

# JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO  
REPUBLICA FEDERAL DO BRASIL  
1988

ISSN 1807-779X  
9 771807 779000  
Edição 86 - Setembro 2007  
0 0 0 8 6  
R\$ 16,90



MINISTRO  
CARLOS ALBERTO DIREITO  
**GUARDIÃO DA CIDADANIA**

Editorial: **VIVER HONESTAMENTE**

# CONCESSÕES E PERMISSÕES NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Palestra proferida no Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, no dia 01/06/2007, em Campos do Jordão.

Marcos Juruena Villela Souto

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Toda questão que envolve uma concessão e uma permissão envolve uma relação com o mercado. Os problemas trazidos e os que pretendo colocar em debate são problemas que, de alguma forma, causam instabilidade às concessões e, com isso, investimentos são instabilizados, não interessando ao empresário, ao poder público que se vê, em última análise, em qualquer situação de desestímulo ao investimento, obrigado a atender esses interesses fundamentais, o que significa lançar mão de recursos que poderiam ser utilizados em outros setores para os quais não podem ser utilizados os recursos privados.

O princípio da livre iniciativa, em matéria de serviços públicos, impõe a opção primeira pela busca do capital privado, no qual ele se dispõe a investir para que o capital público possa ser investido em setores onde não pode ser detido o capital privado, quer pela falta de interesse em razão da falta de lucratividade, quer pela impossibilidade de gestão privada de funções que exigem a autoridade do Estado. Então, para esses casos, deve-se ser reservado o uso do capital público. Conseqüentemente, deve ser incentivado o uso do capital privado não só por um imperativo fundamental da Constituição da República que valoriza a iniciativa privada como, especialmente, para que o capital público possa ser empregado em setores que efetivamente reclamam uma presença marcante e maciça do Estado.

É nessa linha que pretendo conduzir uma apresentação de questões que envolvem uma instabilidade e que, portanto, exigem uma reflexão em eventos desse porte.

Uma primeira constatação a chamar atenção é que

houve uma enorme evolução no tratamento do tema das concessões no serviço público.

A concessão deixou de ser aquele contrato de extrativo bilateral firmado entre Estado e particular para representar uma relação quadrilateral, a qual representa a premissa não só do contratante, poder concedente do concessionário, mas, acima de tudo, voltada para o atendimento de um usuário que é o destinatário final dessa atividade estatal concedida, e com uma visão cada vez mais atualizada com a presença de um regulador que deve ser equidistante dos interesses políticos, do concedente e dos interesses econômicos financeiros, tanto dos concessionários quanto dos usuários.

Acho que a evolução de uma relação bilateral para uma relação quadrilateral não significa dizer que surge uma relação multilateral em que todas as entidades da federação e todos os poderes podem, de alguma forma, interferir na relação que tem um contexto bem definido. A presunção deve ser no sentido de que o poder concedente atua dentro dos limites da lei: a lei de concessões de serviço público, a lei de política tarifária e a lei que disciplina o próprio serviço público e autoriza essa gestão privada.

Exige-se a definição de quem é o poder concedente nas regiões metropolitanas. Isso, sem dúvida, cria uma instabilidade enorme em saber quem é a parte legítima para firmar o contrato.

Essa não é uma preocupação exclusiva do setor de transporte. O setor de saneamento vive com investimentos atrasados devido a essa indefinição que já paira sobre o Supremo Tribunal Federal há mais de 10 anos. Isso,

efetivamente, precisa ser objeto de algum tipo de definição. Há também um conjunto de dúvidas sobre a validade de uma pessoa não-política, ou seja, de uma pessoa administrativa, lotadamente autarquias, agências reguladoras exercerem o poder concedente.

Não são poucas as discussões levadas ao Poder Judiciário no sentido de que o artigo 2º da Lei de Concessões só contempla com o poder concedente as pessoas políticas, União, Estado e Município, o que, *data venia*, não deve representar uma correta interpretação do dispositivo, já que uma norma Geral Federal não poderia adentrar em imposição de limitações à organização administrativa dos Estados e Municípios que podem, portanto, atribuir esse poder a órgãos e agências reguladoras, como fazem hoje o Estado e o Município do Rio de Janeiro, por meio de autarquias e agências reguladoras.

