

O ESTATUTO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(LEI N.º 1.481, DE 21 DE JUNHO DE 1989)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

É possível que a edição da Lei n.º 1.481, de 21 de junho de 1989, tenha passado despercebida a muitos e, mais provavelmente, não se lhe haja reconhecido a importância política e administrativa de que se reveste.

O Estado contemporâneo, como se desenha neste final de século, independentemente de latitude, de grau de desenvolvimento ou de ideologia política, reverte uma tendência secular de hipertrofia e de concentração de poder.

Mas desde o século XVIII, os pensadores políticos têm advertido que o Estado hipertrofiado cobra um alto preço da sociedade em termos de liberdade, de eficiência e até de vidas humanas, como nos provaram duas grandes e devastadoras guerras mundiais.

Hoje, se reconhece que a história do constitucionalismo tem sido a saga heróica da contenção do poder, do controle do *Leviathan*, a doma do Minotauro. As técnicas de repartição e de diluição do poder produziram, nessa linha, soluções seguras e duradouras, como a separação dos Poderes, em termos funcionais, e a federação, em termos espaciais.

Vão-se quedando no passado, à medida em que a sociedade ressurgue, aqui e ali, ainda combalida e ressabiada por tantas décadas de tutela estatal, as expressões do Estado totalitário, do Estado do bem-estar social e do Estado provedor, facetas e graus da mesma realidade que teve de *Hengel* a *Robson* e de *Gerber* a *Carl Schimidt*, seus pregoeiros e defensores.

O Estado contemporâneo mais e mais se justifica pela eficiência com que soluciona, ou melhor, ajuda a solucionar os problemas econômicos e sociais da sociedade que organiza e dirige, não mais pela eficiência política ou militar, que caracterizam a visão predominante novecentista e dos primeiros quartéis deste século.

Esgotada a era da abundância dos capitais públicos, torna a vez à sociedade, a única, afinal, capaz de *produzir* recursos. Ao refluir, o Estado, para as missões jurídicas que lhe são inerentes, vai abrindo, é claro, o espaço à iniciativa privada: é esta a eficiência que se busca da Inglaterra de *Thatcher* à União Soviética de *Gorbachov*, da Espanha de *Felipe Gonzales* à Polônia da Solidariedade, do Portugal de *Cavaco e Silva* à Itália de *Craxi*, do *reganomics* norte-americano à *perestroika* soviética.

É nesse contexto que o Estado do Rio de Janeiro desperta de longo letargo, se adianta e assoma no cenário político, jurídico e administrativo do País com o mais novo instrumento legal destinado a abrir espaço e criar incentivos à iniciativa privada para colaborar nas inadiáveis tarefas de prestação de serviços e realização de obras públicas de que tanto necessita a sociedade.

Mas, além dessa dimensão de modernidade, o texto é tecnicamente avançado, incorporando institutos de vanguarda e mecanismos de fomento, de modo que tem todas as condições de atrair e dar segurança ao setor privado para uma ativa e densa participação na melhoria das condições de vida da população deste Estado.

Em boa hora a aguda necessidade de desafogar-se o trânsito agônico da Avenida Brasil despertou a Administração para reativar o projeto da Linha Vermelha, pois só assim foi possível repensar e ativar um instituto que alia, como poucos, o poder criativo da sociedade civil com o poder organizativo da entidade estatal: a concessão.

Estou muito à vontade para dar essas boas-vindas porque desde a década de setenta tenho insistido na excelência das modalidades concessionais. Em 1972, em artigo publicado na "Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado", sob o título "Possibilidades Jurídicas para a Captação de Recursos para Obras e Serviços Públicos", pretendi demonstrar que pública administração muito depende de imaginação criativa e bom uso de instrumentos legais. Dizia, então, referindo-me às "fontes pouco ou nada exploradas":

"Parece incrível, a quem se disponha a estudar mais detidamente as fontes de recursos decorrentes de obras e serviços públicos, que tantas e tão variadas modalidades de captação de riquezas, apresentando, de modo geral, condições econômicas e éticas altamente vantajosas em relação às fontes correntes, tenham ficado, salvo ocasionais exceções, relegadas ao desuso.

