

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO
REPUBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-799X
Edição 103 - fevereiro de 2009
R\$ 16,90

TARSO GENRO
O MINISTRO DA CIDADANIA

Editorial: ESPERANÇAS & RESPONSABILIDADES

ALTERAÇÕES DE PRAZO NAS CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Gustavo Binenbojm

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Transcrição da palestra proferida no Seminário
“Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”

Incumbido de falar sobre um tema dos mais delicados, que é “Prorrogações – Alterações de Prazo nas Concessões e Permissões de Serviço Público”, permitirme-ei fazer uma breve introdução sobre o tema, porque me parece ser esse um dos tópicos ainda pouco compreendidos em sua dimensão finalística, tanto pela doutrina como por parte ainda da jurisprudência de nossos tribunais.

Quando se fala em serviço público, há de se ter em mente que está se tratando de um conjunto de atividades que o Estado toma para si, seja como prestador direto, seja como regulador, tendo em vista a viabilização do fornecimento de algumas utilidades essenciais à população. Por outras palavras, a idéia de serviço público traduz atividades que, de tão essenciais, tão cruciais para a realização de direitos fundamentais das pessoas e para o desenvolvimento do país, não seriam plenamente realizadas ou satisfatoriamente implementadas se entregues, pura e simplesmente, ao domínio da iniciativa privada. Dessa forma, o regime jurídico dos serviços públicos deve ser compreendido como uma espécie de estratégia institucional do Estado, no sentido de viabilizar a realização de direitos fundamentais dos cidadãos e de promover o desenvolvimento do país, que, de outra forma, não se alcançaria.

A Constituição, no seu artigo 175, *caput*, menciona que compete ao Poder Público prestar os serviços públicos, direta

ou indiretamente; nesse segundo caso, mediante concessões e permissões. A prestação direta traduz a antiga idéia do serviço público como um serviço estatal, prestado por meio da instrumentalidade do Estado, dos seus servidores públicos, obviamente remunerados pela via orçamentária, com a oneração dos contribuintes. A outra via, resgatada nas últimas quadras do século XX e com muita força nesse início do século XXI, é a da prestação direta, mediante contratos de concessão e permissão desses serviços.

As concessões e permissões do serviço público são, portanto, uma espécie de acordo garantido pelo Estado, mediante o qual esse atrai a iniciativa privada para realizar por ele, com recursos privados, atividades que lhe incumbiriam prestar e realizar. O Estado, entretanto, faz esse acordo por uma via institucional, que são os contratos de concessão e permissão. Como o Estado tem inúmeras finalidades a acudir, e se vê jungido por recursos orçamentários limitados, ele lança mão da estratégia de utilizar a iniciativa privada não mais como um fim em si mesmo, mas tendo um fim instrumental para realizar os direitos fundamentais subjacentes à idéia de serviço público.

Nesse Seminário, tratamos de um direito fundamental básico: o direito de ir e vir, o direito de locomoção, que é inerente à dignidade de qualquer pessoa, não só para a realização do seu trabalho, para a realização do seu lazer, mas também

em uma dimensão objetiva de promoção do desenvolvimento nacional, da ocupação adequada do espaço urbano, tem uma íntima relação com o direito à moradia, com o equilíbrio nas grandes metrópoles.

Esse regime jurídico traduz aquilo que Norbert Reich chama de uma relação de dupla instrumentalidade. De um lado, o Estado atrai o setor privado para assumir concessões e permissões e através dele realizar finalidades que àquele incumbiria realizar – ou seja, o Estado utiliza as empresas privadas, gerando um regime jurídico pelo qual estas empresas serão induzidas ao cumprimento de finalidades que interessam a toda a sociedade –; e, de outro lado, a impossibilidade do Estado no ambiente constitucional, no Estado Democrático de Direito, de realizar eficientemente esse fim – de atrair as empresas privadas –, se não estabelecendo os marcos jurídicos claros dentro dos quais esses serviços públicos serão prestados. Essa atividade será explorada pelos concessionários e permissionários, sem que para isso ocorra qualquer tipo de confisco da propriedade privada, ou qualquer tipo de negação dos seus direitos. Esse é o marco básico da idéia de concessão e permissão de serviço público.