Também é muito importante firmar uma distinção que é feita na constituição e, muitas vezes, é pouco trabalhada no âmbito da provocação do controle Jurisdicional. Os usuários de serviços públicos vão ao poder judiciário invocando o conceito de direitos do consumidor como se a relação de serviços públicos fosse uma relação privada, em que apenas interesses privados de consumidor e fornecedor estivessem em jogo, quando, na verdade, a relação de serviços públicos tem subjacente uma relação de solidariedade, de preocupação, de inclusão social, de atendimento da dignidade da pessoa humana e que implica uma necessidade, tanto de usuários que mais podem quanto do próprio poder concedente, de arcarem com os custos dessa solidariedade com vista à inclusão social.

Existe um outro conjunto de problemas que envolvem a pessoa jurídica do concessionário. Isso tem ensejado algumas declarações de inconstitucionalidade no âmbito do poder judiciário de leis que admitem a transferência da concessão pelo concessionário à outra pessoa jurídica, que não foi a vencedora de licitação, quando, na verdade, a idéia de execução personalíssima dos contratos de concessão já foi bastante atenuada pelo artigo 175 da Constituição Federal, quando exigiu que o contrato de concessão fosse executado por pessoas jurídicas, de modo que a idéia, no âmbito da reforma do Estado, é viabilizar o investimento privado. Para que o investimento privado ocorra onde haja recursos privados para disponíveis, é preciso tratar a concessão como um negócio que tenha liquidez, a qual deve permitir a transferência do fundo de comércio, observado o padrão de qualidade que tenha sido fixado na licitação.

Quando se faz a licitação, o que se quer é fixar um padrão de qualidade, um padrão de tarifas e não, necessariamente, a finalização do serviço público. Essa foi a idéia quando se impediu que serviços públicos fossem concedidos a pessoas físicas, mas sim a pessoas jurídicas. Portanto, pouco importa o titular das ações representativas do controle de uma empresa, mas sim o padrão de eficiência representado pela preservação, e da proposta vencedora e sua atualização no âmbito da execução no contrato de concessão.

Um outro problema é nos casos de concessões de serviços, especialmente os que envolvem o setor de transporte, dada limitação do equipamento urbano, não raro envolvem a atribuição do serviço público por meio da previsão de



Da esquerda: Dr. Marcos Juruena Villela Souto, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Paulo Ventura, Diretor da EMERJ, e Desembargador Querubim Swartz



Dr. Marcos Jurvena Villela Souto, Procurador do Estado do Rio de Janeiro

“CADA OBRIGAÇÃO INSTITUÍDA, QUALQUER QUE SEJA ELA, REPRESENTA UMA ELEVAÇÃO DE CUSTO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO, E CADA ELEVAÇÃO DE CUSTO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO PODE SIGNIFICAR UM UNIVERSO DE EXCLUÍDOS NO ACESSO A ESTE SERVIÇO PÚBLICO POR IMPACTO NO PRINCÍPIO DA MOTICIDADE DAS TARIFAS.”

segurança dos usuários, quer para a estabilidade econômica, financeira, dos concessionários que fizeram investimentos, acreditando na disciplina fiel pelo poder concedente desses serviços delegados.

Essas situações poderiam ser disciplináveis no âmbito do uso do instrumento das autorizações de serviços públicos e, como a autorização não tem um formato constitucionalmente previsto de precariedade, a disciplina da autorização pode se dar pela via infraconstitucional, definindo-se, como fez, por exemplo, a lei de telecomunicações, autorizações vinculadas a quem preenche requisitos e, a partir dessas autorizações vinculadas, certamente, uma disciplina mais intensa sobre estas atividades que estão acontecendo à margem da lei, sem qualquer compromisso com quem quer que seja, a não ser com os próprios transportadores irregulares.

