

ATUALIDADES NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

CURRENT AFFAIRS IN PUBLIC SERVICE CONCESSION

MESA:

MARCIO PESTANA

Professor de Direito Administrativo da FAAP e Sócio do Pestana e Villasbôas Arruda Advogados.
mpestana@peva.com.br

RENAN MARCONDES FACCHINATTO

Mestrando pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito da Infraestrutura pela FGV-SP
e Associado do Dal Pozzo Advogados.
renan@dalpozzo.com.br

MODERADOR:

MARIO CORTEZE

Professor da Escola Superior de Direito. Membro do IBEJI e Sócio da Libório Corteze Advogados.
mario@liboriocorteze.com.br

*Mario Corteze*¹ – (Professor da Escola Superior de Direito, Membro do IBEJI e Sócio da Libório Corteze Advogados)

Boa tarde a todos, fico honrado pelo convite do IBEJI e da OAB. Em nome do Doutor Dal Pozzo agradeço o convite honrado em participar de uma mesa com tão ilustres debatedores. O tema, ora colocado pela mesa: “Atualidades nas concessões de serviço público”, acho que nada mais atual. Doutor Renan, em conversa informal, já me contou uma parte do que ia falar e a parte de relicitação, que aí ele vai, com toda a propriedade, trazer para nós as novidades nessa área. Eu acho que é uma grande evolução da legislação sobre esse tema, em face dos problemas hoje econômicos e financeiros que o Brasil passa. E

-
1. Terceiro painel do V Fórum Nacional de Infraestrutura, realizado na tarde de 04.10.2017, no “Plenário do Conselho” da OAB/SP, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura – IBEJI, em parceria com a OAB/SP.

com a maior brevidade possível, passarei as palavras para os debatedores e depois a gente conclui, todos juntos. Acho que o Professor Marcio vai ser o primeiro a assumir a mesa.

Marcio Pestana (Professor de Direito Administrativo da FAAP e Sócio do Pestana e Villasbôas Arruda Advogados)

Bem, inicialmente, gostaria de cumprimentar os organizadores desse evento pela pluralidade de assuntos absolutamente relevantes que instruem todos os debates que aqui serão travados. Gostaria, especialmente, de agradecer o convite formulado pelo Doutor Augusto Dal Pozzo, aqui presente, que muito me envaidece e me dá a oportunidade de participar de debates relevantes para o país.

Minhas senhoras e meus senhores, o tema, como foi colocado, de atualidade no tocante às concessões e às prestações de serviço público, de uma maneira geral, ele inicialmente precisa que nós, vamos dizer, profissionais do Direito, em um instante inicial recordemos que nós estamos transitando em um ambiente de atividades de serviço e de prestação de serviço público e também no exercício de atividades econômicas. Isso é importante por quê? Porque é o recorte constitucional. Então, como nós sabemos, a ordem econômica, por vezes, admite a participação do Estado, sobretudo no tocante a questões envolvendo a segurança nacional, ou interesse coletivo destacado. Mas, em regra, isso cabe à iniciativa privada.

No tocante a serviço público, como nós sabemos, há, eu vou dizer, um longo catálogo constitucional disciplinando a matéria e, em certas passagens de maneira reiterada, dizendo que o serviço público poderá ser prestado pelo Estado ou por quem lhe faça, às vezes, concessionárias, permissionárias ou autorizatárias do serviço público. Isso é importante porque dá o fundo constitucional e justamente o regramento que devemos obedecer nesse momento em que o país vive a sua crise mais rigorosa e mais intensa, pelo menos num passado recente. E com esse recorte constitucional, o que nós estamos visualizando hoje, a situação presente, que certamente já foi examinada pela manhã, mas cumpre recordar, a crise que assola a Administração Pública. E a crise que, conseqüentemente, repercute no serviço público. Então, essa crise, eu costumo dizer, estava até conversando com o Doutor Augusto agora, poucos minutos atrás, nós temos um privilégio porque nós estamos vivenciando uma grande crise. E nesse momento de crise é que nós temos a condição de reescrever a história do país, de reescrever um novo ordenamento jurídico plausível com a nossa realidade e afastando as mazelas e as nocividades que nos cercaram recentemente.

