

## O DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR E O DIREITO AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

José Guilherme Giacomuzzi\*

**Sumário:** Introdução. 1. Licitação e Democracia; 1.1. Reserva de administração, concessão e autorização legislativa específica; 1.2. A prorrogação do prazo é inerente à concessão? 1.3. A regra geral da prorrogação não supriria a falta de regra especial sobre a prorrogação? 2. Licitação, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e moralidade administrativa; 2.1. Causas passadas do desequilíbrio e a moralidade administrativa; 2.2. Causas futuras e moralidade administrativa. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** Por meio da análise de um caso concreto havido no Estado do RS envolvendo a possibilidade de prorrogação de contratos de concessão de exploração de rodovias, o artigo aborda o dever constitucional de licitar e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, normas que emanam do mesmo texto normativo (art. 37, XXI, CF/88). O artigo enfatiza a natureza democrática do instituto da concessão e relaciona o aspecto compensatório da prorrogação do prazo de execução quando usada para fins de reequilibrar a economia interna do contrato administrativo com a moralidade administrativa (art. 37, caput, CF/88).

**Palavras-chave:** Constituição. Democracia. Licitação. Equilíbrio econômico-financeiro. Moralidade administrativa.

**Abstract:** By analyzing a case that took place in the state of Rio Grande do Sul, Brazil, concerning with the possibility of prorogating the concession of exploiting roads, the article confronts the government's constitutional duty to perform public bidding proceedings and the right of contractors to the procurement's financial equilibrium, legal norms that emanate from the same constitutional provision (art. 37, XXI, Brazilian Constitution of 1988).

\* Doutor em Direito (2007) e Master of Laws (2004), George Washington University Law School, EUA; Mestre em Direito, UFRGS (2000); Pesquisador Visitante na Columbia Law School, EUA (2005); Professor da Faculdade de Direito do UniRitter (graduação e mestrado), campus de Porto Alegre, RS; Promotor de Justiça no RS desde 1995. Coordenador do Centro de Apoio Operacional Cível e de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público/RS. E-mail: giacomuzzi@mp.rs.gov.br

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 70	set. 2011 – dez. 2011	p. 183-206
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

The article emphasizes the democratic nature of concessions and relates the compensatory character of the eventual prorogation of the procurement's performance term to the administrative morality (art. 37 of the Brazilian Constitution of 1988).

**Key words:** Constitution. Democracy. Public bidding proceeding. Financial equilibrium. Administrative morality.

## Introdução

Em janeiro de 1996, na esteira de iniciativas parecidas tomadas em outras unidades da Federação no final do século passado,<sup>1</sup> deu-se início no Rio Grande do Sul a um Programa Estadual de Concessão Rodoviária (PECR): obedecendo à norma constante do art. 6º da Lei Estadual Geral de Licitações (Lei Estadual-RS 10.086/1994), que condiciona toda concessão à edição de uma lei específica que discrimine, dentre outros elementos, o prazo da concessão,<sup>2</sup> foram promulgadas nove leis autorizando o Poder Executivo gaúcho a conceder, por quinze anos, os serviços de operação e exploração, conservação, manutenção, melhoramentos e ampliação de novos trechos de rodovias integrantes do sistema rodoviário estadual.<sup>3</sup> Decorrido o processo licitatório, a execução dos contratos de concessão iniciou em 1998; entretanto, em 10.11.2008, cinco anos antes do término dos contratos, o mesmo Poder Executivo encaminhou ao Parlamento do RS um Projeto de Lei (PL 279/2008) que visava à prorrogação, sem licitação, de todos os contratos de concessão, indistintamente, por mais quinze anos; essa prorrogação, segundo o Governo, seria parte de um projeto mais amplo de infra-estrutura e logística, um “Programa Estruturante”, chamado DUPLICA-RS.

Junto com o PL 279/2008, o Governo do RS encaminhou à Assembléia Legislativa uma “Justificativa”, i.e., uma espécie de “Exposição de Motivos” na qual tornou públicas as razões pelas quais pretendia prorrogar os contratos em vigor; as razões apresentadas eram, basicamente, de duas ordens: a prorrogação das concessões seria, primeiro, necessária para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, depois, juridicamente possível, porque um item específico do Edital de Pré-Qualificação da

<sup>1</sup> A onda de iniciativas foi impropriamente chamada de “privatização do Estado”. Alguns dos modelos de “privatização” de rodovias adotados no Brasil foram referidos na dissertação de mestrado de GARCIA, 2004, p. 54-9.

<sup>2</sup> “Art. 6º – Toda concessão dependerá de lei específica que a autorize e discrimine os seguintes elementos: I – prazo da concessão; [...]”

<sup>3</sup> Leis Estaduais RS 10.698, 10.699, 10.700, 10.701, 10.702, 10.703, 10.704, 10.705 e 10.706, todas de 12.01.1996. Essas leis são idênticas em conteúdo, variando somente o art. 1º, que especifica o polo de pedágio a ser concedido; o art. 3º de todas as leis dispõe: “O prazo de concessão será de quinze anos”.

Licitação permitia expressamente a prorrogação por mais quinze anos, desde que atendesse “ao interesse público e às necessidades ditadas pelo valor do investimento”.<sup>4</sup> O aspecto do equilíbrio financeiro dos contratos era desdobrado em dois: (1) haveria um suposto desequilíbrio dos contratos, em favor das concessionárias, acumulado desde o início da concessão; na Justificativa, o Governo do RS, sem revelar o montante da “dívida” do Estado para com as concessionárias, confessava-se publicamente devedor das empresas concessionárias e afirmava que a prorrogação das concessões era “alternativa a evitar a elevação das tarifas”; (2) o PL 279/2008 continha ele próprio uma proposta de alteração de algumas cláusulas contratuais de serviço (as alterações consistiam basicamente na duplicação de alguns trechos das rodovias pedagiadas), mudança essa que seria, segundo o Governo, indispensável à retomada da “competitividade” do Estado do RS, que estaria frente a uma “necessidade urgente de ampliar a infra-estrutura rodoviária, sob pena de inviabilizar, em curto prazo, o crescimento do Estado, em decorrência de *gargalos* do modal rodoviário e do custo logístico” (sic); alteradas as cláusulas de serviço, estaria alterado o equilíbrio do contrato, que então deveria ser equacionado via prorrogação da concessão.

Logo se formou forte oposição ao PL 279/2008, vinda de vários setores da sociedade. As razões apresentadas eram igualmente de duas ordens: primeiro, a prorrogação das concessões seria juridicamente inviável, porque nem as leis específicas que autorizaram as concessões, nem os Editais de Convocação e tampouco os contratos firmados previam a prorrogação; depois, o alegado desequilíbrio econômico-financeiro da economia contratual acumulado em favor das concessionárias (1) não vinha acompanhado de qualquer comprovação, bem como (2) as alterações nas cláusulas de serviço propostas pelo PL 279/2008 não justificariam uma prorrogação por quinze anos, fosse porque alterariam a substância dos contratos iniciais, ferindo o princípio licitatório, fosse porque seriam alterações insuficientes, em quantidade e qualidade, aos propósitos alegados pelo Poder Executivo de “adequação ao interesse público”.

<sup>4</sup> Edital de Pré-Qualificação 70/96, de 12.11.1996 (item 3, 3.1). Em função da complexidade do certame, o Estado do RS valeu-se do artigo 114 da Lei Federal n. 8.666/1993: “Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”. Assim, a concorrência teve três etapas: à etapa de pré-qualificação seguiram-se duas outras, disciplinadas por mais dois editais, chamados pelo Edital de Pré-Qualificação (item 8) de EDITAIS DE CONVOCAÇÃO.

Em 18.12.2008, porém, o Poder Executivo, por razões políticas que não interessam aqui,<sup>5</sup> solicitou ao Parlamento a retirada do PL 279/2008, o qual teve seu processo legislativo arquivado no dia seguinte; com isso, o debate jurídico sobre o assunto, que se avizinhava e prometia ser rico, sequer nasceu formalmente.