Apenas para lembrar, com a concessão ou com a permissão não se dá a privatização do serviço. O serviço conserva sua natureza pública, o que se garante pela aplicação ao regime das

empresas concessionárias e permissionárias de regras próprias do Direito Público, tais como uma regulação intensa de preços. Basicamente a teoria econômica fala em três tipos de regulação que retiram uma atividade do domínio puramente privado e a coloca no domínio do serviço público: regulação de preços, de quantidade e de qualidade do serviço prestado. Desta forma, a nossa realidade é vinculada ao direito romano-germânico, que trabalha com a idéia de um regime jurídico próprio de serviços públicos, considerando-se que no mundo anglo-saxônico tudo é atividade econômica, variando apenas o grau de regulação.

Essa regulação de preços dos serviços públicos é chamada de política tarifária. A política tarifária é um instrumento que o Estado tem para regular o preço que os concessionários podem cobrar dos seus usuários; é o coração de qualquer regime eficaz de prestação de serviços públicos. A tarifa paga pelo usuário está sujeita a um princípio fundamental, o princípio da modicidade, sem o qual o serviço público não atinge o seu fim, que é tornar-se acessível a toda a gente e, sobretudo, à população de baixa renda. De outro lado, essa tarifa não pode ser achatada ao ponto de inviabilizar a sustentabilidade do serviço. Ela tem que ser, nessa relação de dupla instrumentalidade, baixa o bastante para viabilizar a universalização do acesso dos usuários, mas suficientemente modulada para garantir a remuneração dos investimentos que o Estado exigiu do concessionário no momento em que o chamou, através de licitação, para celebração de um contrato de concessão ou permissão. Se a tarifa é achatada demais, alguma coisa não vai funcionar bem no serviço, ou então ocorrerá o que nós conhecemos como expropriação regulatória.

O papel do Estado, quando faz uma concessão ou permissão, é exercitar juízos de prudência, juízos de ponderação, juízos de razoabilidade, modulando o valor da tarifa com vistas a garantir a continuidade do serviço em boa qualidade, com adequação, com atualidade, permitindo que a tarifa seja módica, mas sem inviabilizar economicamente a continuidade do negócio.

Dentro dessa idéia, o Direito Positivo brasileiro, desde a Constituição, estabeleceu alguns princípios básicos que hão de ser observados em qualquer concessão ou permissão de serviço público que vise a harmonia dos interesses das partes. De um lado, os interesses sociais, promovidos pelo Estado ao criar um regime jurídico especial para o serviço público, que impõe a modicidade tarifária, que exige normas de segurança na prestação do serviço – no caso dos transportes, uma idade média máxima para a frota, exigências de comodidade, garantias quanto à continuidade e periodicidade do serviço para atender a todos os usuários –; por outro lado, o Direito vai assegurar basicamente aos concessionários algumas garantias mínimas de retorno desse investimento, que podem ser reduzidas a um único instituto do Direito Administrativo: o equilíbrio da equação econômico-financeira das empresas concessionárias e permissionárias.

Esse equilíbrio pode ser traduzido em uma velha idéia do Direito Civil, oriunda do Direito Romano, a idéia de sinalagma, de relação de equivalência entre as obrigações e os encargos dos concessionários e permissionários de um lado,

“AS TECNOLOGIAS SE TRANSFORMAM, NOVOS AVANÇOS EM TERMOS DE SEGURANÇA, DE CONFORTO, DE GARANTIAS DE ATENDIMENTO CONTÍNUO E ADEQUADO AOS USUÁRIOS LEVAM O PODER PÚBLICO A IMPOR NOVOS ENCARGOS, NOVAS OBRIGAÇÕES AOS CONCESSIONÁRIOS E PERMISSIONÁRIOS, E ESSAS NOVAS OBRIGAÇÕES NECESSARIAMENTE INCREMENTAM ENCARGOS.”

e as retribuições que lhe são previstas nos seus contratos de concessão ou permissão – ou previstas de alguma forma em lei ou ato normativo administrativo –, de outro.