a ideia de que se faz investimento alavancado, porque o investimento alavancado tende a ser mais barato do que tirar dinheiro do próprio bolso para investir; isso daria para a gente discutir horas a fio. E é nesse aspecto que entram a prorrogação e a prorrogação antecipada do contrato de concessão. O prazo está intrinsicamente ligado ao volume de investimentos que você tem e às sujeições imprevistas, porque elas acontecem no serviço público com muito mais intensidade do que na obra pública, porque o serviço público é extremamente dinâmico. A prorrogação que está colocada na Lei 13.448 é aquela prorrogação clássica que a gente coloca, que a gente discute quando o prazo chega ao fim. E aí a gente possui duas formas de prorrogar o contrato, se a gente for pensar bem, tem aquela prorrogação que é meio que um prêmio para o concessionário: “Olha, você prestou um excelente serviço público e o custo de transação para substituir o concessionário não compensa, então eu vou te dar uma prorrogação de prazo, continue a prestar um bom serviço”. Essa daí eu nunca vi acontecer. A outra prorrogação de prazo que a gente tem é aquela em que você chega no fim da concessão, teoricamente você teria que observar o procedimento dos artigos 35 e 36 da Lei 8.987, levantar tudo o que falta amortizar de investimento e indenizar o concessionário. E aí você tem várias formas de fazer isso, tirar dinheiro do caixa ou dar em prazo de concessão, são duas formas possíveis. Então, o prazo da concessão acaba sendo um componente muito importante da equação econômico-financeira do contrato na medida que é por meio do tempo que você dimensiona não só o investimento que você faz, mas o valor da tarifa que você cobra, porque você tem aquele tempo e aquele tempo apenas para recuperar o investimento, pagar o seu financiamento e remunerar o seu acionista no fim do dia.

A prorrogação antecipada, por outro lado, é uma inovação ousada. Para o bem. Ela reconhece que muitas vezes você vai precisar, porque o serviço público é tão dinâmico que no meio do caminho você pode ter uma sujeição imprevista, ou qualquer tipo de fato que não necessariamente é de responsabilidade do concessionário, que te exige revisar a equação daquele contrato de um modo geral, de um modo profundo. Eu já vi isso acontecer. Em alguns casos você precisa fazer um reinvestimento ou incluir um investimento de tamanho monta que se você ficar com o prazo original te sobram apenas duas alternativas para resolver a equação do contrato: ou você aumenta a tarifa ou você tira recurso do orçamento fiscal para cobrir aquele investimento. Como a gente sabe, e o professor Marcio bem falou, o Brasil não está em uma situação das melhores, não dá para a gente aumentar a tarifa indefinidamente, porque um dos princípios do serviço público é o da Modicidade Tarifária, e não dá para a gente imaginar que o Estado sempre vai ter dinheiro para tirar do

orçamento fiscal para cobrir uma situação como essa. Mas daí eu acho que vem a ousadia criativa da lei: ela passa a reconhecer que você tem uma terceira via para resolver esse problema, que é a via justamente do prazo. E que encontra uma resistência tremenda ainda, não só na Administração Pública, mas principalmente nos órgãos de controle, eles ainda têm aquele viés muito binário de entender que se você vai prorrogar o prazo, na verdade você devia licitar outra concessão. Então, reconhece-se que há uma necessidade de um investimento no meio do caminho, um investimento que é necessário para prestação de serviço adequado, e na partida você já sabe quanto aquele investimento representa em termos de caixa, quanto você precisa tirar do seu caixa para alavancar aquele investimento, e você sabe que se você não puder prorrogar o prazo sobram aquelas duas outras alternativas. Então, apesar dessa norma ter um âmbito de aplicação restrito às concessões da União Federal, a gente sempre acaba caindo na possibilidade de interpretar por analogia, ou preencher lacuna, usando esses conceitos. Além de ser um fator político muito importante na realidade atual do Brasil. O Poder Legislativo nacional está dizendo para todo mundo que ele reconhece que prorrogação de contrato é um meio válido e legítimo de restabelecer equilíbrio econômico-financeiro de concessão.

Este tema é extremamente relevante nos tempos de hoje em que nós temos uma grande quantidade de contratos de concessão já em estágio de maturidade e em crise. Quem aqui trabalha com concessão provavelmente já atendeu uma, duas, dez consultas sobre esse tema e uma das primeiras perguntas que sempre chegam para a gente é: “Posso prorrogar o prazo?” Então, vamos lá, vamos estudar o que acontece no seu contrato, porque prorrogar o prazo pode, sim, ser uma medida válida para você recuperar a equação original do contrato. Então, eu diria que talvez essa seja a inovação mais importante da [Lei] 13.448 em relação ao instituto da Concessão. E apesar dela se limitar à aplicação aos contratos federais, eu não vejo por que não a gente, pelo menos, expandir a discussão do debate para as outras esferas federadas, até porque o fato não muda de natureza porque mudou de esfera federativa.