Quero reavivar esse natimorto debate. Embora eu apresente neste estudo argumentos para demonstrar que a prorrogação dos contratos de concessão no caso em análise fere a CF/88, meu interesse é mais amplo: aproveito o episódio concreto para explorar pontos específicos da teoria do contrato administrativo e vinculá-los às concepções de democracia e separação de poderes adotada pela CF/88; o debate que proponho, então, é mais amplo do que o exame de uma hipótese específica, que serve tão-somente de ponto de partida. Tenho dois objetivos principais: salientar o aspecto político-constitucional do instituto da concessão, explicando qual o papel que o princípio democrático joga na interpretação das questões suscitadas pelo caso concreto (Item 1); chamar a atenção para alguns aspectos acerca do uso da prorrogação do prazo do contrato de concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo e vinculá-los à moralidade administrativa (Item 2). Para atingir esses objetivos, examino criticamente os tópicos abertos pela própria Justificativa ofertada pelo Governo do RS, acima minimamente delineada e abaixo pormenorizada. Seguem considerações finais.

## 1 Licitação e Democracia

Não há uma conexão necessária e *a priori* entre democracia e a exigência de o Estado proceder à licitação para contratar; um país não é menos ou mais democrático por simplesmente ter ou deixar de ter esta ou aquela norma ou conjunto de normas que regem a contratação pública. Não há um “modelo a

<sup>5</sup> A razão principal, porém, pode ser assim resumida: dentre as rodovias pedagiadas constantes do PECCR, várias englobavam trechos de rodovias federais, pelo que a União Federal deveria anuir previamente com a proposta de prorrogação das concessões. Como a União Federal não concordou com a prorrogação, o projeto tornou-se inviável aos olhos do Poder Executivo gaúcho. Seguiu-se então ato administrativo insólito: o Poder Executivo gaúcho “denunciou” o contrato à União Federal, com o intuito de passar a esta a responsabilidade de fiscalizar toda a malha viária pedagiada; ante a recusa da União Federal em “assumir a responsabilidade” (que aliás jamais teve) pela fiscalização das concessões, e diante do hiato criado (quem fiscaliza?), o Tribunal de Contas do RS, em decisão liminar datada de 10.01.2010 (publicada em 28.01.2010), determinou ao Poder Executivo do RS que retomasse imediatamente o controle das concessões. Essa decisão baseou-se em vasto Relatório Preliminar de Auditoria Operacional daquela Corte de Contas e foi confirmada pelo Plenário do TCE/RS em 10.02.2010. O referido Relatório tem 249 páginas e é o resultado, em tudo impressionante, de um trabalho que perdurou de 12.11.2008 a 21.10.2009; o Relatório analisou o PECCR de 1997 a 2009.

seguir”, nem existe um conjunto de normas ideais a serem adotadas no que toca à delicada temática das contratações públicas. Entretanto, observando o ordenamento jurídico brasileiro não é difícil ver que há uma conexão feita pelo legislador constitucional entre, de um lado, as normas que delineiam a licitação e, de outro, a democracia; essa conexão é ainda mais palpável quando se trata de contratos de concessão de serviços públicos. O jurista deve reconhecer essa opção política, compreendê-la e resolver os casos concretos *a partir dela*.

É digno de nota que o Brasil tenha elevado ao nível constitucional o princípio da concorrência pública, via licitação, tanto para os casos de concessões e permissões de serviços públicos (art. 175, *caput*, CF/88) – o que nos interessa mais de perto –, como para os casos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI, CF). Essa opção política brasileira é peculiar.

O sistema jurídico francês, do qual o Brasil importou por mais de século um modelo de Estado e todo um arcabouço teórico juspublicista – principalmente a idéia de serviço público –,<sup>6</sup> conferia, até ontem, a escolha do concessionário à discricionariedade da Administração Pública. Foi com a chamada “Lei Sapin”, de 29.01.1993, que se deu importante alteração no sistema francês, a fim de conferir maior transparência na escolha do concessionário; ainda assim, vencida uma primeira etapa de habilitação dos candidatos, etapa que deve ser pública, a Lei Sapin prevê que a autoridade concedente pode negociar livremente com as empresas habilitadas sobre as ofertas de prestação do serviço (art. 38).<sup>7</sup> Mesmo assim, a liberdade de contratar da Administração francesa é ainda bem maior que a liberdade contratual do ente público brasileiro no que toca à concessão.

Esse brevíssimo dado comparativo é aqui trazido somente na intenção de frisar o caráter *político* da opção brasileira pela concorrência; numa palavra: o direito brasileiro poderia ter feito outra opção, dando maior liberdade ao poder concedente, como ocorre na França. Não foi esta a escolha do legislador constitucional brasileiro, que optou por impor ao Estado o dever de proceder à concorrência. Explicitar as razões dessa opção política interessa ao argumento que desenvolvo.

<sup>6</sup> Nos países da *common law*, por exemplo, que tão fortemente têm influenciado a cultura juspolítica brasileira nas últimas duas décadas, não se compreende o conceito de serviço público como nós, brasileiros e franceses. Na tradição da *common law*, “serviço público” pode ser um conceito político, mas não tem definição legal. Como destaca John Bell, “existem assunções e valores associados a conceitos jurídicos particulares e por isso a estrutura conceitual do direito faz diferença na forma com que os operadores jurídicos pensam”. BELL, 2008, p. 1275. Sobre o forte caráter ideológico da noção de serviço público, ausente nas EUA, cf. CHEVALLIER, 2002, p. 562-76. Comparei a essência dos contratos administrativos brasileiro, francês e norte-americano na minha tese de doutorado nos EUA e recentemente traduzida; cf. GIACOMUZZI, 2011.

<sup>7</sup> Cf. RICHER, 2008, p. 570. Ainda assim, frise-se, a regra na França é infraconstitucional.

Parece haver duas razões principais pelas quais o constituinte brasileiro optou por impor a concorrência pública no caso das concessões (e dos demais contratos públicos). Por didatismo, chamo a primeira de razão “histórica”; a segunda, razão “ideológica”. A primeira razão foi tentar evitar, via transparência administrativa, a corrupção e a confusão entre o público e o privado, mazelas que infelizmente acompanham nossa história.<sup>8</sup> Se tivéssemos níveis mais baixos de corrupção, talvez a opção constitucional tivesse sido outra, permitindo-se então maior liberdade de escolha ao Estado (ao administrador público, em suma).

A segunda razão, ideológica, é esta: quer-se aumentar a qualidade do serviço público, confiando na idéia liberal de que o mercado pode também auxiliar o Estado na busca de uma melhor prestação do serviço público. Essa idéia tem por trás uma aberta filosofia anglo-americana, que também inspirou reformas no sistema de contratação pública de países como a França, para ficarmos com o mesmo paradigmático exemplo.<sup>9</sup> A frase de um *scholar* norte-americano especialista no tema, referindo-se à exigência normativa da promoção, pelo Estado, de uma ampla e aberta competição nos contratos públicos do seu próprio país resume bem essa razão ideológica nos Estados Unidos: “Promovemos a *competição* porque acreditamos no poder do mercado”.<sup>10</sup> Numa palavra, a idéia animadora do constituinte brasileiro é a de que a concorrência pública aumentaria não só a transparência, evitando a corrupção, mas também melhoraria a qualidade do serviço público prestado, fomentando assim a eficiência administrativa; ambas as proposições políticas terminaram também positivadas no texto constitucional em dois enunciados normativos: impessoalidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF). Da forma com que vinha posto, o PL 279/2008 dava margem ao ferimento da impessoalidade e da eficiência administrativas. Por quê?

<sup>8</sup> Corrupção que não é, obviamente, monopólio brasileiro. No âmbito dos contratos públicos, tema que interessa aqui, a corrupção existe, em maior ou menor grau, em todas as latitudes, em países desenvolvidos ou em desenvolvimento. Na literatura norte-americana, cf. ROSE-ACKERMAN, 1999, especialmente p. 27-35. Na Espanha, cf. JUAN, 2006, especialmente p. 15-64.

<sup>9</sup> A doutrina especializada francesa também refere que o caráter ideológico liberal está por trás das reformas havidas na França no que toca aos contratos administrativos, dentre eles a concessão, reformas que diminuíram, como mencionado no texto, a liberdade de contratar do poder público. Cf. GUETTIER, 2008, p. 12.

<sup>10</sup> SCHOONER, 2002, p. 104. Em nota de rodapé, o autor aduz: “Acreditamos que o mercado prospera em razão do auto-interesse do ser humano, o qual se comprova ser bem mais eficaz que políticas legislativas ou regulatórias”.