A manutenção dessa relação de equivalência entre encargos de um lado e retribuições de outro é a garantia institucional oferecida pelo Direito. No caso do Direito brasileiro, de matriz constitucional, é reproduzida na Lei Geral de Concessões e Permissões, Lei Federal nº 8.987/95, que visa harmonizar os interesses dos concessionários e os interesses sociais.

Na verdade, essa harmonização pretende alcançar um grau otimizado de atendimento ao interesse público, porque não se pode imaginar um funcionamento saudável dos serviços públicos sem que os concessionários tenham direito à amortização dos seus investimentos, à taxa de retorno esperada em seus negócios e que possam com isso realizar investimentos para cumprir metas de universalização impostas pelo Poder Público, como por exemplo: a modernização dos equipamentos com que prestam os seus serviços e a garantia de segurança e conforto para os seus usuários. Dessa forma, a preservação, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é condição *sine qua non* para o bom funcionamento das concessões e permissões. Nada obstante disso, sabemos que o regime jurídico dos serviços públicos se caracteriza pela mutabilidade.

O Poder Público, quando faz a delegação contratual às empresas privadas, conserva para si um papel de regulador. Apesar de explorados por empresas privadas, as normas que vão presidir o funcionamento daqueles serviços são estabelecidas pelo Estado, que fixa o valor das tarifas, com maior ou menor flexibilidade.

Dentro dessa idéia, é natural que o regime jurídico possa se modificar. As tecnologias se transformam, novos avanços em termos de segurança, de conforto, de garantias de atendimento contínuo e adequado aos usuários levam o Poder Público a impor novos encargos, novas obrigações aos concessionários e permissionários, e essas novas obrigações necessariamente

incrementam encargos que, em contrapartida, devem ter algum tipo de remuneração como condição para garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Essa garantia tem repercussão direta no tema central da minha exposição, que é a possibilidade, ou não, de prorrogação do prazo de duração das concessões ou permissões de serviços públicos. Normalmente, quando há um incremento de um encargo, a solução que o Poder Público apresenta é uma dentre essas que elencarei a seguir.

Mais do que comum no Direito brasileiro são as chamadas gratuidades dos transportes coletivos, que, na realidade, não são gratuitas, considerando-se que na economia capitalista tudo é precificado. Se alguma coisa que custa não é remunerada, de algum lugar esse custo vai sair. Paul Samuelson, prêmio Nobel de Economia, diz que as coisas gratuitas normalmente valem o quanto custam. Em outras palavras, quando não se tem a fonte de custeio adequada, normalmente o serviço que se oferece não é aquele esperado.

Nesse sentido, dando exemplo de um poder diretivo que cria um encargo superveniente às concessionárias e permissionárias, a gratuidade dos serviços públicos – não prevista originalmente nos contratos de concessão e permissão – é uma inovação que incrementa um encargo e normalmente não é remunerada adequadamente nas diversas instâncias do Poder no Brasil. A fórmula de que o Poder Público tem se utilizado para remunerar adequadamente a instituição da gratuidade é, em primeiro lugar, a oneração dos demais usuários através de um incremento tarifário.

Muitas vezes, os concessionários e os permissionários deixam de postular aumento tarifário porque sabem que isso importará em perda de usuários, visto que a tarifa já se encontra no limite da sua modicidade e esse aumento não será possível, tampouco adequado para que o serviço público atinja os seus fins. No entanto, havendo essa margem, o incremento tarifário é delegado pelo Poder Público sob os mais diferentes fundamentos, todos eles normalmente convergentes para a idéia

de populismo tarifário, que é o que aconteceu na Argentina, muito recentemente, no setor elétrico.

