, referidas pela Carta Magna, não são combatidas exclusivamente por decisões com trânsito em julgado.

É possível, em conseqüência, ao Poder Judiciário, presentes os requisitos constantes dos dispositivos processuais pertinentes, deferir liminar autorizadora da suspensão provisória da prestação de serviço devida pelo concessionário, sempre que lhe seja impossível ou profundamente gravoso prosseguir atendendo à coletividade, por força do descumprimento do contrato pela Administração.

### 3.6. Particularidades da permissão

O trespasse da prestação de serviços públicos mediante a permissão adotou, progressivamente, características inerentes ao regime das concessões, *v.g.*, a fixação de prazo ou a sua aplicação em atividades carecedoras de grandes investimentos por parte do interessado em assumi-las.

A Lei n. 8.987/95 estreitou ainda mais tal fronteira, consoante sublinhado no início deste trabalho.

Não obstante, as referências à precariedade e à revogabilidade unilateral (art. 40, *caput*) devem possuir algum significado prático. Este representa a derrogação da obrigatoriedade de o desfazimento do vínculo ser antecedido de processo administrativo, sem que isso caracterize afronta à Constituição, na medida em que, aqui, o *due process of law* deve ser temperado pela autonomia conceitual do instituto da permissão, assegurada pela própria Lei Básica.

Sempre remanescerá, contudo, o direito de o permissionário provocar a intervenção judicial, seja para invalidar o desfazimento se ilegal, seja para obter a indenização por danos emergentes.

Outras distinções subsistem, como por exemplo, a possibilidade de o permissionário ser uma pessoa física ou de a sua contratação ser por intermédio de outra modalidade de licitação que não a concorrência — hipóteses vedadas nas concessões.

#### Conclusão

A Lei n. 8.987/95, apesar da má técnica redacional em várias passagens, atingiu, sem dúvida alguma, os objetivos visados pelos seus idealizadores, consoante exposto na parte introdutória.

Posições doutrinárias e jurisprudenciais em prol de uma maior proteção aos concessionários e permissionários ganharam *status* normativo.

A consagração do primado da processualidade administrativa obriga a revisão das lições clássicas em torno da supremacia do interesse público, dos atributos do ato administrativo, da relação entre Administração e administrados.

Aproximaram-se ainda mais os contornos das concessões e das permissões, ao mesmo tempo em que se reforçou a tendência de rejeição das autorizações como modalidade de delegação de prestação de serviço público.

Essa pujança dos institutos analisados, decorrente do caráter sistematizador e inovador da Lei n. 8.987/95, tem ainda outra importante conseqüência: ao estimular a presença do capital privado na execução dos serviços públicos, sem que estes percam esse *status*, serve de barreira a um ímpeto privatizante destituído de parâmetros, preconizado por alguns como a única vereda para a «salvação nacional».

É possível, em suma, com a adequada aplicação da lei, obter um novo padrão de financiamento das atividades públicas, sem sacrificar a primazia do interesse público, o patrimônio do Estado e a soberania nacional.

#### Bibliografia Consultada

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1991, pág. 399.

BOBBIO, Norberto. «O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo». 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, pág. 171. (*Coleção pensamento crítico*, 63).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: 1988. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988, pág. 144.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil* v. 133, n. 32, pág. 1917, 14 fev. 1995, Seção 1.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de anulação de provimento de cargo público. Recurso em Mandado de Segurança n. 407. Estado do Maranhão e Maria de Jesus Leitão Mascarenhas e outros. Relator: Ministro Gomes de Barros. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 184, págs. 113-118, abr./jun. 1991.

- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 1991. 2 v. V.2: Agentes e bens, serviços públicos, polícia, garantias, processo administrativo.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, pág. 479.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 957.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 336.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, pág. 219.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pág. 426.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pág. 167.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 700.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 484.
- PINTO, Fernando Brandão Ferreira, FONSECA, Guilherme Frederico Dias P. da. *Código de procedimento administrativo: anotado e comentado*. 2ª ed. rev. aum. Porto: Elcla, 1993, pág. 271.
- RIVERO, JEAN. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, pág. 582.