O segundo, ou melhor, o terceiro assunto interessante sobre a Lei 13.448 é a tal da relicitação. E eu confesso para vocês que isso me causou uma certa, eu fiquei um pouco pasmo com esse assunto. Se a gente olhar do ponto de vista estritamente lógico, tem uma antinomia aparente, porque qual é o fato jurídico aqui? Descumprimento do contrato de concessão pelo concessionário. O que a Lei 8.987 fala para isso? Você não cumpriu o contrato, o Poder Concedente vai abrir um processo de caducidade, mais ou menos naqueles moldes de estado burocrático, como o professor Marcio falou agora há pouco. E aí agora vem uma nova norma e diz o seguinte: “Se você não estiver conseguindo cumprir

o contrato, a gente pode reliciar o serviço”. E aí, quando a gente supera o problema do conflito lógico entre as normas, a gente pensa que isso também é uma manifestação política muito importante nesse momento de dizer o seguinte: “Administração, vamos tentar buscar um pouco de consenso, porque punir é menos importante do que prestar bom serviço público”. Então, a leitura que eu pelo menos fiz desse instituto é a seguinte: talvez a gente possa inclusive falar em um dever jurídico, se o concessionário não vai conseguir ou não está conseguindo cumprir o contrato de concessão, porque ele não consegue investir, ou porque ele não consegue manter nível de serviço adequado, o Poder Concedente vai sentar com ele numa mesa redonda e falar o seguinte: “Tá, como é que a gente resolve para não romper a regularidade e a continuidade da prestação do seu serviço? Você não vai conseguir prestar? Então vamos internalizar toda a informação relevante que você tem como prestador para eu colocar na rua uma licitação nova e você segura aí as pontas só enquanto eu licito”. Porque se a gente lembrar da Lei 8.987, que previa soluções antagônicas, um concessionário que não conseguisse prestar o serviço público, ou sofria um processo de caducidade, ou ele precisava entrar com uma ação na justiça, esperava ela transitar em julgado, para se desobrigar de prestar serviço. Então, me parece que essa figura é uma atualização muito importante nas figuras possíveis de administração consensual. Significa dizer o seguinte: “Eu preciso prover serviço público. Antes de eu me preocupar em te punir, te multar, vamos ver se realmente a gente não consegue garantir que o serviço público seja prestado”. E aí é muito interessante também a lei nesse aspecto, porque ela traz uma abertura muito pouco usual, do ponto de vista político, que é admitir, primeiro, a simetria de informação; segundo, admitir que muitas vezes a gente tem que reconhecer que é o privado que tem essa informação e que ele pode, sim, estar disposto a compartilhar essa informação com você porque ele está de boa-fé. Então, Poder Público e concessionário sentam, trocam informações e o Poder Público modela uma nova licitação para que um novo concessionário assuma de onde parou aquele serviço que não ia mais ser prestado. Na minha visão, e eu acho que esse instituto ainda é muito novo para a gente bater o martelo, mas vale a reflexão, se isso der certo no caso concreto fica automaticamente excluída a possibilidade do processo de caducidade com aplicação das penas gravosas que decorrem de uma situação como essa. Se não der certo, aí não tem jeito, talvez o Poder Público só tenha mesmo restando para ele a via da caducidade. Mas me parece que é, sim, uma ousadia criativa muito bacana para que a gente saia um pouco desse viés, desse modelo mental de o público estar sempre contra o privado e não posso conversar porque senão vai parecer, para o controlador externo, que eu estou sendo capturado ou algo

nesse sentido; para reconhecer que há necessidade de sinergia, há necessidade de que essas partes conversem e atuem como uma confluência de interesses. Dependendo da doutrina que a gente consultar sobre concessão, há, inclusive, quem defenda que a concessão sequer é um contrato, ela é uma relação jurídica complexa onde você enfeixa vários jogos de interesse que não necessariamente são contrapostos. Então, se a gente partir, por exemplo, de uma premissa como essa, faz todo sentido a gente buscar uma solução que não privilegia a punição pela punição. Porque no fim do dia você aplica a caducidade, aplica uma pena pesada e o serviço público não vai ser prestado, que é a função fundamental do Estado. A função fundamental do Estado, pelo menos na Constituição de 88 não é punir, é prestar serviço, punir é uma competência acessória, só quando ela for muito necessária.