Para responder, procederei dialeticamente, confrontando meus argumentos com aqueles oferecidos pela Justificativa ao PL 279/2008.<sup>11</sup> Usar a Justificativa como ponto de partida à reflexão é obedecer à moralidade administrativa: se, como penso, a moralidade veicula um dever de honestidade por parte do administrador público,<sup>12</sup> induzindo e pressupondo no administrado (e no jurista) a confiança, devo levar a sério os motivos que constam da Justificativa do Governo do RS.

Relembrando: tanto as leis específicas que autorizavam as concessões quanto os contratos de concessão firmados previam um prazo de quinze anos, silenciando sobre eventual prorrogação. Entretanto, a Justificativa ao PL 279/2008 expressamente referia que o Edital de Pré-Qualificação possibilitava a prorrogação dos contratos “por mais 15 anos para atender ao interesse público e à necessidade de novos investimentos”; de acordo com a Justificativa, isso estaria de acordo com “previsões específicas dos prazos contratuais, seja na lei federal – 8.987/95 – seja na lei 8.666/93 (previsão específica de prorrogação de prazo)” (sic). Começo analisando um erro grosseiro da Justificativa para, depois, partir para a análise da legalidade da proposta (aqui, vou melhorar, por amor ao debate, propositadamente, o argumento do PL 279/2008).

O erro grosseiro: ao invocar a lei federal 8.987 para os fins que pretendia, a Justificativa negligenciava o inciso XII do art. 23 dessa lei, que de fato contém disposição sobre prorrogação de prazo contratual, mas na verdade traz norma *contrária* aos interesses do PL 279/2008. Esse inciso refere ser *essencial* ao contrato uma cláusula que disponha sobre as “condições para prorrogação do contrato”. Ora, os contratos de concessão em discussão não previam *nenhuma* cláusula sobre prorrogação, exatamente, repito, conforme as leis específicas que autorizaram as concessões. Ora, uma cláusula dita *essencial* não pode ser considerada escrita quando simplesmente não existe. Mas o Edital de Pré-Qualificação, que previa expressamente, ele sim, a possibilidade de prorrogação dos contratos, não poderia justificar a prorrogação, *ainda que* as leis autorizadas da concessão, o Edital do Certame e os próprios contratos não tivessem previsto essa possibilidade? Em palavras simples: o Edital de Pré-Qualificação não faz parte do certame?

<sup>11</sup> Anote-se, embora evidente, que a Justificativa é uma peça política, não jurídica; dela não se esperam, então, lições de direito. Não é menos verdade, porém, que ela não é obrigatória, isto é, nada obriga o autor de um PL a indicar por escrito os motivos pelos quais propõe uma lei. Ao fazê-lo, e de forma escrita e pública, o proponente de um PL nada mais faz do que permitir a crítica pública e democrática à proposta. Sob este aspecto, é de todo elogiável a postura de oferecer publicamente as razões de ser de uma proposta legislativa.

<sup>12</sup> Cf. GIACOMUZZI, 2002, *passim*.

A resposta passa por lembrar uma trivialidade referida pela doutrina e aceita nos tribunais: “A pré-qualificação consiste na dissociação da fase de habilitação do restante do procedimento”.<sup>13</sup> Ora, a fase de pré-qualificação, como se lê num manual básico, “não faz parte da concorrência”;<sup>14</sup> nessa fase, o que se pretende é somente qualificar o licitante.<sup>15</sup> O edital que se constitui na “lei interna da concorrência”,<sup>16</sup> como se convencionou dizer, é o Edital de Convocação, que deve conter “a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis” (art. 18, inc. XIV, Lei Federal 8.987/95), e jamais o Edital de Pré-Qualificação. A pré-qualificação limita-se a habilitar as empresas aptas a participarem da futura concorrência, a qual, no caso da concessão, deve ser balizada pelos parâmetros da lei autorizadora. A “habilidade” da empresa que pretende participar do certame pode, na fase de pré-qualificação, ficar até muito além das exigências constantes da futura concorrência (talvez isso até seja recomendável; e mesmo, um critério de pontuação); o que não pode é a empresa ficar aquém das exigências. Dito de outro modo, o que se quer na fase de pré-qualificação é atestar a capacidade técnica de uma empresa para prestar o serviço “x”; não se pode depois exigir da empresa que ela preste um serviço “x + 1” ou, menos ainda, o serviço “y”, mas se lhe pode exigir o serviço “x – 1”. É a lei, e só ela, porém, que diz o que equivale a “x”. Se o serviço que a lei autoriza é “x” e o Edital de Pré-Qualificação habilita as empresas a prestar o serviço “x + 1”, não há qualquer problema para a concorrência, *desde que* o serviço concedido fique limitado a “x”. Por quê? Porque o Edital de Pré-Qualificação, ato unilateral do Poder Executivo, não delimita o serviço público a ser concedido; quem o faz é a lei. Esse ponto ficará melhor explicitado abaixo.

No caso em análise, as empresas habilitadas a firmar os contratos tiveram atestada, na fase de pré-qualificação, sua capacidade de operar as concessões por quinze anos, prorrogáveis até trinta anos, se necessário; essa capacitação é um dado técnico. Mas as mesmas empresas concorreram a uma licitação de quinze anos somente; esse é um fator legal. O fato de as concessionárias estarem aptas a operar as concessões por até trinta anos (o que se lhes exigiu via Edital de Pré-Qualificação) não significa que os contratos devam ou possam durar trinta anos. Repita-se: a capacidade de operação das empresas é um dado técnico; o que se pode conceder depende de lei. Em palavras

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, 2010, p. 950. Cf. TJ/RS, 1ª Câm. Cív., Apelação Cível n. 70024900391, rel. Des. Carlos Roberto L. Canibal, j. 24.90.2008.

<sup>14</sup> MUKAY, 2008, p. 229.

<sup>15</sup> Cf. TJ/RS, 21ª Câm. Cível, Apelação Cível n. 700212181928, rel. Des. Marco A. Heinz, j. 10.10.2007.

<sup>16</sup> MEIRELLES, 2006, p. 130.

simples: a prorrogação dessas concessões por mais quinze pode ser necessária (aceitemos essa tese) e ao mesmo tempo não ser juridicamente possível; é a lei, não o edital de Pré-Qualificação (ou mesmo o Edital do Certame, que tem certos limites legais), que baliza os termos de uma concessão.

Talvez se pudesse encerrar a discussão e concluir que não era nem é possível prorrogar os contratos diante da falta de previsão legal e contratual que expressamente permita prorrogação. Por amor ao debate, porém, vou aqui melhorar os débeis argumentos da Justificativa e aproveitar para suscitar e enfrentar questões interessantes e pouco exploradas entre nós na teoria dos contratos administrativos. Ofereço três linhas argumentativas à tese da possibilidade da prorrogação, para depois refutá-las; os argumentos são sucessivos e prejudiciais: (1) a matéria de delegação dos serviços públicos faria parte da “reserva de Administração”; assim, submeter o Poder Executivo ao controle legislativo no que toca a serviços públicos ofenderia o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF); isso implicaria a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.074/95 e do *caput* do artigo 6º da Lei Estadual/RS 10.086/1994, que requerem lei específica autorizadora de toda concessão; (2) a prorrogação do prazo contratual seria *inerente* a toda concessão; (3) ainda que assim não fosse, o § 4º do art. 4º da Lei Estadual/RS 10.086/1994, ao dispor que as concessões não terão prazo superior a trinta anos, podendo, contudo, ser prorrogadas até o máximo de cinquenta anos, estaria a autorizar a prorrogação. Assim, em resumo, os argumentos teriam a seguinte estrutura: (1) a Administração não precisaria de autorização legislativa para delegar, ou para prorrogar, um serviço público; se não isso, em sendo necessária a lei, e embora as leis específicas tenham silenciado sobre a possibilidade de prorrogação, essa possibilidade, ou (2) deveria ser considerada inerente à concessão, ou (3) poderia ser considerada suprida pela regra geral da Lei Estadual-RS 10.086/94. Esses argumentos pedem resposta.

