

# JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO  
REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-779X  
Edição 89 - Dezembro de 2007  
R\$ 16,90



**IVES GANDRA**

**GUERREIRO  
DA EDUCAÇÃO**

**PROFESSOR EMÉRITO 2007 DO CIEE**

**Editorial: DEUS, OS PRESOS E A MISÉRIA HUMANA**



# POLÍTICAS PÚBLICAS: CONFIABILIDADE E CREDIBILIDADE

A questão da prorrogação das concessões e permissões de serviço público na Lei 8.987/95.

Sérgio Luiz Barbosa Neves

Procurador-Geral da Agência Reguladora de Transportes do Estado do Rio de Janeiro



Ao falar-se em políticas públicas, é comum iniciar-se com uma referência inicial à feliz distinção ocorrente na língua inglesa entre os termos *politics* e *policies*, o primeiro para designar políticas de um governo e o segundo para as ações de Estado ou, como mais freqüentemente utilizado no direito pátrio, políticas públicas. Em vernáculo, porém, política é a única e, portanto, usada ou deturpada o mais das vezes como retrato de desígnios de governo, no sentido de vontade partidária do bloco dominante, prevalecendo tal acepção prática em relação ao sentido de ações ou propósitos de Estado em prol do interesse público e da defesa da coisa pública.

Dessa observação, interessa-nos extrair as instabilidades administrativas daí decorrentes e suas conseqüências concretas no direito e na economia nacional. Iniludivelmente, um ordenamento jurídico que se propõe a assegurar princípios, como o da segurança jurídica e da continuidade do serviço público, não pode conviver com variações volitivas de relevo no âmbito legislativo e administrativo das diversas esferas de governo, ainda que equivalentes ao período do mandato.

Dificuldades na captação de investimentos, perda dos mesmos e impossibilidade de prestar serviços públicos universais, adequados e custeados por tarifas módicas, são algumas dos inexoráveis prejuízos concretos que advêm dessa

nefasta dissonância entre, de um lado, discurso e propósitos políticos e, de outro, as ações de estado.

Como bem assinala Mauro Nicolau Junior “Os dois fundamentos do Estado de Direito são a segurança e a certeza jurídica. A segurança e a certeza do direito são indispensáveis para que haja justiça, porque é óbvio que na desordem não é possível reconhecer direitos ou exigir o cumprimento de obrigações”. Prossegue, mencionando lições de Carlos Aurélio Mota de Souza, afirmando que a “segurança é fato, é o direito como *factum* visível, concreto, que se vê. A segurança se traduz objetivamente (Direito objetivo a priori), através das normas e instituições do sistema jurídico (como a *norma agendi* dos romanos). Já a certeza do direito (como um *posterius*) forma-se intelectivamente nos destinatários dessas normas e instituições (a *facultas agendi*, embora esta analogia não seja completa). (...) Dessa forma, a Segurança objetiva das leis dá ao cidadão a Certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito”. Mais adiante, conclui que, “em resumo, pode-se afirmar que a segurança jurídica e a certeza do direito integram o acervo do direito público subjetivo exigível de parte-a-parte entre indivíduo e Estado.”<sup>1</sup>

Uma premissa impende ser fixada neste momento: a segurança jurídica é de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito e está intimamente relacionada

com a conduta do Estado em sua atuação pragmática, isto é, não basta a sua inserção no ordenamento jurídico seja como princípio ou regra; é necessário que o Estado a respeite na prática rotineira de suas políticas públicas.

As políticas públicas devem assentar-se e traduzir o binômio confiabilidade e credibilidade. O Poder Público deve agir, no que diz respeito às políticas públicas, da forma mais neutra (política) e coerente possível, evitando comportamentos contraditórios, próprios de variação de humor, inapropriados à consecução do interesse público.