O outro instrumento que talvez pudesse ser utilizado para a criação da legalização, que é pouquíssimo divulgado no direito brasileiro, é o das atividades comunicadas ao poder público. O que tem sido praticado, no âmbito do transporte ilegal de passageiros, é uma invocação de que, se aquela atividade não foi definida porque não preenche os requisitos de serviço público, ela não foi retirada do plano da livre iniciativa para ser atribuída a titularidade de estatal; e eu sou daqueles que ainda faz a distinção entre atividade em regime de livre iniciativa, de titularidade prioritária no setor privado, e serviços públicos, cuja titularidade pertence ao Estado, que podem ser desenvolvidos sob a forma de delegação a particulares por meio de concessões e permissões.

Este limbo, no entanto, é desconhecido, não se sabe até agora qual é o limite de razoabilidade em que essas atividades se encontram, ou no plano da livre iniciativa ou, ao revés, no âmbito da ilegal prestação de serviços públicos. A solução para esse tipo de problema era disciplinar o instituto das atividades comunicáveis, por meio do qual

o particular que exerce hoje uma atividade de transporte alternativo submeteria, a seu pleito, condições de trabalho ao poder concedente, que hoje não tem qualquer condição física, econômica, técnica de exercer fiscalização e saber quem está desenvolvendo essa atividade perturbadora.

Sendo assim, por essa via, que não representa um instrumento de consentimento de polícia, mas sim uma colaboração para exercício da fiscalização de polícia, se comunicaria ao poder público o exercício da atividade. O poder público examinaria as condições em que são desenvolvidas essas atividades e concluiria, ou pela legalidade, chamando para firmar os competentes termos de ajustamento de conduta, ou ao revés, a imposição de uma proibição. A vantagem disso é, de um lado, viabilizar o terceiro momento do exercício do poder de polícia.

O nome do professor Diogo de Figueira Moreira Neto sustenta que o poder de polícia é desenvolvido em quatro momentos: no comando de polícia, onde está estabelecida a limitação da liberdade individual em prol do interesse coletivo; o consentimento de polícia, em que o interessado vai ao poder público antes de exercer sua atividade; a fiscalização de polícia, que independe de provocação do particular e a administração exerce de ofício o poder de polícia e a sanção de polícia.

Falamos é de uma comunicação para que o poder público exerça a fiscalização de polícia que ele poderia exercer de ofício, mas, sem dúvida, não tem condições humanas, físicas, técnicas e financeiras de exercer. Uma vez provocado, isso traria vantagens para ambos, tanto para o concedente quanto para o particular que, em constatada sua ilegalidade de atuação, poderia se ver exonerado da punição, ao contrário do que deve acontecer se essa fiscalização de polícia é exercida sem qualquer comunicação ao poder público. Isso seria talvez um mecanismo de viabilização do interesse geral no exercício dessa atividade.

Há situações mais graves, que são chamadas de externalidade, para as quais não concorrem nem o concedente, nem o concessionário, nem o usuário, mas que impactam negativamente à execução do contrato de concessão. São elas várias, que são ligadas às questões de concessão e permissões anteriores à constituição que não tenham sido licitadas, o próprio transporte coletivo, as interferências de outras entidades da federação, de outros poderes, e a diferença de tratamento na disciplina regulatória desses serviços. A cada uma delas, aplica-se a questão que envolve o artigo 42, o qual pretende tornar nulas todas as concessões e permissões que não forem licitadas, tudo isso por conta do artigo 175 impor a licitação. Há todo um conjunto de discussões e decisões, no âmbito do poder judiciário, reputando inconstitucionais as prorrogações de concessões de serviço público ao argumento de que elas não teriam sido licitadas.

Sem emitir qualquer juízo de valor a respeito dessas decisões para um lado ou para o outro, o que importa é que o fato existe. Existem decisões que devem ser cumpridas e ensejam uma situação de fato, há pessoas prestando serviço

público sem um título jurídico válido, e isso tem que ser refletido em torno de uma preocupação com o princípio da continuidade do serviço.

Contudo, mais uma vez, como prosseguir no serviço público, que é essencial por previsão constitucional, em um cenário de instabilidade de investimentos? A continuidade do serviço público é um imperativo associado ao dever de prestar esse serviço não só em caráter contínuo como com eficiência. Como garantir a eficiência em um cenário de instabilidade? Sem dúvida, esse é um desafio que precisa ser superado.

