

A concessão administrativa - o Direito se molda à vida

Por: Sérgio H. Passos Avelleda

Há uma expressão singular que não me apraz por não ser sempre verdadeira. Disse alguém que “não é o Direito quem faz a vida, mas a vida é quem molda o Direito”.

Consigno que a frase é contingente porque, por vezes, o Direito reveste-se com um poder tal que modifica o curso da vida. E por outras vezes não. O Direito amolda-se, adapta-se e nada mais faz do que juridicizar circunstâncias absolutamente naturais e que respondem sem nenhum grau de intervenção às necessidades humanas.

No caso da Administração Pública podemos afirmar que a frase quase nunca logra coincidir com a maneira como o Direito intervém nas relações internas do Estado ou do Estado com os particulares. As ações da Administração não são naturais ou as mais eficientes. Só existem porque o Direito autoriza existir, e sua forma de existir é exaustivamente delineada pelo ordenamento jurídico. Além dali, o Administrador não possui caminhos para trilhar.

Tome-se o exemplo das contratações realizadas pelo Poder Público. O ordenamento jurídico sempre limitou o procedimento, as espécies e as formas.

Basicamente eram apenas duas as leis que definiam as espécies contratuais autorizadas aos Administradores Públicos. A Lei 8.666 de 1993 e a Lei 8.987 de 1995. Nesse universo normativo, encontramos a possibilidade da celebração de contratos de cessão, obras, prestação de serviços, concessão, financiamento, locação, etc..

Todos esses contratos devem ser frutos de procedimento licitatório ou, se o caso, de procedimento que justifique a ausência da licitação.

Há, contudo, nos contratos previstos na Lei 8.666, como é sabido e ressabido, uma limitação temporal de primeira grandeza. Com o bom intuito de impedir a perpetuação de fornecedores à administração pública, o legislador limitou os contratos administrativos, naqueles cujo objeto trata de serviços a serem executados de forma contínua, a um prazo máximo de sessenta meses. É bem verdade que, em situações excepcionais, permitiu uma prorrogação por doze meses, além dos sessenta originais.

Quis o Direito, então, conduzir o Administrador a uma obrigação de promover certames licitatórios de modo a renovar o quadro de fornecedores. Destarte, tal renovação se mostra sábia e altamente recomendável nos contratos administrativos porque permite ao Estado, periodicamente, buscar melhores condições para a prestação do serviço sem que o pouco tempo de contrato impeça o particular de obter o justo ganho como contraprestação.

De outro lado, pode o Estado também promover concessões de serviços públicos. Concessão, cujo contorno nos é bem dado pela Ilustre Professora Maria Silvia Zanella Di Pietro, especialmente em seu aspecto material: “na concessão de serviços públicos e de obras públicas o estado delega ao concessionário a execução de um serviço público ou de uma obra que seriam de sua atribuição; é uma parcela de poderes, direitos e vantagens ou utilidades que se destacam da Administração e se transferem ao concessionário.”[1]

Observa-se, do conceito, que o traço distintivo da concessão é a transferência ao particular de atribuições do próprio Estado. Atribuições do Estado, vale registrar, que devem ser exercidas em razão da sociedade ou de parcela dela. O que se quer registrar é que, pelo instituto tradicional da concessão, o Estado apenas poderia transferir ao particular a execução de uma obrigação pública frente a sociedade. Mas não estava autorizado a fazê-lo no caso de serviços a serem usufruídos pela própria Administração.

Esta modalidade de contratação implica, por liberalidade normativa, a fixação de prazos mais alongados, de forma a viabilizar a equação econômica, especialmente a recuperação de investimento de grande monta, usualmente realizados em situações como a descrita.

Daí que, durante muito tempo, o Direito limitou a Administração a estas possibilidades contratuais. Não demorou muito para aqueles que têm a tarefa de administrar, e especialmente os advogados públicos, que cumprem o mister de balizar as decisões da Administração, perceberem o quão limitado e frustrante era (ou talvez ainda seja) o mundo normativo dos contratos administrativos. Isto porque as necessidades negociais da Administração, no intuito de buscar consagrar as políticas públicas e, especialmente, novéis princípios, tais como o da eficiência e da economicidade, usualmente se quedavam sem respostas jurídicas adequadas aos desafios impostos.