Néstor Kirchner, ao eleger sua mulher, Cristina, como Presidente da República na Argentina, colocou um torniquete nas tarifas de energia elétrica do país, resultando em uma retração tão grande de investimentos no setor que o país mergulhou durante vários meses em um grande apagão elétrico, com prejuízo para a atividade econômica, para a geração de empregos e, sobretudo, para o dia-a-dia de vida dos cidadãos argentinos.

Uma outra possibilidade, que não o aumento tarifário, é a oneração dos contribuintes. A fonte de custeio pode não ser o pagamento de mais tarifas pelos usuários, mas o pagamento de mais impostos, de mais tributos pelos contribuintes, e nesse sentido há, inclusive, uma previsão constitucional de que novos benefícios assistenciais devem sempre se fazer acompanhar da respectiva fonte de custeio. Quando não o aumento tarifário, a revisão da estrutura tarifária pode servir de previsão em uma fonte orçamentária para fazer frente àquele novo encargo imposto ao concessionário. Também é uma prática comum no Brasil os governantes criarem, de maneira nem sempre responsável, esse tipo de benefício tarifário, de gratuidades ou descontos, sem a fonte de custeio orçamentária.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem sido implacável, a meu ver com toda a razão, na declaração da inconstitucionalidade dessas leis e atos normativos que, a pretexto de beneficiarem alguns usuários, irresponsavelmente não contêm uma fonte de custeio ou previsão de alguma reposição tarifária, prejudicando não só os beneficiários da gratuidade, mas todos os usuários, porque o serviço não terá condição de ser prestado da forma adequada.

Outras modalidades de reposição seriam: a criação de algum mecanismo de isenção fiscal que indenizasse os concessionários pelos encargos supervenientes; a redução de encargos em troca dos que foram incrementados; e, finalmente, chegamos à possibilidade de se haver, ou não, uma prorrogação de prazos, que representará uma forma de pagamento de indenização por pendências financeiras ainda não amortizadas que o Poder Público tenha gerado junto aos concessionários e permissionários. Essa prorrogação representará uma forma de pagamento de indenização, através dos recebíveis dos concessionários e permissionários, pelo prazo estendido nas suas concessões e permissões.

Essa idéia não é nenhuma originalidade da escola carioca de Direito Público, ela é defendida pelos mais ilustres publicistas brasileiros, desde o mestre saudoso Hely Lopes Meirelles, passando pelo mestre de São Paulo, Celso Antônio Bandeira de Mello, até professores mais jovens como Marçal Justen Filho, Carlos Ari Sundfeld, de São Paulo, Marcos Juruena, Alexandre Aragão, e outros publicistas da cidade do Rio de Janeiro. Essa é uma idéia que esbarra em um grande preconceito e, a meu ver, em uma dificuldade de entendimento sobre o papel do Poder Público na gestão das concessões e permissões de serviços públicos.

Quando se fala em prorrogação do prazo de uma concessão ou permissão de serviço público, trata-se de uma situação em que determinadas concessões que tinham um termo final, ou que já vigiam precariamente por prazo indeterminado – ou como em muitos casos, e essa é a realidade brasileira, de municípios que não tenham o instrumento formal de outorga –, são extintas pelo Poder Público, que transfere as pendências existentes com os concessionários e permissionários para um futuro Governo, preferencialmente de oposição. Normalmente isso acontece em períodos pré-eleitorais, em que a opinião pública aplaude iniciativas aparentemente revestidas de argumentos de moralidades, mas que no fundo, no seu espírito, podem prejudicar sobremaneira o bom funcionamento de um setor e, sobretudo, da população usuária.