A conduta há de ser examinada sob o prisma objetivo, vedando-se, em nome da segurança jurídica, o comportamento contraditório capaz de atingir direitos ou expectativas lícitas e negociais de terceiros. Essa incoerência, cognominada por *venire contra factum proprium*, deve ser repudiada por nosso Direito. Originário do direito privado germânico, esse princípio não encontra óbices em sua aplicação no âmbito do direito público, em especial no momento atual, em que o consensualismo e a flexibilização ascendem em relevo no direito administrativo.

Concernente a essa aplicação do princípio acima anotado ao direito público, Pietro Perlingieri admite e ensina que:

“Le forti trasformazioni sociali, l'internacionalizzazione dell'economia, le innovazioni tecnologiche hanno avuto

sulla nozione di contratto un impatto dirompente. In pochi anni la figura contrattuale, anche in seguito a mutati climi politici, ha avuto ora forti diffidenze, quali simbolo di lebrale sopraffazione, ora notevoli utilizzazioni anche in settori tradizionalmente destinati alla prevalenza dell'interesse pubblico e collettivo (...) Altrettanto significativo è l'uso Del strumento contrattuale da parte delle pubbliche amministrazioni, impegnate più di ieri a misurarsi sulle apparenti antinomiche frontiere della discrezionalità amministrativa e dell'autonomia negoziale e a utilizzare, sia pure a volte sotto forme apparentemente innovative, strumenti di marca civilistica, pur nel rispetto delle loro prerogative specifiche collegate all'interesse pubblico.”<sup>2</sup>

Confiar e acreditar devem ser tidos em uma acepção muito mais ampla do que aquela restrita a um contrato ou a prática de alguns atos. Essa confiança e credibilidade são resultados de uma conduta longa, baseada em princípios e valores estáveis. Trata-se não de uma confiança individual, mas de uma confiança da sociedade em geral.

“Sociological approaches to trust emphasize the ability to take for granted the relevant motivations and behaviours of other. (...) the notion of trust as presumed reliability is very different from the rationalistic, or risky conceptions of trust in rational choice approaches. From a sociological

## “HÁ DE SE TER COMO PREMISSE QUE OS ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS ANTES DA CARTA DE 1988 GOZAM DE PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE, LEGALIDADE E VALIDEZ.”

*perspective, such an instrumental calculation reduces.*<sup>3</sup>

A sobredita confiança-cega está longe de ser uma realidade brasileira. A criação das agências reguladoras foi um grande passo nessa conquista, entretanto, a implementação do projeto das agências não é convergente a seus propósitos iniciais de criação consubstanciados na independência e autonomia administrativa e financeira em relação ao Poder Concedente, o que compromete a neutralidade de suas decisões e reduz a confiança nesse sistema.

Em resumo, confiança e credibilidade (*Treu und Glauben*) estão relacionadas com a boa-fé contratual e protegem expectativas lícitas. Podem ser tidas como:

*“El mandato de justificar em cualquier situación la confianza del outro en que quedarán a salvo la fidelidad y la rectitud, como es usual y necesario entre camaradas alemanes. En el pasado, por ignorancia liberal Del Derecho, se entendía parcialmente por Treu und Glauben um arreglo equitativo de los intereses encontrados de las partes contratantes, lo que no era sino una atrofia de su verdadero contenido. La exigencia de fidelidade representa mucho más que una mediocre limitación de los propios intereses; requiere una acción que en ningún momento pierda de vista la compenetración con los demás y, por ende, la gran comunidad (nacional) de la que somos responsables.”*<sup>4</sup>

A confiança no Poder Público há de ser vista, também, do ponto de vista do usuário, que tem por expectativa a continuidade de sua prestação, sua adequação e a modicidade tarifária. Todavia, ausente a confiança por parte do investidor, comprometidas restarão tais expectativas do usuário.