### 1.1 Reserva de administração, concessão e autorização legislativa específica

Parte da doutrina nacional entende que não é necessária a autorização legislativa específica para a delegação de serviços públicos;<sup>17</sup> a necessária consequência desse entendimento é a de que seria inconstitucional o art. 2º da Lei Federal 9.074/95 (e, pelo mesmo motivo, do *caput* do artigo 6º da Lei Estadual/RS 10.086/1994), o qual veda a prestação de serviços públicos, via concessão e permissão, sem que lei específica as autorize. Os argumentos

<sup>17</sup> Cf., por exemplo, DI PIETRO, 2011, p. 71-3; OLIVEIRA, 2009, p. 197-8; SOUTO, 2004, p. 47-9.

em favor dessa tese, conjugados e com pequenas variações, têm basicamente a seguinte estrutura: celebrar contratos é uma “função administrativa típica”, sendo a delegação de um serviço público um “ato de gestão”; por isso, exigir autorização legislativa prévia à concessão é ferir o princípio da separação de poderes, o que só é possível nos casos expressos na CF.

Não deixa de ser curioso o fato de que nenhum dos autores que defendem essa tese cita o único julgado do Supremo Tribunal Federal específico sobre o tema, de 1997, que a suporta.<sup>18</sup> Essa corrente doutrinária apresenta ainda uma tese subsidiária: se não é inconstitucional (materialmente) o mencionado art. 2º nesta parte, ao menos o é (formalmente) na parte em que exige a lei específica a todos os entes federados; por ser federal a Lei 9.074/95, ela não poderia ter disposto aos Estados-membros e Municípios (nesta versão subsidiária, o *caput* do artigo 6º da Lei Estadual-RS 10.086/1994 permaneceria intacto).

Outra parte da doutrina defende o contrário,<sup>19</sup> com o aval, indireto, de pelo menos uma decisão do STJ.<sup>20</sup> Os argumentos têm, resumidamente, a seguinte estrutura: a delegação de um serviço público deriva do princípio da República e da soberania popular; por isso, só o povo pode delegar um serviço público, que deve ser prestado pelo Estado; quando o serviço é prestado diretamente, não é necessária lei, ao passo que a lei autorizadora específica é necessária quando o serviço é prestado de forma indireta, via concessão. Segundo essa corrente, a obrigatoriedade de autorização legislativa específica para a concessão deriva da própria CF, sendo a regra do art. 2º da Lei Federal 9.074/95 (e, por conseguinte, também a do *caput* do artigo 6º da Lei Estadual-RS 10.086/94) “meramente explicitadora da previsão constitucional.”<sup>21</sup>

Parece-me que ambas as linhas argumentativas extraem do texto da CF normas que ela não veicula, embora a conclusão a que chega a segunda corrente seja acertada;<sup>22</sup> o fundamento desta corrente é que está equivocado:

<sup>18</sup> STF, Pleno, ADI 462-0/BA, j. 20.08.1997, rel. Min. Moreira Alves, DJ 18.02.2000. Nessa ADI, a Corte julgou inconstitucional a parte do § 1º do art. 25 da Constituição do Estado da Bahia que condicionava a delegação de serviços públicos à prévia autorização legislativa. O argumento utilizado pela Corte é o de que a exigência de prévia autorização legislativa não se coaduna com o poder de fiscalização *a posteriori* que pela CF incumbiria ao Poder Legislativo, pelo que violaria o princípio da separação dos poderes; além disso, segundo o STF, “a exigência da licitação pública para a concessão de serviços públicos decorre do art. 175, ‘caput’, da Constituição Federal” (fl. 11 do acórdão). Essa frase não segue a lógica do argumento e está solta. Ninguém discutiu ou discute que a licitação é devida; o que se discutia na ADI é se a CE da Bahia poderia vincular a o Executivo ao Poder Legislativo no que toca à delegação do serviço.

<sup>19</sup> Cf. JUSTEN FILHO, 2003, p. 175-6. BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 713-4.

<sup>20</sup> Cf. STJ, 1ª Turma, RE 622.101/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 20.04.2004, DJ 17.05.2004.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 177.

<sup>22</sup> Acerta o tom quem afirma que “o serviço público é outorgado ao Estado por decisão do povo, consagrada na Constituição ou em leis infraconstitucionais. O governante não é o senhor do

a necessidade de autorização legislativa decorre da lei – que nada tem de inconstitucional –, e não diretamente da CF. Justifico.

A moderna dogmática constitucional cuidou de estruturar o tema em torno do que se chama hoje de “reserva de lei”,<sup>23</sup> a qual não se confunde com o mais genérico – e incerto – princípio da legalidade.<sup>24</sup> Uma definição útil refere que “existe reserva de lei quando a constituição prescreve que regime jurídico de determinada matéria seja regulamentado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas”.<sup>25</sup> Mas essa definição aparentemente simples envolve um tema complexo, qual seja, o das competências materiais e formais da organização do Estado, tema que atinge o coração do princípio democrático e da separação de poderes. Aqui, a chave da questão é lembrar um paradoxalmente esquecido truísmo: cada democracia segue o seu rumo no que toca ao “princípio” da separação de poderes. Na verdade, a reserva da lei “não deve divorciar-se das estruturas constitucionais concretas de cada país”; assim, os problemas que ela coloca “só em face dos ordenamentos constitucionais positivos podem ser esclarecidos.”<sup>26</sup>

Não obstante isso, é possível identificar problemas – não as soluções – semelhantes nos diversos ordenamentos constitucionais modernos; os limites da reserva da lei constituem um desses problemas, e, dentro dele, um item importante é o da “reserva de administração” ou “reserva constitucional de administração”, o qual tem sido estudado pela dogmática constitucional-administrativa estrangeira, alemã sobretudo,<sup>27</sup> com incipientes reflexos na doutrina nacional.<sup>28</sup> O problema envolveria, basicamente, questões na seguinte direção: haveria matérias que estariam “a salvo” da atividade do Parlamento, as quais não seriam expropriáveis por este, em razão de serem reservadas à Administração? Essas reservas seriam absolutas, no sentido de não permitirem nenhuma delimitação legislativa (ou controle judicial),<sup>29</sup> ou haveria graus de ingerência/controlê possíveis? O serviço público seria uma dessas matérias? Se positiva a resposta, em que grau?

serviço público nem da opção de prestá-lo.” JUSTEN FILHO, 2003, p. 176. No mesmo sentido, cf. BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 714.

<sup>23</sup> Entre nós, cf., por todos, Afonso da Silva, 2009, p. 83-4. Na doutrina portuguesa, examinando o conceito no direito alemão, onde ele melhor se desenvolveu, cf. CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 159-296.

<sup>24</sup> Sobre a vinculação da Administração à lei, cf. OTERO, 2003.

<sup>25</sup> CANOTILHO [2003], p. 724.

<sup>26</sup> CANOTILHO [2003], p. 724.

<sup>27</sup> Cf., por exemplo, CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 369-411 (sobre o direito alemão), p. 600-6 (italiano); CANOTILHO [2003], p. 739-43; MAURER, 2006, p. 122-40.

<sup>28</sup> Cf. CORREIA, 2008.

<sup>29</sup> O problema do controle judicial não interessa ao presente artigo.

Embora evidente, anote-se que não estamos diante de um simples problema de legalidade ou de primazia da lei – é claro o Administrador deve obedecer à lei.<sup>30</sup> O problema é outro: saber se há alguma matéria que o sistema jurídico-constitucional reserva *somente* à Administração, bloqueando a ingerência do legislador.<sup>31</sup>

Como sempre, o exame do texto da CF deve ser o ponto de partida. O que a CF diz sobre o assunto da necessidade de autorização legislativa específica à delegação dos serviços públicos? Diretamente, ela nada diz; ela *remete o assunto ao legislador*. Com efeito, o art. 175 da CF limita-se a expressamente dar ao legislador (“na forma da lei”) o poder de regulamentar a prestação do serviço público, o qual, entre nós, permanece sob a titularidade do Estado.<sup>32</sup> Numa palavra: a CF diz expressamente que a lei disporá sobre serviços públicos. Por que então, diante da clareza da CF, parte da doutrina nacional insiste em afirmar que a lei não pode exigir que a concessão dependa da autorização legislativa específica? A resposta passa por compreender a herança cultural que ainda governa a mente de parte significativa da nossa doutrina.