Espantoso, ainda, é constatar-se que nenhuma dessas soluções, entretanto, é nova, nenhuma delas necessita de outros instrumentos legais além daqueles de que já dispomos e nenhuma afasta uma criteriosa combinação com as correntemente empregadas, dando aos financiamentos por impostos e empréstimos uma situação de complementaridade" (vol. 26, p. 142).

E, mais adiante, especificamente sobre o instituto de que se trata:

"A concessão e a permissão onerosa de uso são instrumentos administrativos de largo espectro, ensejando variadíssimas soluções. Será quase sempre possível a reserva, mediante pagamento antecipado dos interessados, de áreas e locais para utilização por particulares que desejem se localizar com estabelecimentos comerciais e afixar anúncios. Por outro lado, o instituto da concessão vem sendo cada vez mais utilizado, principalmente em países europeus, nos quais, redivivo e revigorado, vem transferindo à iniciativa privada, sob estrito condicionamento legal e contratual, a realização e custeio de grandes obras públicas mediante atribuição dos resultados aos concessionários durante certo tempo, seja em forma de pedágio, tarifa ou exploração de estabelecimentos comerciais, espaços para propaganda, área de estacionamento, etc.

Rodovias, por exemplo, notadamente as de fins turísticos, têm sido objeto de concessão, cabendo ao concessionário sua construção e manutenção contra sua exploração total, em determinado prazo, como seja, o produto da cobrança de pedágio, locação de postos de gasolina, restaurantes, oficinas, bares, espaços para anunciantes, garagens, etc.

Outro exemplo é a simples concessão de uso de bem público, como na utilização dos túneis do metrô para passagem de dutos de água, gás, eletricidade e telefones das demais empresas prestadoras destes serviços" (*idem*, pp. 143 e 144).

Três anos após, em 1975, voltei a insistir sobre as excelências do instituto da concessão, modernizado e vivificado na experiência européia do segundo Pós-Guerra, na primeira edição de minha *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, em capítulo dedicado à captação de recursos para o desenvolvimento urbano (Ed. Forense, Rio, 1975, 1.^a edição, p. 142).

Dezessete anos depois da publicação acima transcrita, sinto, por um lado, como que uma decepção pela lenta maturação das idéias em nosso País, mas, por outro, um conforto com o surgimento da Lei n.º 1.481/89.

Não obstante, o novo Estatuto poderá ser mal recebido e, pior, mal interpretado, tanto pelos que relutam em abandonar o vício do estatismo quanto pelos que desconfiam da novidade e, ainda, pelos que não absorveram os novos rumos políticos, sintetizados nos artigos 173 e 174 da Constituição.

Para dirimir dúvidas, para orientar a aplicação e, se possível, para afastar preconceitos, creio que algumas observações técnicas podem ser oferecidas aqui, à guisa de comentários.

Desde logo, observe-se, nem seria rigorosamente necessária a edição dessa lei, pois os instrumentos legais vigentes já permitiriam que editais e contratos contivessem idênticas disposições. A vantagem da explicitação do regime em forma legal, além da padronização, é, sobretudo, sua divulgação pedagógica, não só útil na esfera da Administração Estadual como para a orientação de outras entidades federadas, apontando para soluções imaginativas e flexíveis, que têm condições de ajudar a romper a inércia e a estagnação reinantes no campo dos serviços públicos.

Para balancear investimentos e prazo, há previsão de um máximo de cinquenta anos (art. 2.º, parágrafo único); dentro desse amplo limite poderão caber inúmeros tipos de obras e serviços e será possível o exercício de uma política tarifária bastante realista; maior tarifa, menor prazo, ou menor tarifa, maior prazo. Neste particular, o Poder Público exercerá sua discricionariedade tendo em conta o princípio da *modicidade*, combinando-o com o do *serviço adequado* (arts. 3.º e 4.º) para fixar a política tarifária.

Uma vez estabelecida essa política, o contrato deverá garantir ao concessionário a estabilidade da decisão, pois é a partir dela que se assenta a credibilidade da relação e o equilíbrio econômico-financeiro que se traduz nas cláusulas privadas. Para tanto, a lei estabelece os parâmetros da remuneração do capital (art. 5.º), prevendo até a atualização dos encargos financeiros da empresa concessionária. Os investimentos que porventura sejam realizados em moeda estrangeira, como, por exemplo, na aquisição de bens e serviços no exterior, não sofrerão desvalorização cambial, tanto quanto os feitos no País não se deteriorarão com a inflação, pois a ambos é assegurada a correção (art. 5.º, inciso III).