“Por força deste princípio, que, tal como os demais, não é exclusividade de nosso Direito, tendo sido igualmente formulado por Louis Rolland, a prestação do serviço público não pode ser interrompida sem motivo justificável. Este princípio tem por destinatários, a um só tempo, o concessionário e o Poder Concedente. Ao primeiro, incumbe evitar que a atividade de seu cargo sofra soluções de continuidade em detrimento do interesse dos usuários, assim considerados coletivamente ou individualmente.”<sup>5</sup>

A conduta esperada do Poder Público é a da manutenção das regras e, na medida em que prospecte uma alteração

legal ou contratual, espera-se que tal medida seja precedida de prévia audiência pública. Interessa ao presente trabalho, mais proximamente, sublinhar o trauma que o art. 42 da Lei 8.987/95 causou ao disciplinar que as concessões de serviços públicos outorgadas antes de sua entrada em vigor seriam válidas pelo prazo do contrato, impondo-se, vencido este prazo, a sua licitação. Essa mesma regra seria aplicada às concessões havidas em caráter precário, que estivessem com o prazo vencido e que estivessem vigorando por prazo indeterminado (§§ 1º e 2º do art. 42). A norma é aplicável, também, às permissões de serviço público (art. 41) e, a bem da verdade, proíbe a prorrogação de contratos, assim considerados como tal tanto as concessões quanto as permissões.

Trata-se de um ato legislativo, que demonstra que a segurança jurídica não consiste na coerência de conduta do Executivo, mas sim de todos os Poderes do Estado. Sob o propósito de editar norma geral e de encontrar abrigo no art. 175 da CF/88, o dispositivo sobredito foi introduzido em nosso ordenamento jurídico há mais de uma década e, até hoje, gera dissidências doutrinárias.

Primeiramente, porque essa norma não possui caráter geral e, portanto, não poderia ser aplicada a Estados e Municípios. Neste sentido, as lições do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Tais prorrogações não poderão jamais ser admitidas como operantes e produtoras de efeitos válidos para as órbitas estaduais, municipais ou distrital, porque só mesmo no âmbito autônomo de tais pessoas é que tais medidas, se e quando cabíveis, poderiam ser adotadas. Fora daí, o que ocorreria seria invasão inconstitucional de suas respectivas esferas jurídicas.”<sup>6</sup>

Assim, resta duvidosa a aplicabilidade do art. 42 da Lei nº 8.987/95 a Estados e Municípios, por força do princípio federativo e da autonomia conferida a esses entes, *ex vi* dos arts. 2º e 18 da CF/88, como também as suas competências suplementares consignadas nos arts. 24, 25 e 30, da Lei Maior.

De mais a mais, não se pode afirmar que o art. 175 da Carta Magna teve por escopo proibir as prorrogações dos contratos em curso ao exigir prévia licitação para as concessões e permissões de serviços públicos. O legislador infraconstitucional parece ter ido além neste passo. Observe-se que a Constituição e a Lei 8.987 receberam um sistema

posto em relação às concessões e permissões. A Constituição andou bem e exigiu licitação para as contratações a serem realizadas após a sua entrada em vigor. Todavia, a lei encontrou contratos em curso, nos quais residiam expectativas lícitas de recuperação dos investimentos, como também neles estão ínsitas a capacidade e a legitimidade administrativas do Poder Executivo em avaliar, por critérios de conveniência e oportunidade, a utilidade da prorrogação e da realização de uma nova outorga por licitação.

Nessa nova outorga, residem outros aspectos passíveis de questionamento: (i) a eventual usurpação de competência administrativa do Executivo pelo art. 42 da Lei nº 8.987; e (ii) o não reconhecimento da presunção de legalidade, de validade e de legitimidade dos atos administrativos que procederam à permissão de serviço público sem licitação, uma vez que esta não era exigida para tal fim antes da Carta de 1988.

Quanto ao primeiro, o dispositivo é passível de críticas por violação ao art. 2º da CF/88, por violação ao princípio da harmonia e independência dos Poderes. Essa espécie de ato imposto pela lei é de caráter administrativo e reside no campo do exercício do poder discricionário. Hodiernamente, “um entendimento correcto do poder discricionário implica, pois, a superação dos ‘mitos’ de uma noção restritiva de legalidade. (...) No Estado prestador de nossos dias, conforme se viu, uma boa Administração não se pode limitar à pura execução da lei, pois que aplicação da lei não é sinônimo de simples execução da lei.”<sup>7</sup> Isto é, a atribuição de poderes discricionários mais amplos ao administrador é típica do Estado social, sendo fundamental que a lei contemple conceitos jurídicos indeterminados e um campo de atuação discricionária considerável para o administrador, conferindo-lhe, também, maiores responsabilidades.