Nos parâmetros “clássicos” do direito administrativo, está correto afirmar que delegar serviço público é uma função administrativa “típica” ou um “ato de gestão”; está igualmente correto inferir que essa função, porque “típica”, seria “indelegável”. Mas é preciso acrescer que isso ocorre no direito administrativo *francês*, sistema jurídico de onde a corrente doutrinária brasileira que sustenta a desnecessidade de autorização legislativa específica para delegação de serviços públicos parece ter partido para formular seu argumento; ora, a razão epistemológica dessa vassalagem cultural são facilmente compreensíveis: a estrutura mental (*mentalité*) do jurista brasileiro trabalha, no que toca ao direito administrativo, com a matriz francesa de pensamento – e isso é, ainda hoje, *natural* ao jurista brasileiro.<sup>33</sup> Na França, a autoridade administrativa encarregada dos serviços públicos tem, em princípio e por força da história singular daquele país, a liberdade de decidir

<sup>30</sup> Cf., na doutrina alemã, MAURER, 2006, p. 125.

<sup>31</sup> À luz da teoria constitucional-administrativa moderna, penso que é esse o tema a ser debatido; no limite, é possível dizer que ambas as correntes acima referidas apresentam argumentos que podem encaixar-se nesse debate. Não parece, porém, que os autores tenham argumentado conscientes dos conceitos dogmáticos que exploravam.

<sup>32</sup> Avaliar se essa opção constitucional é a melhor, ou se a concepção de serviço público “morreu” ou deve ser alterada, redefinida ou o que for é um problema político. Um apanhado recente e esclarecedor sobre as “crises” do serviço público encontra-se em Aragão, 2008. Um estudo interessante sobre a titubeante concepção de serviço público no STF encontra-se em VOJVODIC, 2009.

<sup>33</sup> Tratei da influência das *mentalités* nas concepções teóricas do contrato administrativo em GIACOMUZZI, 2011, especialmente p. 95-111.

se e como delegará um serviço público (se por contrato ou mesmo por um ato unilateral); só em caso de *privatização* (leia-se *venda*) do serviço é necessária a autorização legislativa.<sup>34</sup> Essa estrutura jurídica é o reflexo de uma realidade cultural na qual a burocracia administrativa ganhou força inigualável e incomparável a qualquer sistema jurídico moderno.<sup>35</sup> Na França, uma ideia positiva da Administração Pública ganhou ao longo dos séculos ares mitológicos, levando o cidadão a aderir a uma ideologia que sustenta o poder estatal; na França, a *Administration* aparece a uma só vez como agente do Estado e da Nação, sendo *État* e *Nation* o par de símbolos em torno do qual se movimenta e se legitima a sociedade francesa.<sup>36</sup>

Ocorre que o Brasil não transplantou todo o sistema jurídico administrativo francês, nem poderia fazê-lo. Mitos e ideologias não são *commodities* que se transfiram numa penada de tinta ou no digitar de um botão, e culturas inteiras não viajam de navio para se instalarem em novas democracias. A opção política do sistema brasileiro não confere à Administração Pública o poder de, sozinha, delegar serviços públicos; entre nós, a CF quis que o Parlamento não se demitisse de reger o assunto; no nosso sistema jurídico, a função administrativa de delegar serviços públicos, “clássica” ou não, deve ser autorizada pela lei. Talvez até haja argumentos políticos hábeis, ou mesmo brilhantes argumentos sociológicos, a recomendar que a função de delegar um serviço público no Brasil seja função afeita à Administração Pública, devendo por isso ser a ela reservada exclusivamente; esses argumentos, porém, não convenceram nem o legislador constituinte, nem o legislador ordinário. Daí por que não é correta a interpretação de que o texto do art. 2º da Lei 9.074/95 (ou o do *caput* do artigo 6º da Lei Estadual-RS 10.086/94) ofende o princípio da separação dos poderes por tratar de um “ato de gestão” de uma “função administrativa típica” (o que a melhor dogmática chamaria de “reserva de administração”).

Por outro lado, também não é correto o argumento de que o art. 2º da Lei 9.074/95 meramente explicita uma exigência da própria CF no sentido de que deve haver lei específica autorizando a concessão. Esse poder decorre da lei, não da CF,<sup>37</sup> que confere expressamente – i.e., reserva – ao legislador o

<sup>34</sup> Agradeço à Laurence Lalliot-Folliot, Professora de Direito Administrativo nas Universidades Nanterre (Paris X) e Sorbonne (Paris I) e consultora do Banco Mundial, pelos esclarecimentos devidos quanto ao direito administrativo francês.

<sup>35</sup> “Em nenhum país europeu a prática legislativa andou tão longe da ideia de lei como em França, o que se verifica ainda hoje [...]” CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 662.

<sup>36</sup> Cf. CHEVALLIER, 2002, p. 561-611.

<sup>37</sup> A discussão que poderia ser feita seria sobre os limites dessa lei: por exemplo, poderia a lei simplesmente delegar totalmente ao Executivo a regulamentação da temática das delegações de serviço público? Em assim fazendo, não estaria o legislador demitindo-se da função que a CF lhe conferiu? Essas discussões não serão feitas neste artigo.

poder de dispor sobre a delegação de serviços públicos; não há, portanto, uma “reserva de administração” no tema em análise; o que há é uma reserva de lei.

Na teoria constitucional e política, não há, repito, um campo *a priori* de matérias reservadas à Administração; cada sistema jurídico faz suas “reservas”. A CF/88 reservou a temática da delegação de serviços públicos à lei, e encarregaram-se de regular a matéria, no plano Federal, as Leis 8.987 e 9.074, ambas de 1995 (no plano Estadual-RS, a Lei 10.086/94). Essas leis, todas, determinam que deve o Parlamento autorizar prévia e especificamente cada delegação de serviço público que o Poder Executivo venha a implementar. Essa é a forma que o sistema jurídico brasileiro escolheu para o balanceamento das funções entre os poderes no que toca às delegações de serviços públicos.

Como se viu, o ordenamento jurídico brasileiro não somente impôs limites ao poder concedente na escolha do concessionário, mas também conferiu ao cidadão, no art. 175 da CF/88, a opção política de, por meio dos seus representantes no Parlamento – e não no Poder Executivo –, escolher a forma pela qual alguns serviços públicos serão prestados, se diretamente pelo Estado ou indiretamente via concessão ou permissão. Dentre os vários reflexos dessa opção política, destaco o seguinte: escolher a forma de prestação de serviços públicos é direcionar parte do dinheiro do cidadão e conseqüentemente da receita pública e também da economia; se o serviço é estatal, serão devidos e cobrados tributos; se for concedido, será devida e cobrada tarifa. Em suma, o cidadão, ao autorizar a concessão do serviço público, possibilita no mínimo duas coisas: (1) que o Estado redirecione a receita pública (invista de forma diferente) de um serviço público a outro; (2) que o particular mais apto e eficiente dentre os concorrentes, obedecendo ao risco inerente à concessão, aufera lucro pelo serviço prestado. O Brasil resolveu colocar essas opções nas mãos do legislador, não do administrador.

### 1.1 A prorrogação do prazo é inerente à concessão?

A norma contida nos incisos II e III do art. 2º da Lei Federal 8.987/1995 (bem como nos incs. II e III do art. 3º da Lei Estadual-RS 10.086/94) determina que a delegação de uma concessão seja sempre e necessariamente temporária.<sup>38</sup> O art. 2º da Lei Federal 9.074/1995, como se viu, veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a execução de “obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos”. Sobre os contratos de concessão, o inc. I do art. 23 da Lei Federal 8.987/1995 estabelece como essencial a cláusula que

<sup>38</sup> A clareza da lei não possibilita qualquer discussão doutrinária. Cf., por todos, JUSTEN FILHO, 2003, p. 56. O texto legal dos incisos referidos da Lei Estadual-RS 10.086/94 tem teor quase idêntico aos da Lei Federal 8.987/95.

lhe estipula o prazo, e o inc. XII do mesmo artigo estabelece como essencial a cláusula relativa “às condições para a prorrogação do contrato”. As mesmas normas encontram-se nos incisos I e XII do art. 9º da Lei Estadual-RS 10.086/94, com a especificidade de que a lei gaúcha ainda explicita, sobre a prorrogação, que suas condições devem estar previstas no edital de licitação.<sup>39</sup>