A questão do transporte alternativo de passageiro, a discussão se isso é ou não livre iniciativa ou, ao contrário, prestação irregular de serviço público, independentemente do juízo que se faça a respeito dela, tem provocado uma competição desigual entre agentes que têm obrigações estabelecidas em um ato jurídico que atribui o título jurídico para prestação de serviço público, com outros agentes que não têm compromisso com quem quer que seja, a não ser com si próprio.

Sem dúvida, é um fato a ser enfrentado, tanto quanto é a questão das interferências negativas ou positivas de outras entidades da federação. Já foi registrado que se perde muito tempo em engarrafamentos, perde-se qualidade de vida, perde-se receita que desequilibra contratos, a má conservação de rodovias não, necessariamente, cabe aos mesmos poderes concedentes que delegam os vários modais de transportes, havendo, portanto, toda uma discussão que envolve uma interação entre políticas federais, estaduais e municipais, e que precisam ser objeto de uma reflexão.

Outra questão importante é a da participação do poder judiciário, inovando o contrato de concessão quando fixa condenações por assalto em ônibus ao argumento de que os ônibus deveriam, em razão da frequência dos assaltos em megalópoles, como é o caso do Rio de Janeiro, ser dotados de equipamentos diversos para a proteção da segurança dos usuários. Sem dúvida, isso representa uma preocupação constante de todos os poderes, dos particulares e dos usuários, mas não resta dúvida de que, por outro lado, toda essa criação de obrigações implica em instituir formatos que não foram idealizados pelo poder concedente no momento da delegação. E não foram idealizados porque existe um dever de ponderação. Cada obrigação instituída, qualquer que seja ela, representa uma elevação de custo na prestação do serviço público, e cada elevação de custo na prestação do serviço público pode significar um universo de excluídos no acesso a este serviço público por impacto no princípio da moticidade das tarifas.

Como Procurador do Estado, mas, sobretudo, como procurador de consultoria, busco sempre manter o mesmo discurso na academia e na Procuradoria Geral do Estado, no sentido de definir que determinadas competências, determinado grau de ponderação cabe ao poder concedente. É ele quem tem o manejo da formação dos contratos de atos de delegação de serviço público,

## “HÁ NECESSIDADE DE QUE A ATRIBUIÇÃO DE BENEFÍCIOS SEJA ACOMPANHADA EFETIVAMENTE DE UM CRITÉRIO DE RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ENTRE USUÁRIOS E CONCESSIONÁRIOS, ENTRE CONCESSIONÁRIOS E PODER PÚBLICO(...)”

e a substituição de suas ações por outros poderes pode implicar, eventualmente, uma discussão que envolve o artigo segundo da Constituição Federal.

Há também ainda a interferência do poder legislativo desapegado de compromissos outros que não o agrado à massa eleitora, mas que precisa ser lembrado. É legítima sim a atribuição de gratuidades submetidas à possibilidade de controle em sua concessão, mas o fato é que essa preocupação de inclusão social, com vistas à dignidade da pessoa humana, não pode transformar uma obrigação solidária em uma obrigação solitária. O estado assume com o particular nessa relação de mercado, e concessão é uma relação entre o Estado e o mercado. Enquanto não se preserva o mercado como uma instituição viabilizadora de investimentos, pode-se inviabilizar a própria atuação do poder público, sufocando recursos que deveriam ser empregados em outros setores.

Dessa forma, a preocupação que trago aqui não é a preocupação do empresariado, não é, necessariamente, a preocupação do usuário do serviço de transporte, mas é a preocupação dos usuários de todos os outros serviços públicos, mormente, aqueles que não podem receber o aporte de capital privado porque não há lucratividade ou não há permissividade para fórmulas de direito privado em situações que exijam uso de autoridade. Ou seja, há necessidade de que a atribuição de benefícios seja acompanhada efetivamente de um critério de restauração do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre usuários e concessionários, entre concessionários e poder público, mas, mais uma vez, essa definição – embora o judiciário possa, legitimamente, corrigir a situação de ilegalidade da quebra do equilíbrio contratual –, a escolha do critério de recomposição do equilíbrio por determinação judicial, o formato de escolha deve, por uma questão de obediência e homenagem ao artigo segundo da constituição federal, caber ao poder concedente.

