

Regularização em serviços públicos deve considerar equilíbrio financeiro

18/07/2009

No dia 30 de junho deste ano finda o prazo legal instituído pelo artigo 42 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, para que as concessões de serviço público, em caráter precário, sejam regularizadas e, por conseguinte, permaneçam válidas até 31 de dezembro de 2010.

Muito embora a lei não mencione, expressamente, as permissões – voltaremos a esse ponto mais adiante – ela delinea normas para a validade de ajustes anteriores à vigência da Lei. Nessa linha, os parágrafos 2º e 3º do referido diploma legal tratam da validade das concessões em “caráter precário”; ou que estejam com “prazo vencido”; ou em vigor por prazo indeterminado; ou, inclusive, as que não possuam instrumento que as formalize.

Para que tal validade se mantenha, a partir da data ao exórdio apontada, os incisos I a III do parágrafo 3º determinam o cumprimento de uma série de condições que, em síntese, são tendentes a realizar levantamento amplo dos elementos físicos, financeiros, contábeis e comerciais da concessão para verificar se há, ou não, indenização devida ao concessionário por investimentos ainda não amortizados.

Contudo, vem causando celeuma em determinados setores prestadores de serviços públicos, a ausência de menção às permissões e o respectivo entendimento do Poder Público a esse respeito. Com efeito, vimos presenciando debates acalorados no setor de transportes públicos quanto à negativa da Administração em proceder ao cálculo, previsto em lei, a respeito de eventuais indenizações a permissionários.

Sustenta a Administração que a Lei é clara ao mencionar apenas concessões e não permissões, sendo que estas, por sua natureza, são precárias e não estariam contempladas, o que é refutado pelos concessionários, que alegam se tratar de vínculos sobremaneira mais fortes que nas permissões tradicionais.

Para tentarmos adentrar mais seguramente na questão, necessário ponderar sobre o que consiste concessão e permissão de serviço público para, adiante, contemporizar tais institutos com as “concessões precárias” (chamemo-las assim) tratadas nos parágrafos 2º e 3º da Lei 8.987/95. Após tal operação, trataremos dos reflexos (ou ausência de) do artigo em tela no direito à indenização ao particular.

De início é de se ressaltar que a própria Lei de Concessões que, em seu artigo 2º, traz definições acerca de concessão de serviço público e permissão de serviço público, destacando a estabilidade e determinação da primeira em face da precariedade e indeterminação da segunda. Ainda, outra característica das permissões é o relativo à expressa revogabilidade da permissão de serviço público, conforme prescreve o artigo. 40 da mesma Lei.

Muito embora os caracteres de precariedade, prazo indeterminado e revogabilidade sejam reconhecidos pela doutrina especializada, o caso concreto pode trazer delineamento diverso dessa concepção tradicional, daí o severo risco de se ater ao rótulo “permissão”, quando parte considerável da relação jurídica travada com a Administração aponta em sentido diverso.

O leitor mais atento deve já ter notado que o artigo 42 da Lei de Concessões trata da validade de concessões “precárias”, com prazo “vencido” ou “indeterminado” ou, ainda, sem instrumento formal, logo, com características que as aproximam, bastante, das permissões de serviço público.

Seguindo-se o caminho inverso, a análise de casos concretos, como o do setor de transporte coletivo, revela permissões que, seja por serem por prazo longo e/ou determinado, bem como por contarem com pesados investimentos, se aproximam bastante mais do instituto da concessão. De forma mais esmiuçada, são valiosas as lições de Egon Bockmann Moreira, apontando elementos que verificados, conjunta ou isoladamente, em determinada relação jurídica, afastam-na do regime jurídico das permissões.

Assim sendo, segundo referido jurista, estaria afastado o regime jurídico permissionário os negócios jurídicos que: a) exijam a execução de obras públicas; b) sejam investimentos de longa maturação (significativo aporte de recursos num primeiro momento e rentabilidade projetada em prazos amplos, com termo final certo); c) sejam outorgados sem licitação (a não ser por inexigibilidade ou dispensa); d) permitam a apresentação do projeto básico por parte dos interessados; e) exijam aportes de recursos públicos; f) sejam instrumentalizados por meio de um ato unilateral; g) possibilitem uma proposta que traga novos aportes aos termos do edital e do modelo de contrato, inovando-os ou preenchendo as suas lacunas (econômicas, técnicas, etc.). Caso algum contrato administrativo contenha alguma dessas peculiaridades, exigirá um esforço superlativo do aplicador – que deverá desvendar qual espécie contratual foi celebrada e o respectivo regime jurídico.

No caso dos transportes coletivos, no qual se utiliza, há muito e largamente, a permissão pela Administração Pública, existem às escâncaras situações onde o vínculo com o permissionário extrapola o da permissão tradicional, especialmente no tocante às demandas por investimentos pesados por parte dos empresários.

Cumprindo anotar que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso em Mandado de Segurança 18.787, decidiu que: “adquirido o direito à exploração do serviço de transporte coletivo, não pode a Administração revogá-la, unilateralmente, com prejuízo da empresa permissionária”. Em seus votos, os julgadores deste feito enfatizaram que a permissionária havia cumprido todas as obrigações regulamentares e efetuado pesados investimentos.

Assim sendo, o dispositivo legal ora analisado externa a clara intenção do legislador de acomodar situações de quase absoluta informalidade em concessões anteriores à vigência da Lei, logo, por que não se reconhecer nas permissões mais complexas a mesma natureza jurídica e, conseqüentemente, o direito ao levantamento de valores eventualmente devidos?

A título ilustrativo, quando o Poder Público determina ao permissionário o aumento e/ou a modernização da frota (ex: instalação de catracas eletrônicas), bem como redução de tarifas,



tais investimentos oneram o particular de tal sorte que, caso se impute qualquer precariedade a essa situação, haverá inadmissível vilipêndio à sua esfera de direitos, especialmente ao de lhe ser deferido o equilíbrio econômico-financeiro na avença, garantido tanto pela Constituição Federal quanto na própria lei de Concessões e Permissões.

Quanto à importância do instituto jurídico acima tratado, o eminente Celso Antonio Bandeira de Mello joga preciosas luzes sobre a temática: “(...) a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada nem mesmo por lei”.

Diante de todo o exposto, entendemos que a nomenclatura utilizada, seja ela concessão ou permissão de serviço público, pouco importa para fins de se resguardar direitos e obrigações constantes da lei, mas sim investigar-se a real natureza da avença em questão que pode, conforme o caso, conter características típicas de determinado instituto, mas sob o rótulo de outro.

Por fim, é de se salientar que, havendo comprovadamente descompasso entre os aportes realizados e a respectiva contraprestação no negócio jurídico em questão, o equilíbrio econômico financeiro deverá ser preservado, independentemente de a Administração deferir, ou não, o levantamento de valores constante do artigo 42 da Lei de Concessões, estando, ou não, o prazo expirado.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2009-jul-18/regularizacao-servicos-publicos-considerar-equilibrio-financeiro/>