Se a Lei Geral de Concessão dos outros Estados-membros não exige forma específica para a concessão, parece razoável sustentar que o legislador estadual poderia, via lei específica, limitar-se a autorizar o serviço público de forma mais genérica,<sup>40</sup> deixando o prazo da concessão em aberto, isto é, deixando ao Poder Executivo maior discricionariedade na implantação da política pública na matéria. No RS, entretanto, essa liberdade não existe, porque, repete-se, o *caput* do art. 6º da Lei 10.086/1994 (Lei Geral Estadual das Concessões)<sup>41</sup> expressamente exige que a concessão somente poderá dar-se por lei específica que a autorize e discrimine alguns itens, sendo o prazo o primeiro deles.<sup>42</sup> O legislador gaúcho de 1996, ao montar o PEGR, poderia ter estabelecido outro prazo para a concessão, prorrogável ou não, desde que não ultrapassasse os trinta anos, prorrogáveis até cinquenta anos (artigo 4º, § 1º, Lei Estadual n.º 10.086).<sup>43</sup>

Esse arcabouço legal indica que o prazo do contrato faz parte da *essência* da concessão; não há concessão sem prazo; no RS, aliás, o prazo deve constar da lei específica autorizadora. Da mesma forma, as “condições para a prorrogação do contrato” também fazem parte da *essência* da concessão; não há prorrogação de concessão sem que as condições da prorrogação estejam previstas no contrato; no RS, há expressa determinação legal de que essas condições também constem do edital de licitação. Se o edital do certame e o contrato não falam em condições de prorrogação, então é porque não há

<sup>39</sup> Art. 9º – São cláusulas essenciais do contrato, no que for aplicável, as relativas a:

I – objeto, área de prestação do serviço e *prazo de concessão*;

[...]

XII – condições para prorrogação do contrato, *desde que previstas no edital de licitação*; [grifo nosso]

<sup>40</sup> Cf., por exemplo, a posição de Bandeira da Mello, 2010, p. 714: “Assim, cumpre que a lei fundamente o ato administrativo da concessão, outorgando ao Executivo competência para adoção desta técnica de prestação de serviço. Nada impede, todavia, que a lei faculte, genericamente, a adoção de tal medida, em relação a uma série de serviços que indique.” No mesmo sentido, cf. JUSTEN FILHO, 2003, p. 173.

<sup>41</sup> Ver nota de rodapé n. 2 *supra*.

<sup>42</sup> Cf. argumentos em prol da tese aqui sustentada em JUSTEN FILHO, 2003, p. 175-7.

<sup>43</sup> Ou seja, a própria Lei Geral Estadual das Concessões previu um prazo máximo razoável às concessões no RS, mas deixou ao legislador uma margem ao exercício da *discricionariedade legislativa* para estabelecer um prazo à concessão.

possibilidade de prorrogação, *porque não há prorrogação sem condições*, as quais são da essência do contrato. Daí que não há como a prorrogação ser considerada implícita ao contrato de concessão

## 1.2 A regra geral da prorrogação não supriria a falta de regra especial sobre a prorrogação?

Acima foi dito que a própria Lei Estadual-RS 10.086/94 prevê que as concessões no RS não podem ultrapassar os trinta anos, prorrogáveis até cinquenta anos. O texto do artigo 4º, § 1º, da Lei Estadual-RS 10.086 é este: “A concessão não poderá ser por prazo superior a trinta anos, podendo, contudo, ser prorrogada até o máximo de cinquenta anos no total” (sic). Desse texto não se poderia extrair norma no sentido de que toda concessão seria sempre prorrogável, desde que não ultrapasse os cinquenta anos? O argumento teria a seguinte estrutura: tendo a lei geral de licitações do RS previsto genericamente a possibilidade de prorrogação da concessão, as leis específicas autorizativas das concessões, embora devam prever o prazo da concessão (segundo o já mencionado art. 6º, I), não precisariam expressamente prever a possibilidade da prorrogação.

Não parece ser essa a melhor leitura do texto legal. Levado ao extremo, o argumento poderia conduzir à seguinte situação: imaginemos que uma lei específica autorizasse uma concessão de serviço público por cinco anos, silenciando sobre a possibilidade de prorrogação; se aplicarmos o raciocínio de que a prorrogação de até cinquenta anos estaria prevista de antemão na lei geral, então teríamos que aceitar que uma autorização de cinco anos dada pela lei específica pode na prática equivaler a uma autorização dez vezes maior que a autorização dada inicialmente. Levando o caso ao extremo, a aceitação desse argumento anularia a exigência do prazo como elemento essencial da licitação, uma vez que seria possível a prorrogação até cinquenta anos de qualquer concessão desde que o legislador específico tivesse previsto qualquer prazo menor que trinta anos para a concessão (um ano, por exemplo); assim, todas as concessões no RS poderiam, com sucessivas prorrogações, durar até cinquenta anos.

Alguém poderia dizer que critérios de razoabilidade e proporcionalidade limitariam o tempo de prorrogação da concessão, que poderia ter como parâmetro o próprio prazo legal do contrato, talvez utilizando-se, por exemplo, de uma simples regra de três, assim: se a lei geral estabelece trinta anos como prazo máximo de concessão e cinquenta como prazo máximo de prorrogação, temos um limitador inicial de 66,6% do prazo inicial (cinquenta anos corresponde a 66,6% a mais que trinta anos); então a prorrogação

da concessão não poderia jamais exceder a 66,6% do prazo original da concessão, que é necessariamente fixado por lei. Esse raciocínio, porém, parte de premissa equivocada, porque confunde a razão de ser da prorrogação, que nada tem a ver com a uma possibilidade *a priori* de aumentar o prazo de concessão, mas sim com a eventual necessidade de prorrogar a concessão por razões que devem de antemão vir fixadas no edital e constar dos contratos. A prorrogação é *sempre exceção*, nunca a regra de uma concessão. A regra é a concessão ter prazo determinado – aliás, isso é da sua essência; esse prazo não deve equivaler ao seu valor mais um percentual “x”, tirado da interpretação da lei. Esse raciocínio tortuoso de somar de antemão um prazo “razoável” de prorrogação a toda concessão destruiria a razão de ser do instituto da concessão, que, entre nós, como já foi dito acima, tem íntima vinculação com a democracia. Quem autoriza uma licitação por quinze anos não a autoriza por trinta, nem por 25 (o que corresponderia, grosso modo, a quinze anos mais 66%).

Nada disso obstante, imaginemos que todos os argumentos acima sejam insuficientes para empecer a prorrogação dos contratos. Nesse caso, teríamos que ainda analisar o fundamento principal do PL 279/2008, qual seja, o alegado desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

## 2 Licitação, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e moralidade administrativa

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é norma contida no texto do inc. XXI do art. 37 da CF/88 e ao mesmo tempo é o ponto de partida para o razoável entendimento, hoje dominante na doutrina pátria, de que a prorrogação dos contratos de concessão pode ser usada como mecanismo de recomposição da economia interna do contrato.<sup>44</sup> Comungo desse entendimento, e seria desnecessário dizer a esta altura que a possibilidade de prorrogação deve constar da lei autorizadora da concessão, ou pelo menos do edital e do contrato.

Embora o instituto do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo ofereça um riquíssimo campo de análise e não tenha merecido muita atenção da doutrina brasileira,<sup>45</sup> não enfrentarei o tema aqui. Vou-me

<sup>44</sup> Cf., por exemplo, SANTOS, 2006; JUSTEN FILHO, 2003, p. 405-6 (alterando posição anterior, da edição de 1997, p. 270, contrária à introdução de “cláusulas assegurando que a concessão po[ssa] ser prorrogada, ao final do prazo contratual, a critério exclusivo do poder concedente, se tal atender ao interesse público”). Cf. também, um pouco mais elaborado, BARROSO, 2006. Contra, embora tratando do contrato de concessão de obra pública, cf. HUPSEL, 2003.

<sup>45</sup> O mais completo estudo sobre o tema é a monumental tese de doutoramento defendida na Universidade de Paris II, publicada em 2005, escrita por VIDAL, 2005.

limitar a algumas considerações visando a chamar atenção aos surpreendentes argumentos constantes da Justificativa ao PL 279/2008 apresentada pelo Governo do RS, a qual apresentava o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão como a principal razão para prorrogar os atuais contratos de concessão.