A Lei Federal nº 8.987/95, recentemente alterada, prevê que o Poder Público deve ter uma conduta de responsabilidade fiscal no trato do dinheiro do contribuinte e na gestão do próprio serviço público. É preciso que, antes de qualquer medida tendente à extinção das concessões e permissões, haja um levantamento detalhado de todas as pendências financeiras que tenham surgido do Poder Público para com os concessionários e os permissionários, no que se refere àquelas determinações emanadas do próprio Poder Público e que geraram investimentos dessas empresas ainda não amortizados. Refiro-me, por exemplo, a bens reversíveis adquiridos pelo concessionário e transferidos, ao cabo da concessão ou da permissão, para o patrimônio público.

A Lei Geral de Concessões estabelece claramente que esses bens reversíveis devem ser indenizados – por exemplo: o não cumprimento de taxas de retorno por força de achatamentos tarifários; o estabelecimento de gratuidades ou descontos tarifários sem fonte de custeio; investimentos exigidos pelo Poder Público com modernização de equipamentos e realização de obras, com vistas à maior eficiência e à maior comodidade dos usuários –, caso não tenham sido amortizados no curso da prestação de serviço dentro do prazo estabelecido. Contudo, se o Poder Público assim não fizer, estar-se-á consagrando o confisco, o desrespeito ao direito de propriedade e a elevação do enriquecimento sem causa do Poder Público à condição de princípio constitucional.

É nesse ponto que entra a possibilidade da extensão de prazos de concessão, prática adotada em quase todos os países civilizados do mundo, como exceção e não como regra, mas, eventualmente, como a medida administrativa mais eficiente para atender aos interesses, não só dos concessionários, mas dos usuários, dos contribuintes e da sociedade como um todo. Refiro-me, usando a terminologia mais moderna do Direito Constitucional, a uma espécie de ponderação entre princípios constitucionais que o poder concedente não executa por favor, mas por obrigação. Sempre que se fala em prorrogação e alteração de prazo de uma concessão ou permissão, o princípio constitucional que vemos imediatamente como violado é o da licitação.

A Constituição, no seu artigo 175, *caput*, estabelece que a prestação do serviço público dar-se-á diretamente ou,

mediante concessão ou permissão, sempre por licitação. Pois bem, nessas prorrogações o que se imagina é que o princípio da licitação estaria sendo violado por esta não ter sido realizada ao término do prazo contratualmente previsto, ou nos casos de vigência precária de concessões e permissões que já vigem por prazo indeterminado. Esse princípio pode até não estar sendo atendido no momento da prorrogação, mas lembro que o princípio da licitação é um dentre vários outros princípios reitores da atividade da administração pública, e especialmente da prestação de serviços públicos mediante concessão ou permissão. Aqui posso mencionar quatro princípios básicos que nesses momentos cruciais podem justificar a ação da administração em realizar uma prorrogação/alteração do prazo final da concessão, da permissão.

Em primeiro lugar, o princípio da eficiência – elevado à condição de princípio constitucional ao ser introduzido no *caput* do artigo 37 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 19 de 98 – deve significar a maximização de resultados para a sociedade através da otimização dos recursos dela retirados pelo Poder Público. A idéia de gestão eficiente de recursos públicos é uma das aplicações mais importantes do princípio da eficiência. Se é possível não onerar o contribuinte com pagamentos de indenizações que, em muitos casos, municípios e estados não podem pagar, tamanha a magnitude das dívidas que têm com empresas concessionárias e permissionárias através da prorrogação do prazo, esta pode ser a melhor forma de realizar o princípio da eficiência; pode significar uma maneira de indenizar o concessionário, sem que haja desembolso por parte do Poder Público. O contribuinte agradece.

Além disso, há o princípio da economicidade previsto no artigo 70 da Constituição Federal, aqui entendido como a forma de otimizar o uso dos recursos públicos de uma maneira um pouco mais restrita. A idéia de que não pode haver dispêndio de recursos públicos, sem a demonstração de que se trata do melhor custo-benefício, se enquadra perfeitamente à prorrogação.

