

As Concessões de Serviço Público no Brasil

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Reinício, em 2007, os Comentários que divulgo nesta página desde outubro de 1999, com a transcrição de trechos de quatro escritos meus sobre Concessões de Serviço Público no Brasil, publicados nestes últimos sete anos. Penso que as afirmações aqui transcritas continuam atuais e são, sobretudo, oportunas.

Os escritos selecionados são: **(a)** palestra sobre Agências Reguladoras de Serviço Público, proferida no **I Congresso Brasileiro de Direito Público**, realizado em São Paulo em abril de 2000 (transcrita no meu livro “*Comentando as Licitações Públicas*”, Rio de Janeiro, Editora Temas & Idéias, 2002); **(b)** livro sobre “*Concessão de Serviço Público*” (2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002); **(c)** artigo sobre “*Agências Reguladoras de Serviço Público no Brasil*”, publicado na Revista Regulação Brasil nº 1, Ano 1, 2005, da ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação, e na Revista Virtual nº 1/2005, do Instituto dos Advogados de Pernambuco; e **(d)** “*As Parcerias Público-Privadas no Brasil*”, Comentário divulgado no site www.celc.com.br, em 15.04.2005.

Passemos às transcrições.

1. Palestra no I Congresso Brasileiro de Direito Público (“*Comentando as Licitações Públicas*”, pp. 121 e ss.).

“O Estado-Administrador, como de resto todo o Estado, sofreu no Brasil, nos últimos tempos, um processo de desestruturação. Isso se deveu a fatores endógenos e exógenos. Não cabe, nos limites desta abordagem, analisar detidamente esses fatores. Diria apenas que entre os fatores endógenos pode ser apontado o (excesso de) corporativismo da burocracia estatal. Não apontaria a corrupção administrativa porque:

a) é difícil dizer-se até que ponto a corrupção administrativa foi causa

ou efeito da desestruturação do Estado; e

- b) a imagem que se propagou, do servidor público incompetente, corrupto ou privilegiado - quando não as três coisas ao mesmo tempo - é, como toda generalização, injusta, e não corresponde à realidade da grande massa de servidores públicos, competentes, honestos e, infelizmente, desmotivados.

Também não pretendo analisar os fatores exógenos que levaram à desestruturação do Estado-Administrador. Aponto como emblemática da situação a legislação sobre licitações e contratos administrativos. Entre 1967 e 1986 vigorou o Decreto-lei 200, que estabelecia normas gerais aplicáveis à Administração Direta e às autarquias. Em 1986, curiosamente seis a sete anos após a deflagração do processo neoliberalizante na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, veio o Decreto-lei 2.300, com normas gerais e especiais extremamente rígidas, que tornaram as contratações efetuadas pela Administração Direta e autárquica mais difíceis e problemáticas, embora ainda deixassem margem de atuação relativamente livre para as empresas estatais. Essas empresas tiveram sua liberdade de contratar aniquilada pela Lei 8.666, de 1993, flagrantemente inconstitucional, que as submeteu às mesmas normas reguladoras da Administração Direta e autárquica, aplicando-se, indistintamente, às várias esferas de governo: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Ao mesmo tempo, acentuou-se a cobrança de eficiência na atuação estatal, como se fosse compatível essa eficiência com as amarras contidas na legislação aplicável ao Estado-Administrador, especialmente na lei de licitações e contratos administrativos. Não seria exagero dizer-se que, na hipótese de o controle de uma empresa privada ser assumido por um dirigente tresloucado, que determinasse que a empresa deveria contratar na estrita obediência da Lei 8.666, poder-se-ia afirmar que em breve estaria ela em regime falimentar.”

.....

“No Brasil, as agências reguladoras não foram estruturadas a tempo. A **rigor, ainda não estão estruturadas**. Vale dizer: à ingenuidade de acreditar que o mercado resolve os problemas decorrentes da privatização, nós somamos uma regulação estatal desestruturada e ineficiente. Assim, não está havendo no País a substituição da titularidade pública das empresas prestadoras de serviços públicos por empresas privadas **reguladas** pelo Estado-Administrador, substituição a que alude **VILLAR ROJAS**. Pelo menos por enquanto, a titularidade pública foi simplesmente substituída pela titularidade privada, e não pela regulação.”

.....

“Diante desse quadro, porém, não adianta fazer crítica retroativa. Pelo menos em relação aos setores já privatizados, pode dizer-se que atravessamos o rio e destruímos a ponte. O quê fazer agora?”