Como é sabido, as cláusulas econômicas do contrato administrativo não estão sujeitas à imperatividade, própria do Estado-administrador, protegidas que estão pela garantia constitucional da intocabilidade do patrimônio (art. 5.º, XXI).

Para que a tarifa espelhe, a todo tempo, esse básico equilíbrio econômico-financeiro e assegure a *justa remuneração*, a Administração poderá valer-se até do arbitramento, quando contratualmente previsto (art. 5.º, § 2.º). Está claro que esse expediente negocial, de adoção facultativa (ver também o art. 21, XII), se circunscreve às relações derivadas das cláusulas econômicas, jamais tocando as cláusulas de serviço que, como também é ressabido, só podem ser fixas e alteradas pela Administração, única definidora do interesse público *in concreto*.

A lei exige, acertadamente, que se discipline, a nível de decreto do Executivo, cada concessão de serviços e obras públicas que se pretender realizar, devendo dele constar, necessariamente, as diretrizes básicas para o regulamento do serviço e da respectiva concorrência (art. 6.º). Trata-se de um grande avanço no sentido de melhor atendimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, hoje guindados ao texto Constitucional (art. 37, C.F.).

Embora a seleção licitatória seja também principiológica, ela poderá ser afastada nas quatro situações previstas (art. 7.º, I, II, III e IV), todas com fundamento nas formas gerais do Decreto-Lei n.º 2.300/86 (respectivamente, o artigo 22, incisos III, VI, X e IV).

Em dois casos, a dispensa se justifica pela emergência e gravidade das situações neles caracterizados (art. 7.º, I e IV). No segundo caso, a licitação tornou-se faticamente impossível (art. 7.º, II) por ausência de concorrência. No terceiro caso, há, na realidade, uma preferência para a entidade pública ou paraestatal que vier a ser criada para a execução de obras ou serviços, por delegação (art. 7.º, III).

O princípio licitatório, duas vezes afirmado na Constituição (art. 37, XXI e 175), não pode, portanto, ser interpretado como um comando à *outrance*, capaz de produzir um absurdo, como, em última análise, seria a própria sonegação da prestação do serviço ou da realização da obra pública, o que poderia ocorrer se a Administração fosse obrigada a desconhecer uma emergência, a não contratar quando apenas um licitante se apresentasse ou ficasse impedida de delegar a obra, ou serviço a uma entidade pública, ou paraestatal (art. 7.º, I a IV).

Outra característica positiva da lei está na explicitação, embora sem fechamento, das incumbências da Administração concedente e da empresa concessionária (arts. 8.º e 9.º). Quanto às incumbências do concedente, põe-se em evidência o seu poder de império e absoluta disposição das cláusulas de serviço (art. 8.º, I a VII). Quanto às incumbências do concessionário, repetem-se as obrigações de manter serviço adequado e de respeitar as tarifas (art. 9.º, I e V). O uso do domínio público é garantido quando necessário à execução do serviço (ou obra), sem prejuízo, é claro, de indenizações por prejuízos que esse uso vier a causar ao titular do domínio (art. 9.º, VI). Finalmente, exige-se que o decreto regulamentar de cada concessão fixe a área por ela abrangida, determinadora do exclusivo (arts. 9.º, VIII e 11).

A *Subcontratação* parcial de serviços ou de obras incluídas na concessão não está vedada mas, em caso algum, criam obrigações de parte do Poder Concedente (art. 9.º, §§ 1.º e 2.º). No caso da Linha Vermelha, por exemplo, serviços de iluminação, serviços de

controle eletrônico, postos de serviço automobilístico, restaurantes, etc., poderão ser contratados pela concessionária, integralmente sob disciplina privada. O concedente continuará a exigir todas as prestações diretamente do concessionário.

Caso distinto é a *subconcessão*. Por ser o contrato *ratione materiae*, mesmo que esta modalidade sub-rogatória esteja admitida no contrato, a licitação será indispensável, nos mesmos termos do contrato original (art. 14).