Como foi dito na Introdução, seriam duas as causas desse suposto desequilíbrio: uma causa futura (“recomposição da equação econômico-financeira a ser rompida com as alterações e modificações dos encargos”), e outra passada (“a consolidação dos desequilíbrios da equação financeira dos contratos de concessão apurados até dezembro de 2007”). A causa futura estaria relacionada diretamente com as alterações contratuais que o PL 279/2008 propunha, isto é, com os acréscimos às obrigações originárias das concessionárias. A causa passada estaria relacionada com um suposto prejuízo às concessionárias já detectado – e confessado – pelo Estado, prejuízo esse que estaria já mensurado por estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas. Interpretada sem rodeios, a Justificativa sugeria que a alternativa à prorrogação dos contratos seria a elevação de tarifas dos pedágios. Em suma, o PL 279/2008 veiculava a matéria como se houvesse somente duas opções: ou se prorrogavam os contratos por mais quinze anos para pagar o passivo confessado pelo Estado e ampliar o polo rodoviário, o que seria indispensável ao crescimento e à competitividade do RS, ou se aumentavam as tarifas de pedágio para pagar o passivo e se deixava o Estado no atual estágio de desenvolvimento.

## 2.1 Causas passadas do desequilíbrio e a moralidade administrativa

O texto normativo referente à moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88) contém ao menos duas normas importantes para o caso ora em análise: impõe ao Estado o dever de honestidade e veicula o princípio da confiança dos administrados na Administração.<sup>46</sup> Essas normas estendem-se também, claro, a atos como o envio de um projeto de lei ao Parlamento e as justificativas apresentadas publicamente para propor, como no caso, a prorrogação de concessões públicas.<sup>47</sup>

Nessa esteira, é digno de nota que o Governo do Estado do RS *já* jamais tenha enviado ao Parlamento o cálculo do suposto desequilíbrio

<sup>46</sup> Tratei da vinculação da confiança legítima ao princípio da moralidade administrativa em obra anterior. Cf. GIACOMUZZI, 2002, *passim*.

<sup>47</sup> Foi por confiar na honestidade de propósito da Justificativa do PL 279/2008 que dei a ela o destaque devido e dela parti para racionalmente apresentar os argumentos que o leitor ora analisa. De certa forma e sem a pretensão de traçar um paralelo exato, uma Justificativa, ou Exposição de Motivos de um Projeto de Lei, equivale aos “motivos determinantes” de um ato administrativo.

dos contratos. Esse cálculo era a base fática, a *razão de ser* da prorrogação dos contratos, sobre a qual toda a engenharia da prorrogação estava sendo montada e mostrada à sociedade. Ora, se a razão de ser da prorrogação não pode sequer ser examinada por quem tem o poder constitucional de decidir sobre a delegação de serviços públicos (o Parlamento, como visto acima), como seria possível aquilatar a justa medida e a necessidade da prorrogação dos contratos, medida sempre excepcional levando-se em conta a vinculação estreita entre concessão e democracia? Se uma das principais razões da pleiteada prorrogação das concessões era pagar uma suposta dívida com as empresas concessionárias, como poderia a sociedade autorizar a prorrogação dos contratos (em suma, a realocação da verba pública, como salientado antes) sem ter acesso ao cálculo dessa dívida, i.e., ao motivo determinante da prorrogação?

Outro ponto merece análise mais detida: a própria Justificativa expressava a intenção comutativa da prorrogação dos contratos, isto é, queria-se *compensar* o que, na visão do Governo, se deixou de pagar às concessionárias. Se assim era, então a prorrogação dos contratos deveria dar-se na medida da dívida para com as concessionárias; aliás, é somente a forma comutativa da prorrogação que, por amor ao argumento, está sendo aqui aceita. Assim sendo, se a dívida existente (vamos admiti-la) é “x”, a prorrogação deve ser “x”; se a dívida é “x + 1”, a prorrogação é “x + 1”, e assim por diante. Seriam as supostas dívidas para com as concessionárias todas idênticas em todos os polos de rodovias pedagiadas? Se a resposta for negativa, não poderia ter sido proposta a mesma prorrogação para todos os contratos; uma prorrogação indistinta só poderia dar-se diante de dívidas idênticas. O que deve ficar claro é isto: se a prorrogação do contrato de concessão fosse admitida *para fins de compensação* do equilíbrio do contrato, então ela deveria dar-se na exata medida das dívidas supostamente existente, e não de forma igual para todos os contratos.

## 2.2 Causas futuras e moralidade administrativa

Quanto à causa futura (alteração das cláusulas de serviço e ampliação do polo rodoviário para possibilitar a “retomada da competitividade”), não são possíveis muitas digressões, uma vez que, em havendo alteração do contrato, ninguém discute que se devesse aplicar a Constituição (art. 37, XXI) e as leis,<sup>48</sup> além das cláusulas contratuais.<sup>49</sup> Nem é possível discutir se a sugerida “modernização do modal rodoviário” do propalado “Programa Estruturante DUPLICA RS” seria ou não conveniente ao Estado do RS; a discussão

<sup>48</sup> Leis Federais 8.897/95, art. 9º, § 4º; 8.666/93, art. 65, § 6º; Lei Estadual 10.086/1994, art. 10, caput, e art. 12, § 2º .

<sup>49</sup> No caso, as cláusulas-padrão n. 15.1.3. e n. 15.2.2. dos contratos originais, firmados em 1998.

sobre a necessidade ou não de ampliar o polo rodoviário, em que termos e medidas, é nitidamente técnico-política, e, em princípio e salvo flagrante desproporcionalidade entre meios e fins (análise de resto difícil na prática), não cabe ao operador do direito, em última instância ao poder judiciário, avaliar se existe ou não a alegada “necessidade urgente” de ampliar a malha rodoviária do RS, ou, mesmo que existisse essa necessidade, não caberia ao juiz perscrutar se a prorrogação dos contratos atuais seria a melhor forma de se atingir o objetivo pretendido.<sup>50</sup>

Parece haver neste item, porém, um aspecto jurídico sutil e interessante que não pode passar despercebido, sempre com o norte no princípio da moralidade administrativa: o PL 279/2008 deixava claro que o atual modelo de concessão de rodovias não serve ao “interesse público” e por isso precisaria ser modificado pela via da alteração unilateral das cláusulas de serviço, compensada pela prorrogação dos contratos (prorrogação essa que também serviria como forma de “pagamento” de um passivo existente, como vimos); e, em reforço a esse raciocínio, o Governo gaúcho sugeria que, a despeito de o atual modelo de concessão não atender ao “interesse público”, não poderia o Estado do RS proceder a uma nova licitação a qualquer tempo antes de 2013, prazo do término dos atuais contratos, porque dessa forma estaria dando causa a um novo desequilíbrio nos contratos em favor das concessionárias,<sup>51</sup> assim gerando ou despesa ao erário, ou aumento de tarifa, ou outra forma de compensação. Noutras palavras, o argumento do Poder Executivo pareceu ser o de que o “interesse público”, *também* por não poder o Estado realizar nova licitação antes de 2013, estaria a requerer a alteração e a prorrogação dos atuais contratos para evitar o “engessamento” do Estado no que toca à estrutura logística de sua malha rodoviária.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Devo entretanto registrar que o Relatório de Auditoria Operacional do TCE refere, na fl. 61, ao analisar o critério para o julgamento da melhor proposta comercial adotado pelo Edital do PEGR, qual seja, a “maior oferta em extensão de malha”, que neste caso “o licitante pode sagrar-se vencedor mesmo superestimando custos, e tais valores ainda podem servir de base para futuras solicitações de revisões de tarifas por parte da concessionária, onerando sobremaneira o usuário.” Talvez aí se possa encontrar, se não uma razão definitiva, ao menos uma razão incipiente para questionar se o modelo de concessão adotado no RS não deveria ser extinto em nome do “interesse público”, ao invés de prorrogado por quinze anos em nome desse mesmo interesse. Essa razão incipiente encontraria nas conclusões do mesmo Relatório um elemento que não pode ser desconsiderado: “Assim, não se recomenda, tecnicamente, a prorrogação do PEGR além do limite contratual previsto [i.e., quinze anos], pois a tendência apresentada **pelo modelo** é de que a sua própria operação induz à geração de novas situações de desequilíbrio.” [grifo no original]

<sup>51</sup> Fosse extinguindo os atuais contratos e fazendo outros, fosse mantendo os atuais contratos, mas concedendo a duplicação das rodovias a outras empresas que porventura viessem a vencer o novo certame, com isso diminuindo o tráfego nas atuais rodovias pedagiadas.