A regra do art. 42 da Lei 8.987 não se coaduna com o Estado brasileiro, que se propõe como garantidor de direitos fundamentais e de princípios como os da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um Estado que considera maduro o suficiente para um controle *a posteriori* da atuação do Executivo e não a subtração de competências e redução de seu espectro discricionário por uma lei.

“Em um Estado de Direito, o poder discricionário deve ser entendido como forma de a Administração manifestar a vontade do ordenamento jurídico relativo a uma situação concreta. A lei não pode prever todas as situações, pelo que à Administração é, muitas vezes,

atribuída uma possibilidade de escolha entre várias situações legalmente possíveis, a fim de que sejam os órgãos administrativos a concretizar a vontade legislativa, em função das situações jurídicas que vão ser reguladas. O que tem como consequência é uma constelação normativa que atribui à Administração uma responsabilidade muito maior do que aquela que existe na normal aplicação da lei.”<sup>8</sup>

No que concerne ao segundo aspecto, há de se ter como premissa que os atos e contratos administrativos praticados antes da Carta de 1988 gozam de presunção de legitimidade, legalidade e validade. O novo ordenamento jurídico construído a partir de então (1988) recebeu um conjunto de atos perfeitamente válidos se cumpridos os requisitos vigentes à época de sua concretização.

Por exemplo, se a prévia licitação não era um requisito de validade das permissões de serviço, aquelas havidas antes da entrada em vigor do art. 175 da CF/88 eram válidas e assim permaneciam após a entrada do novel texto constitucional, não podendo uma norma infraconstitucional por em dúvida a legitimidade, a legalidade, a validade e a probidade daqueles atos, impedindo que produzam efeitos que lhe são próprios, como a prorrogação, o que seria plausível ante a consagrada teoria dos efeitos imediatos da norma jurídica pugnada por Paul Roubier, que tem por fim solucionar os aparentes conflitos de leis no tempo. A segurança jurídica resta, neste aspecto, comprometida.

Independentemente de um posicionamento definitivo a respeito da constitucionalidade do art. 42 e de sua aplicação a Estados, Municípios e DF, fato é que o legislador andou mal ao editar a norma em comento, tanto que, logo em seguida, após alguns debates, editou a Lei nº 9.074/95 para atenuar o alcance da proibição da prorrogação das concessões e das permissões em algumas hipóteses.

A dúvida persiste em relação a outras modalidades de serviço público que ficaram ao desabrigo daquela lei e, por conseguinte, os princípios da confiança e da segurança jurídica não foram prestigiados e estão a produzir efeitos, ainda que não explicitamente, tanto no âmbito do direito quanto no da economia em detrimento dos interesses do povo.

Tanto, por si só, é bastante para consignar que o preceito legal em comento produziu um grande mal à confiabilidade e à credibilidade da execução das políticas públicas brasileiras.

### Notas Bibliográficas

<sup>1</sup> NICOLAU JUNIOR, Mauro. Internet, site saraivajur.com.br, página <http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=699> (acesso em 11.12.07).

<sup>2</sup> PERLINGIERI, Pietro. Nuovi Profili Del Contratto, in Rassegna di Diritto Civile, 2002, III, pp. 545-546.

<sup>3</sup> ANHEIER, Helmut e KENDALL, Jeremy. Interpersonal trust and voluntary associations: examining three approaches, in The British Journal of Sociology, vol. 53, n 3, 2002, p. 349.

<sup>4</sup> HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales del derecho civil – Introducción histórico-dogmática, Barcelona: Ariel, 1987, p. 91.

<sup>5</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo, Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 62.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 743.

<sup>7</sup> DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 2003, p. 86.

<sup>8</sup> DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Op. cit., p. 87.