Uma outra preocupação, essa dificilmente tem chegado ao poder judiciário, mas é um objeto de discussão no âmbito acadêmico, é a submissão de agentes reguláveis a diversos tipos de regulação, muitas das quais submetidas a critérios não técnicos. O formato idealizado neste modelo de reforma do Estado é que as escolhas públicas se submetam a uma processualização e a uma motivação técnica com

participação dos interessados, por meio de canais que viabilizam a realização de consultas públicas e audiências públicas para se chegar a uma ponderação tecnicamente motivada. Leia-se tudo isso como uso da metodologia da regulação para a definição dos critérios do que seja serviço adequado e equilíbrio contratual.

Quando essa metodologia não é, necessariamente, garantida, porque as autoridades mediadoras podem ser substituídas, de uma hora para outra, por critérios políticos, certamente se cria um cenário de alta instabilidade de elevada insegurança jurídica que ou afasta ou encarece o custo dos investimentos que também devem ser objeto de uma reflexão.

O que eu proponho com tantas polêmicas trazidas à reflexão é que muito se fala no moderno direito administrativo, da busca da consensualidade. A tradição cultural, política e administrativa brasileira é de que ninguém abre mão de competências e não, necessariamente, levando anos e anos para definir quem é o competente, quem é o concedente, quem é o regulador que perde o usuário e espera muito tempo por uma solução...

Mais uma vez, como exemplo, temos o evento do saneamento básico: quantas vidas poderiam ter sido salvas se o serviço de saneamento básico pudesse ter recebido mais investimentos nesses últimos dez anos? Nunca houve investimento porque ninguém sabe quem é a parte legítima para firmar o contrato.

Sendo assim, a partir dessa reflexão da utilidade da defesa de prerrogativas próprias em que se proponha a idéia de consensualidade, de legitimação para celebração de acordos substitutivos dos quais o exemplo mais conhecido é o da celebração de termos de ajustamento de conduta, chama-se todos os envolvidos e verifica-se como cada um pode concorrer, sem mais delongas, sem maiores complexidades em defesa de prerrogativas e poderes próprios, como é que se pode concorrer para satisfação imediata do resultado de interesse público.

Essa é uma visão de como se definir os problemas, chamando os interessados em sua solução imediata. Claro que isso pode, mais uma vez, ensejar uma decisão de natureza regulatória, e a autoridade competente talvez fosse,

nesse formato de relação quadrilateral, o agente regulador equidistante das partes para, motivando, tecnicamente, suas decisões, chegar a um ponto de equilíbrio em que se pondere imediatamente os princípios da constituição, especialmente o da eficiência, o da segurança jurídica e o da continuidade dos serviços públicos com o equilíbrio econômico-financeiro deste contrato.

É também enorme a preocupação com o dever de preservação dos bens vinculados; aqui, há uma enorme controvérsia, já que a doutrina não tem colaborado na discussão do que sejam bens vinculados e de quem seja a propriedade desses bens vinculados, o que, em matéria de serviço público de continuidade e eficiência, pouco importa. Essa é uma discussão que tem sido tratada com muito preconceito; não existe regra pra definir se os bens afetados a prestação dos serviços públicos são bens públicos ou bens privados. Cada contrato tem sua própria economia, é ali onde se vai definir se é ou não indispensável que o bem seja reversível. O que importa, ao longo do contrato, é que o bem, público ou privado, seja objeto de preservação, de manutenção e poupado de eventuais penhoras, de modo que se preserve a continuidade do serviço público.