<sup>52</sup> Mesmo que não fosse essa a intenção da Justificativa ao PL 279/2008 (documento, aliás, de insólita redação), o argumento que pretendo desenvolver aqui persiste, uma vez que quero

Se, obedecendo ao princípio da confiança, devemos levar a sério a Justificativa ao PL 279/2008, veremos que o argumento apresentado pelo Governo do RS era falacioso: se ele segue a lógica de que nova licitação só seria possível ao término dos atuais contratos, então por coerência deveria seguir a mesma lógica para concluir que, se fosse aprovado o PL 279/2008, estariam proibidas novas licitações até 2028, quando terminaria a prorrogação sugerida. Por esse raciocínio, se o Estado está hoje “engessado” com os atuais contratos de concessão, não podendo proceder à nova licitação antes de 2013, então estaria também “engessado” até 2028 com a prorrogação/ alteração desses mesmos contratos (cujo modelo é ruim, conforme reconhecido pelo próprio Governo), por melhores e mais bem elaboradas que fossem as alterações das cláusulas de serviço.

Ora, essa hipotética conclusão encerra uma contradição em termos, além de contrariar a “natureza” do contrato administrativo, que se define justamente pela mutabilidade de suas cláusulas de serviço: o Estado tem o poder-dever de agir em nome do interesse público e por isso pode alterar a qualquer tempo ou mesmo extinguir unilateralmente os contratos, tendo como consequência o dever de reequilibrar a equação econômico-financeira. Se aceitarmos a conclusão acima sugerida pela Justificativa, então estaria negado o próprio fundamento utilizado pelo PL 279/2008, o qual queria alterar as cláusulas de serviço dos atuais contratos de concessão em nome do “interesse público”. Meu ponto é simples: os atuais contratos de concessão não podem servir de argumento para a não-realização de nova licitação a qualquer tempo antes de 2013, acaso assim requeira o interesse público.

### **Considerações finais**

O caso concreto que serve de base a este estudo oferece material para análise de inúmeros outros pontos que mereceriam atenção não só de juristas como também de cientistas políticos e sociólogos, para ficarmos em áreas afins ao direito. Um estudo interdisciplinar que conjugasse o interesse de um sociólogo do direito e de um cientista político encontraria riquíssima base empírica para investigar, sob vários ângulos, o fenômeno da regulação dos serviços públicos, bem como o papel fiscalizador do Estado nas concessões públicas;<sup>53</sup> os estudiosos da área de Gestão Pública poderiam colaborar em

---

demonstrar tão-somente isto: se a existência dos atuais contratos de concessão impede que nova licitação seja aberta até 2013, então a prorrogação dos mesmos contratos até 2028 impedirá novas licitações até 2028.

<sup>53</sup> O minucioso Relatório de Auditoria Operacional do TCE mencionado na nota 5 *supra* atesta o seguinte na fl. 103: “O TCE, em suas auditorias, tem demonstrado a ineficácia da fiscalização

muito com os juristas se se dedicassem a analisar, sob o ângulo da eficiência administrativa, as causas e consequências de um ato político que não segue as diretrizes jurídicas do seu corpo técnico.<sup>54</sup> Escolhi, como se viu acima, outros pontos de análise, e dos argumentos acima podem ser retiradas ao menos duas conclusões.

A primeira conclusão é a de que há íntima conexão entre a democracia e o instituto da concessão no Brasil; entre nós, a CF reservou à lei, e não ao administrador, a tarefa de dar as regras gerais sobre concessões públicas. A segunda conclusão é a de que é necessária lei específica para a concessão de serviços públicos; no RS, essa lei deverá prever o prazo da concessão. É recomendável que as leis específicas, ao fixarem o prazo da concessão, também estipulem claramente sobre a possibilidade de prorrogação do prazo de concessão, evitando a genérica fórmula do “interesse público”; essa possibilidade de prorrogação, se existente, deve vir minudenciada no edital do certame e no contrato, com todas as suas condições. Essas medidas, se tomadas futuramente pelo Estado legislador e administrador, reforçarão a incipiente democracia brasileira e contribuirão para evitar problemas futuros em uma área sensível do direito público, a qual vem-se prestando não só a desmandos administrativos, mas também à ineficiência e à prestação deficitária de serviços públicos.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O Serviço Público e as suas Crises. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 613-635.

do Poder Concedente com relação ao andamento e cumprimento dos contratos de concessão rodoviárias no Estado.” Os processos de Auditoria referidos são os de n. 3945-02.00/00-6 e 10087-02.00/05-0. O TCE/RS, neste ponto, vem apontando reiteradamente que desde 1999 o DAER-RS e a AGERGS não têm cumprido o seu dever de fiscalizar as concessões em vigor. Na fl. 111 consta: “A ausência e/ou deficiência desse controle [por parte do DAER-RS] implica omissão de responsabilidade, colocando sob risco a garantia da adequada prestação dos serviços concedidos, estabelecida no art. 175 da Carta Magna.” O sociólogo do direito e o cientista político teriam aqui um exemplo empírico extremo de que o grito liberal por um “Estado mínimo” e por “privatizações” no Brasil (ou, arrisco, em qualquer lugar) não pode ser dado sem que haja uma regulação eficiente do próprio Estado.

<sup>54</sup> O mesmo Relatório de Auditoria Operacional do TCE-RS revela, nas fls. 113-5 e 121, que tanto a Controladoria Geral do Estado quanto a Procuradoria-Geral do Estado não recomendavam a utilização dos cálculos da FGV como base para aferir um suposto desequilíbrio econômico dos contratos; segundo a PGE-RS, o estudo da FGV continha parâmetros de cálculo que poderiam ser imprestáveis a aferir o alegado desequilíbrio. Ainda assim, por razões que escapam ao operador do direito de boa-fé, o Governo do RS apresentou o PL 279/2008 ao Parlamento gaúcho alegando que os cálculos da FGV eram a base fática da proposta de prorrogação dos contratos.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006.

BELL, John. Comparative Administrative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMER, Reinhard (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1259-1286.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo de Auditoria Operacional 9176-02.00/08-8, Relator: Conselheiro Cezar Miola.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, [2003].

CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 3ème édition. Paris: PUF, 2002.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 575-612.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade*. Um estudo comparado sobre a exorbitância do contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUETTIER, Christophe. *Droit des Contrats Administratifs*. 2ème ed. Paris: PUF, 2008.

HUPSEL, Edite Mesquita. Contrato de Concessão de Obra Pública – a prorrogação do prazo não se situa no âmbito da discricionariedade administrativa – Inadmissibilidade pelo direito pátrio de prorrogação quando se traduz benesse para o concessionário. *Informativo de Licitação e Contratos*, Curitiba, v. 10, n. 111, p. 412-414, maio 2003.

JUAN, Miguel Domínguez-Berrueta de. Sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Factores de la reforma de la normativa reguladora de la contratación pública. In: CASSAGNE, Juan Carlos; YSEN, Enrique Rivero (Dirección). *La contratación pública*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 137-165, v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MAURER, Harmut. *Direito Administrativo Geral*. 14.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri, SP: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MUKAY, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

RICHER, Laurent. *Droit des Contrats Administratifs*. 6ème édition. Paris: LGDJ, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: causes, consequences and reform*. New York: Cambridge University Press, 1999.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de Serviço Público: A Prorrogação do Prazo de Exploração para Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato. *Interesse Público*, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Direito Administrativo das Concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHOONER, Steven. Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law. *Public Procurement Law Review*, v. 11, n. 2, p. 103-110, 2002.

VIDAL, Laurent. *L'Équilibre Financier du Contrat dans la Jurisprudence Administrative*. Bruxelles: Bruylant, 2005.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. Nos Labirintos do STF: em Busca do Conceito de “Serviço Público”. Uma Visão a Partir do “Caso ECT”. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana de Moraes (Orgs.). *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 414-432.