As cláusulas essenciais do contrato de concessão também estão previstas (art. 11, parágrafo único), ressaltando-se o cuidado de pôr em evidência as que levam à extinção da concessão ou imposição de sanções.

A extinção ficou prevista em quatro hipóteses. Primeira, pela *expiração* do prazo concessional (art. 15, I). Segunda, pela *encampação* ou resgate, mediante *denúncia* do Poder Concedente, modalidade unilateral fundada no interesse público, sob razões de conveniência e de oportunidade, a juízo da Administração. Trata-se, aqui, de modalidade expropriatória dos direitos do concessionário, submetendo-se sua execução ao preceituado na Constituição quanto à indenização prévia, justa e em dinheiro (art. 5.º, XXIV, C.F.), o que se expressa, também, mais adiante, ao tratar-se especificamente do resgate (arts. 16 e 21, VIII). Terceira, pela *rescisão*, a extinção prematura do contrato com fundamento nas suas próprias cláusulas, em razão do inadimplemento de suas obrigações, podendo ser unilateral — a *rescisão administrativa* (art. 17), aplicada pela Administração executivamente — ou bilateral — no caso, um *distrato* (art. 18). Finalmente, quarta, pela falência do concessionário, salvo quando lhe seja possível, comprovadamente, continuar o serviço, essa avaliação, da Administração, pode, não obstante, ser contrastada pelo Poder Judiciário dadas suas conseqüências sobre o patrimônio da concessionária.

Outro ponto importante da lei está na previsão da intervenção do Poder Concedente na execução da concessão. Afirma-se seu caráter de *excepcionalidade*. A regra é a execução contratualmente prevista; a exceção só cabe *com fundamento motivado no interesse público*, afastando-se o uso (ou abuso) da intervenção por capricho, por motivos políticos ou quejandos, tornando-se não só possível como mais fácil ao Poder Judiciário sindicarem a motivação apresentada, para concluir por sua legalidade ou não face ao interesse público definido no decreto de previsão da concessão, ou no contrato. Como se vê, trata-se de um decidido avanço no sentido do aperfeiçoamento do controle dos atos do Poder Público.

A concessão de obra pública é tratada destacadamente (art. 21) com várias inovações. Exige a especificidade do contrato social da concessionária (inciso III). Dispõe sobre outras modalidades de re-

muneração indireta, além da tarifa (inciso IV). Prevê uma dúplice garantia securitária do bem público objeto da concessão: em favor do Poder Público, primariamente, por ser o senhor da obra, e em favor da concessionária, secundariamente, enquanto tiver a garantia contratual de explorá-la, de modo que, em caso de sinistro, o Poder Público, em última análise, poderá tanto optar pela recomposição da obra como indenizar o concessionário (cláusula econômica, inciso V). Admite a prestação de garantias públicas a financiamentos outorgados à concessionária, em razão da obra, que, como se sabe, tornando-se bem público, automaticamente garante o Concedente (inciso VI). Por outro lado, prevê a exigência de um *performance bond* à concessionária pelo fiel cumprimento de suas obrigações, o que vem a ser uma garantia distinta além das multas e do recurso à rescisão administrativa, ampliando as opções do concedente em caso de anormalidade na execução (inciso VII).

Finalmente, admitindo-se o contrato de concessão como um bem autônomo, abre-se a possibilidade de oferecê-lo, à concessionária, em caução de financiamento ou prestação de garantias a entidades financeiras públicas ou privadas (art. 23), como nova alternativa para a difícil tarefa de captar os recursos necessários para grandes obras. No caso, o desempenho correto do próprio contrato é o cerne da garantia, vinculado, em seu próprio texto, às normas de financiamento, não só assegurando a agência financiadora como disciplinando a aplicação direta dos recursos na obra pública (art. 23, parágrafo único).

Inegavelmente, com tal arsenal de novos métodos, o Estado do Rio de Janeiro se projeta no direito administrativo brasileiro como um vanguardeiro, pronto para sacudir a inércia e o marasmo que vêm marcando os empreendimentos públicos neste País, aliando, imaginativamente, a prestação de serviços e realização de obras públicas com a atividade de fomento público de iniciativas privadas de interesse coletivo.

Esse é, seguramente, um caminho de criação de riquezas.