Penso que duas devem ser as preocupações:

- a) estruturar, na medida do possível, as agências reguladoras atuais (que já deviam ter sido estruturadas); e
- b) não repetir os erros nas eventuais novas privatizações de serviço público.

Não será fácil. A situação me faz recordar a advertência de **HÉCTOR ESCOLA**, em seu *‘El interés público como fundamento del Derecho administrativo’* (Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 122/123), de que uma Administração que não tem capacidade para prestar adequadamente serviços públicos não tem capacidade para regular sua prestação por concessionárias privadas. Escreve **ESCOLA** que se a Administração é ineficiente no geral, também o será para prestar diretamente serviços públicos. Porém uma má Administração *‘...igualmente fará perigoso o sistema de concessão, porque a vigilância e o controle que necessariamente deve exercer-se sobre o concessionário, para garantir a boa execução do serviço público, não existirá ou será inoperante, com os péssimos resultados que são de esperar desse estado de coisas.’*

.....

E concluí:

“O futuro das agências reguladoras no Brasil dependerá do papel que venha a ser atribuído ao Estado regulador. Este somente será forte quando se tornar efetivamente um Estado nacional, expressão de uma nação consciente, dotada da auto-estima necessária para participar do processo de globalização como sujeito, e não, como tem ocorrido atualmente, como mero objeto.” (grifos atuais)

2. “Concessão de Serviço Público” (p. 50):

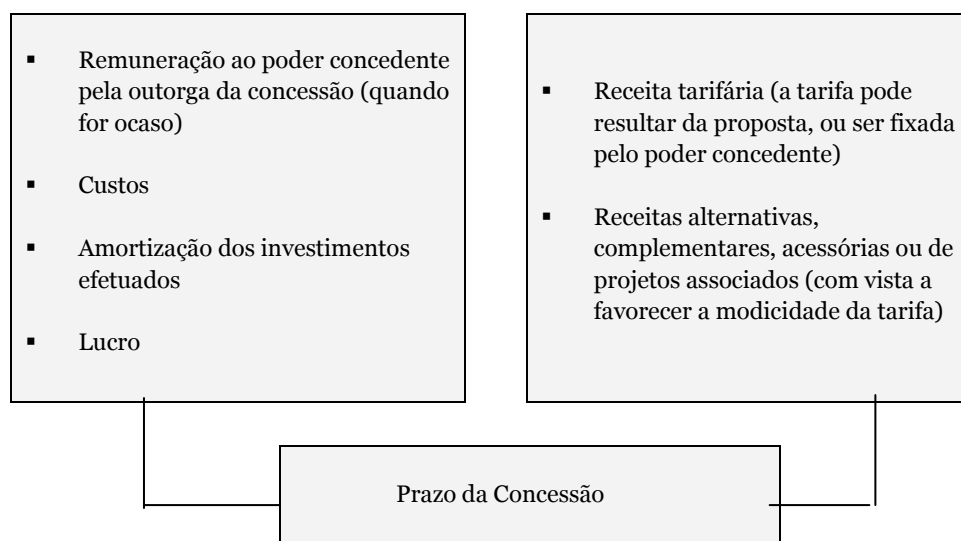
“O eventual interessado na concessão precisa de elementos que lhe permitam avaliar a viabilidade do empreendimento. Não basta à Administração abrir a licitação. É indispensável atrair a iniciativa privada para o esquema de parceria. Para isso é necessário fornecer parâmetros confiáveis, que permitam ao interessado emitir um juízo empresarial quanto à viabilidade da concessão ao longo do prazo - necessariamente longo - a ser fixado no edital para a prestação do serviço.

A concessionária deverá efetuar investimentos, maiores ou menores, conforme o caso, mas certamente elevados, especialmente se se tratar de concessão precedida da execução de obra pública. No prazo da concessão, que é fixado pela Administração no edital (art. 18, I, da Lei 8.987/1995), deverá obter o retorno desses investimentos mediante cobrança de tarifa que assegure ainda a cobertura de custos e a auferição de lucro. Esse estudo de viabilidade econômico-financeira é fundamental não apenas para justificar a concessão, como determina o art. 5º da Lei 8.987/1995, mas também para demonstrar ao eventual parceiro do Poder Público que este, ao abrir a licitação, está alicerçado no domínio técnico e econômico-financeiro do esquema da concessão. O conhecimento adequado e profundo da situação pela Administração é condição necessária para despertar a confiança dos interessados em participar da licitação.”