E o último assunto que eu acho que é muito interessante dessa Lei nova, e esse deu até aquela alegria de pensar assim: “Poxa vida, demorou tanto, mas alguém enxergou o óbvio”. Tem um artigo nessa Lei nova que ousa definir a possibilidade de você instaurar a arbitragem, isso, em si, não é novo, mas ela traz o conceito que a gente aprende lá em Direito de Família, na faculdade, sobre a diferença entre o que é um direito indisponível e o que é um direito patrimonial disponível. Então a gente aprende lá nas aulas de Direito Civil do quarto ou quinto ano que você não pode jamais renunciar ao seu direito de alimentos, mas você pode entender que você precisa de zero reais de alimentos naquele momento. Veja, você não abriu mão do seu direito indisponível, você não pode, mas você pode, sim, discutir o valor que aquele direito tem. E na minha visão humilde, *mutatis mutandis*, é a mesma coisa com o interesse público. O interesse público, sim, é indisponível, o Estado não pode abdicar de prestar serviço público. Mas quando ele celebra um contrato de concessão ele também está celebrando um negócio jurídico de caráter econômico para o qual ele teoricamente está obrigado a observar a garantia constitucional de preservação de equilíbrio econômico-financeiro em favor do concessionário.

E aí, a gente já viu isso muitas vezes e basta uma pesquisa rápida no banco de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo para ver que, não raro, o Poder Público coloca cláusula de arbitragem nos seus contratos e aí, na hora que a arbitragem é acionada, a primeira coisa que ele faz é ir para a Justiça e dizer: “Eu sou o Poder Público, não pode transigir, essa cláusula é ilegal”. No TJ de São Paulo, para nossa felicidade, a gente encontra precedentes que condenam essa prática. E o que essa Lei veio dizer para gente? Também é uma manifestação política muito importante, é dizer o seguinte: “Reconhecemos a partir de agora que quando você vai discutir equilíbrio econômico-financeiro na concessão, você não está falando puramente de interesse público, você está

falando sobre uma faceta do interesse público que tem natureza patrimonial disponível, sobre a qual você pode, sim, transigir e, acima de tudo, sobre a qual incide uma garantia constitucional, que é a garantia constitucional de manutenção das condições efetivas da proposta”. Então, me parece que há um movimento muito positivo nessa Lei nova em termos de mudar o *mindset* de como a gente interpreta os institutos, é um avanço significativo, um amadurecimento muito importante na forma como a gente enxerga o próprio instituto da Concessão, é uma necessária separação, dolorosa, mas inexorável, dos conceitos de obra pública da [Lei] 8.666 que precisam ser colocados no lugar devido deles, não dá para a gente aplicar, interpretar o direito relativo à concessão de serviço público pensando como se a gente estivesse diante de um contrato de empreitada. Cada um tem a sua relevância, cada um deles tem a sua implicação e cada um deles precisa ser interpretado de maneira que faça sentido.

Então, eu agradeço muito a atenção de vocês, espero não ter sido muito pedante, mas essas são as reflexões que eu acho que valem a pena ser colocadas na mesa, muito obrigado.

[Palmas]

Mario Corteze – (Professor da Escola Superior de Direito, Membro do IBEJI e Sócio da Libório Corteze Advogados)

Parabéns, Doutor Renan, fico feliz de que, quando, também estudei a Lei, observei que a caducidade e a relicitação podiam cair como ato administrativo discricionário, cabendo ao Poder Público escolher você, caducidade, você, relicitação. E, pela conclusão óbvia, também cheguei à conclusão que não cabe ao Poder Público, desde que for demonstrada a conveniência para atendimento do interesse público, a relicitação é a linha. A caducidade se mostra inconveniente no final. Então, fico feliz, a hora que o senhor começou a falar, eu falei: “É o caminho que a gente pensa, é uma coletividade pensando isso”. O professor também trouxe a ideia de interesse público com essa nova legislação. A arbitragem aqui veio no termo aditivo da relicitação, isso é uma inovação, que valor vai ser devolvido no fim da relicitação? Vai ser por arbitragem. Já pensou o Poder Público decidindo o valor? As suas multas, o seu investimento, você me deve. Seria fantástico. Agora vai ter uma arbitragem obrigatória no termo aditivo, então, o Poder Público vai entrar na sua linha, graças a Deus, por uma legislação nova, que o tempo de crise, só esse tempo pode nos permitir a isso. Agradeço mais uma vez à mesa, estar no meio desses grandes professores. Muito obrigado a todos.

PESQUISA DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa, de Paula Lino da Rocha Lopes – *RePro* 274/383-407 (DTR\2017\6804).