Além desses, o princípio da continuidade do serviço público, que poderia ser comprometido por licitações complexas, que podem se mostrar, na prática, litigiosas – muitas delas não chegando a bom termo –, acarretando necessariamente em prejuízo para a população usuária.

E, por fim, refiro-me a um princípio de segurança jurídica, que o Supremo Tribunal Federal, pela pena do ministro Gilmar Mendes, tem admitido como encartado na Constituição, que é o princípio da proteção da confiança legítima. Quem é induzido pelo Poder Público a realizar investimentos, a modernizar seus equipamentos, a pagar por gratuidades, a atender sem pagamento de tarifa determinados usuários sem a devida compensação, tem uma garantia constitucional de que de alguma forma deverá ser remunerado.

Como é que fica o princípio da licitação diante disso? Parece-me que a solução é menos complexa do que vem sendo cogitada, considerando-se que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição, quando exige a licitação como condição prévia

para contratos do Poder Público, diz expressamente: ressalvados os casos especificados na legislação.

Essas ressalvas costumam ser apresentadas pela doutrina como sendo: a inexigibilidade, quando a competição é inviável; ou a dispensa, quando o Poder Público, via Legislativo, entende que há razões suficientes de conveniência e oportunidade que afastem momentaneamente o dever de licitar com vistas a maximizar o interesse público e a melhor atender a sociedade. Esse último caso é disciplinado pela Lei nº 8.666/93.

Se a própria Constituição traz a janela constitucional pela qual é possível que leis estabeleçam exceções ao dever de licitar, mediante a criação de hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade, o que impediria que, nessas circunstâncias fáticas apresentadas, o legislador federal, estadual ou municipal, em relação aos serviços respectivos, pudesse concluir que a melhor maneira de preservar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão e permissão é não onerar o contribuinte, não onerar o usuário, não descumprir a Constituição criando enriquecimento sem causa por meio da alteração do prazo de vigência dessas concessões e permissões como forma de pagar aquilo que por direito é devido às empresas concessionárias e permissionárias? Não estou fazendo apologia ao fim das licitações. Acho que a licitação tem um papel importante, porém instrumental: garantir a isonomia entre todos os interessados e permitir a seleção da proposta que seja mais vantajosa para o Estado e para a sociedade.

Essa finalidade instrumental, todavia, pode ceder em algumas circunstâncias, elencadas pela Lei nº 8.666/93, nada impedindo, entretanto, que outras circunstâncias possam ser consideradas em busca do atendimento aos princípios da eficiência, da economicidade, da continuidade dos serviços públicos e ao princípio da proteção da confiança legítima. É assim que, a meu ver, deve ser interpretada a inovação legislativa introduzida no artigo 42, §1º, §§3º a 6º, da Lei nº 8.987/95 e pela Lei nº 11.445/07.

Cabe sinalizar apenas que o legislador federal, especificamente para os serviços públicos federais concedidos, estabeleceu um dever procedimental, através dos órgãos competentes, para que, antes da extinção dos contratos de concessão ou permissão, se realize um levantamento sobre as pendências financeiras de investimentos não amortizados, ou seja, de dívidas que o Poder Público Federal tenha contraído com as empresas concessionárias e permissionárias. Esse me parece ser o modelo que deve nortear o procedimento de estados e municípios, embora, por ser uma norma geral federal, não se aplique diretamente a estes.

A meu ver, esse procedimento é válido, possível, e a questão da licitação deve ser avaliada, caso a caso, verificando se trata-se de uma prorrogação sem fundamento ou se essa prorrogação concretiza, em relação às concessões e permissões do município ou Estado em questão, alguma espécie de remuneração de investimentos não amortizados, de bens cuja aquisição foi exigida aos concessionários; enfim, de encargos que foram incrementados e que não tiveram a devida retribuição.” 