3. Artigo na Revista da ABAR (pp. 7/21):

“A política tarifária estabelecida pela legislação repousa na equação econômica do contrato de concessão, que abrange, de um lado, a receita tarifária e as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vista à modicidade da tarifa (art. 11 da Lei 8.987), e, do outro, os custos, o ônus da concessão (no caso de licitação de maior oferta), a amortização dos investimentos efetuados pela concessionária e o lucro. Tudo isso está relacionado com o prazo da concessão, que se não integra é, pelo menos, parâmetro para a fixação da equação econômica do contrato. Essa situação pode ser assim graficamente exposta:

EQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONCESSÃO



.....

“É comum ler-se e ouvir-se que o maior desafio nas parcerias entre Poder Público e iniciativa privada é ‘*cumprir e respeitar os contratos*’. Mas freqüentemente vê-se a concessionária pleitear junto ao poder concedente a alteração do contrato de concessão, com vista a manter seu equilíbrio econômico-financeiro. Defender a imutabilidade dos contratos de concessão durante o prazo de 20, 25 ou 30 anos é, no mínimo, ingenuidade. O que a concessionária tem **direito** a ver respeitado - e o poder concedente tem o **dever** de respeitar - é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Este, sim, é intangível. O contrato é mutável e, mais ainda, **deve ser modificado sempre que o interesse público assim o exija**. Deparamo-nos atualmente com frases de efeito, que nada mais são do que verdadeiros ‘*slogans*’. Assim, por exemplo, diz-se que é indispensável cumprir os contratos, ou que ‘*as regras devem ser claras*’, ou que ‘*o País precisa urgentemente de um marco regulatório*’. Sobre esta última noção, aliás, escrevi recentemente (site www.celc.com.br):

*‘A Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, dispôs, em seu art. 27, que o Congresso Nacional deveria, dentro de 120 dias, elaborar ‘lei de defesa do usuário de serviços públicos’. Já se passaram seis anos e essa lei não foi editada. No momento atual, pergunto se não seria o caso de o Congresso Nacional completar o **marco regulatório** dos serviços concedidos, de que tanto se tem falado, não apenas disciplinando as agências reguladoras e as **Parcerias Público-Privadas**, mas também - e finalmente - cumprindo aquele comando constitucional.’* “

E concluí:

“Se a agência reguladora de serviço público tem a função básica de **administrar** contratos de concessão, sua **eficiência** é medida pela **eficácia** dos contratos por elas administrados. Assim, se os objetivos e metas estabelecidos nesses contratos estão sendo atingidos, se as obrigações das concessionárias estão sendo cumpridas, se seus direitos estão sendo respeitados, especialmente no que se refere à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se os serviços estão sendo adequadamente prestados, nos termos da legislação aplicável, e, sobretudo, se os usuários estão satisfeitos, a agência está sendo eficiente. Caso contrário, não. É evidente, porém, que não se pode esperar eficiência de agências que não contem com a estrutura, o pessoal qualificado e os recursos financeiros necessários ao adequado exercício de suas atribuições.”

4. Comentário sobre Parcerias Público-Privadas

“Até o final de dezembro de 2004, existia no Direito brasileiro um único tipo de concessão de serviço público, regido pelas Leis 8.987 e 9.074, ambas de 1995, e subsidiariamente pela Lei 8.666/93. A partir da edição da Lei nacional 11.079, de 30/12/2004, passaram a existir dois: a assim apelidada “*concessão comum*”, ou seja, a já existente, e a “*concessão patrocinada*”, criada pela nova lei como um dos dois tipos de Parceria Público-Privada (PPP).

A “*concessão comum*” caracteriza-se, basicamente, pela remuneração exclusivamente **tarifária**. A concessionária presta o serviço ao usuário e este lhe paga, a título de contraprestação pecuniária, uma **tarifa**. Na “*concessão patrocinada*”, há duas contraprestações: uma **tarifa**, paga pelo usuário, e um **preço privado**, pago pelo poder concedente. Tanto numa quanto noutra há duas relações jurídico-contratuais: uma – a de concessão – entre o poder concedente e a concessionária, e outra – a de prestação do serviço público concedido – entre esta e o usuário.