A questão de preservação da equação econômica e financeira dos contratos é uma questão também de natureza técnica; o que se fala não é, necessariamente, de uma discussão jurídica, pois o direito é mero instrumento de uma relação que é econômica e, portanto, exige uma reflexão de natureza técnica, e o momento adequado para isso tem sido previsto nos contratos, por meio dos reajustes e das revisões programadas para se refletir, de tempos em tempos, sobre o custeio do serviço público. Essa, ao lado dos acordos substitutivos, é uma outra forma de se viabilizar o equilíbrio dos contratos em vista da eficiência e há necessidade de que os reguladores se organizem para tanto.

Surge agora mais uma questão polêmica – que tem sido objeto de discussão acadêmica e ainda não chegou ao judiciário, mas, certamente, vai chegar –, que é o cabimento ou não do recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras.

Muito se diz que as decisões das agências reguladoras só podem ser definidas no âmbito do poder judiciário, por conta da autonomia e independência que foi dada a esses novos entes que integram a administração pública. *Data maxima venia*, não me parece que ninguém receba competência, autonomia, independência para a prática de atos contrários a lei.

Há de uma agência reguladora que estabeleceu, contra a vontade da lei, que os reajustes e as revisões não poderiam ser executados, apesar dos prazos legal e contratualmente previstos não terem sido por ela observados, ao argumento de que a agência reguladora se via impossibilitada de atingir um corómino para deliberar sobre os processos de reajustes e revisão. *Data maxima venia*, quando a lei diz que, se depois do prazo previsto, a agência reguladora não

se manifestar, os concessionários têm direito de praticar os reajustes. Isso é uma decorrência de uma omissão administrativa, não se trata de ato administrativo tácito, mas, ao contrário, consequência decorrente da omissão administrativa.

A prática de um ato normativo da agência reguladora, impedindo esse reajuste, contrariamente ao que dizia a lei, não encontra respaldo em qualquer autonomia ou independência técnica, podendo, a meu ver, ser perfeitamente reconhecido pelo poder concedente, porque ninguém no direito recebe autonomia ou independência para agir contra a lei, mas sim para agir dentro do regulamento jurídico.

Existe uma questão também pouco trabalhada e pouco pacificada que é no que concerne as receitas alternativas, acessórias, complementares, que se sustentam e que devem ser obrigatoriamente levadas para a modicidade das tarifas. Esse é o lado simpático da tese, como se, de outro lado, o poder público, no momento em que formata os editais de concessão e de reforma do estado por meio de outros instrumentos de desestatização, tivesse conhecimento de quais são as formas de obtenção de receitas acessórias, alternativas e complementares.

Com isso, no momento em que se pretende delegar um serviço ao setor privado, quanto mais atrativo se tornar esse serviço ao setor privado, maior vai ser o aporte de investimentos, não necessariamente interferindo na criatividade do setor privado, na obtenção dessas receitas, porque, se essas receitas todas são levadas para o cálculo da tarifa, nenhuma vantagem vai surgir para o concessionário que nelas invista, de modo que a preocupação é a de viabilizar os investimentos por meio da criatividade do setor privado. Caso utilize a revisão programada dos contratos para discutir qual é o destino adequado e proporcional ao equilíbrio contratual que vai se dar a esse tipo de receita, a idéia do contrato é que ele, em algum momento, tenha um final que ocorrerá ou pelo descumprimento ou pela decisão política do poder concedente. Em vista da segurança jurídica, estabeleceu-se que essa decisão não é isolada do chefe do poder executivo, mas sendo uma decisão política sobre a encampação, ela deve ser partilhada com o poder político, no caso, o poder legislativo.

Muito se discutiu que haveria inconstitucionalidade, que a encampação seria uma decisão de natureza meramente administrativa e que o legislativo não deveria se intrometer, mas o fato é que encampação por interesse público não representa um juízo privativo do chefe do poder executivo, mas o contrário. O interesse público é um conceito indeterminado e de forte conteúdo político que deve ser partilhado pelas autoridades políticas. Não existe nenhuma inconstitucionalidade a respeito disso, e a segurança jurídica deve ser preservada no sentido de que, só se temente a essa medida, toma um negócio de alguém que acreditou no Estado e nele investiu para atender interesses públicos, se houver a devida reparação prévia tal como ocorre nos casos de desapropriação.