Explico. Não era, como de fato não é, incomum a administração necessitar contratar um serviço a ser por ela usufruído, enquadrável portanto apenas nas hipóteses e prazos da Lei 8.666. Ocorre que tal serviço exigiria do particular contratado um investimento considerável. A recuperação desse investimento ou vinha no prazo de sessenta meses, ou o contrato tornava-se desprovido de qualquer atrativo, vindo, a Administração, a impossibilidade de obter o serviço almejado.

Ou então, buscando amparo em outro exemplo, poderia a Administração pretender contratar um serviço cuja continuidade além dos cinco anos fosse altamente desejável. É o caso dos contratos de desenvolvimento de sistemas tecnológicos. Difícil imaginar a opção para desenvolvimento de um sistema a cada cinco anos.

Nada socorria a Administração em situações como estas. Nem a Lei 8666 com seu prazo exíguo, nem muito menos a Lei de Concessões, vez que a contratação não se revestia dos requisitos delineadores do instituto.

Bem por isso, a Administração sempre se colocou em posição defensiva, vendo-se forçada a declinar de oportunidades de realização de negócios mais eficientes, econômicos e com maiores ganhos em qualidade.

Daí que estava o Direito, neste particular, impedindo a Administração de atender com maior plenitude as contingências e necessidades decorrentes das atividades que lhe são confiadas.

A edição da Lei 11.079 de 2004 veio, neste particular, suprir a carência da administração. Observando-se o artigo 2o. da lei, em especial o segundo parágrafo, observa-se a instituição de uma nova forma de contratação disponibilizada ao Administrador, que supre a lacuna normativa que procurei descrever nos parágrafos anteriores.[2]

Pode a Administração, agora sob a denominação de concessão administrativa, contratar serviços para ela própria usufruir, ainda que implique fornecimento, instalação de bens ou realização de obras por período superior a cinco e limitado a trinta e cinco anos.

Tal alternativa, que, como dito, supre plenamente a carência tratada neste artigo vem acompanhada, contudo, de um ônus imenso para o Administrador.

Alguém poderá pensar, desconhecendo os estreitos limites impostos pelo Direito à Administração, que, agora, qualquer contrato em que a administração figure como tomadora de serviço poderá ser fixado com prazo de 35 anos.

Evidentemente que a interpretação é equivocada, posto que efetuada olhando-se apenas e tão-somente o dispositivo normativo em testilha. E como costumava dizer em suas aulas e agora costuma dizer em seus votos e pronunciamentos o Eminente Ministro Eros Grau, “o Direito não se interpreta em tiras”.

Continuam plenamente em vigor os dispositivos normativos da Lei 8.666, inclusive quanto à duração dos contratos administrativos. A Lei 11.079 não é incompatível com os dispositivos ali inscritos, pelo que não derogou a norma anterior.

O que faz a nova Lei é instituir uma nova categoria de contratação, diversa daquela prevista no Estatuto das Licitações. E qual é o traço distintivo entre uma e outra? Ao meu ver, reside exatamente na demonstração pela administração da inviabilidade econômica e/ou funcional da contratação pelo prazo máximo de cinco anos.

Ou seja, estudos técnicos, especialmente os econômicos, ganham realce ainda maior na formação da decisão do Administrador entre optar pela clássica contratação ou por licitar uma concessão administrativa.

Pode parecer, ao incauto, uma ampliação da discricionariedade do Administrador. Ao revés. Implica um grau de vinculação ainda maior, verdade que não apenas aos instrumentos normativos, mas fortemente nos elementos técnicos formadores do processo.

À autoridade incumbirá convencer da inadequação da contratação pelo prazo de cinco anos e dos ganhos à administração decorrentes da opção pela concessão administrativa. Atente, o administrador, para a consistência técnica da sua decisão, pois estará aí o cerne da verificação da correta utilização do novel instituto.

Podemos concluir, sem, evidentemente, nenhuma pretensão de esgotamento da matéria, mas apenas para realçar a evolução normativa, que, neste caso, o Direito vem moldando a vida, mas aqui, fez uma concessão à realidade. Oxalá outras ainda sejam feitas para o bem da racionalidade e da eficiência.

(março de 2005).

[1]DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo. Editora Atlas. 2002.

[2]Art. 2o Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1o Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2o Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.