A adoção de “*concessão patrocinada*” pressupõe o atendimento de determinados requisitos. Por exemplo: o valor da contratação deve ser superior a R\$ 20 milhões. O risco é “*repartido*”, enquanto na “*concessão comum*” o serviço é prestado por conta e risco da concessionária. O prazo de vigência não pode ser inferior a 5 nem superior a 35 anos, nele incluído eventual período de prorrogação. Se o “*patrocínio*” do poder concedente é superior a 70% da contraprestação devida, torna-se necessária autorização legislativa específica. E a concessionária conta com um esquema financeiro que tem por objetivo garantir-lhe o efetivo recebimento, nos prazos ajustados, das parcelas a serem pagas pelo poder concedente. Na “*concessão comum*”, a inadimplência é desestimulada pela possibilidade de interrupção da prestação do serviço.

Em suma: a “*concessão comum*” continua regida pelas Leis 8.987 e 9.074, e subsidiariamente pela Lei 8.666; já a “*concessão patrocinada*” é regida pela Lei 11.079, aplicando-se-lhe subsidiariamente a Lei 8.987 e “*as leis que lhe são correlatas*”.

A nova lei criou um segundo tipo de PPP. É a chamada “*concessão administrativa*”, que de concessão não tem nada. Trata-se de prestação de serviços à Administração Pública, que extrapola o prazo-limite de 60 meses, prorrogáveis excepcionalmente por até 12, estabelecido no art. 57 da Lei 8.666. A adoção dessa impropriamente denominada concessão exige o atendimento de quase os mesmos requisitos exigidos para a “*concessão patrocinada*”. Algumas características específicas: assim como na “*concessão patrocinada*”, o prazo deve ser igual ou superior a cinco anos, mas a prestação do serviço pode ser contratada por prazo inferior, só que nessa hipótese o contrato é regido exclusivamente pela Lei 8.666 e não toma o nome de “*concessão administrativa*”; a contraprestação paga pela Administração Pública é de 100%, o que torna a situação curiosa, porque a adoção de “*concessão patrocinada*” em

que a contraprestação do poder concedente seja, por exemplo, de 75%, exige autorização legislativa específica, enquanto a chamada “*concessão administrativa*”, que pressupõe a contraprestação de 100% pela Administração, dispensa esse requisito; a prestação efetiva do serviço tanto pode ser efetuada diretamente à Administração Pública, quanto a usuários pessoas privadas, **embora estes não integrem a relação jurídico-contratual.**

A Lei 11.079 diz, no art. 2º, que a chamada “*concessão administrativa*” é modalidade de contrato administrativo de concessão. Não é. Tanto não é que a própria lei, no § 2º do mesmo artigo, define-a como “*contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta*”.

O conceito de concessão de serviço público está contido no art. 175 da Constituição. De acordo com esse dispositivo, ao Poder Público compete prestar serviço público, direta ou indiretamente, nesta última hipótese mediante concessão ou permissão. Assim, na concessão o Poder Público **é o prestador do serviço** aos usuários, embora o faça indiretamente. Na chamada “*concessão administrativa*”, o serviço é prestado à Administração Pública. **Esta não é a prestadora do serviço, e sim sua usuária direta ou indireta.** O serviço a ela prestado é **serviço privado**, remunerado mediante pagamento de um **preço privado** (sobre a distinção entre **preço público** e **preço privado**, ver meu “*Concessão de Serviço Público*”, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 23).

Essa confusão conceitual provoca relevantes questões jurídicas. Por exemplo: aplica-se a Lei 8.666 às “*concessões administrativas*”? O art. 3º da Lei 11.079 dispõe que elas se regem pela nova lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto em alguns artigos das Leis 8.987 e 9.074. Não menciona a Lei 8.666. Se, porém, a “*concessão administrativa*” é verdadeiro contrato de prestação de serviços, a elas não se aplica também, pelo menos subsidiariamente, a Lei 8.666? Mais ainda: as “*concessões administrativas*” podem ser licitadas, contratadas e executadas com base apenas nos dispositivos da nova lei e naqueles indicados em seu art. 3º?

A Lei 11.079 está a exigir maior reflexão e um estudo mais alentado. Meu propósito neste breve comentário é apenas salientar que ela não representou uma ruptura revolucionária na legislação brasileira sobre parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, como muitos estão pretendendo. Tínhamos um único tipo legal de concessão de serviço público e passamos a ter dois, o segundo sujeito a algumas regras especiais. Tínhamos um único tipo legal de contrato de prestação de serviços à Administração Pública e passamos a ter dois, o segundo sujeito a algumas regras especiais, sobretudo no que se refere ao prazo máximo de duração, diferente do fixado na Lei 8.666.”

(Comentário nº 141 – 01.03.2007, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada mensalmente, no dia 01 de cada mês