

Luiz Eduardo Diniz Araujo
Procurador Federal/INSS

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar a existência e a extensão de ato jurídico perfeito nas outorgas de concessões de serviços públicos. Far-se-á análise da noção de serviço público e dos elementos constitutivos da concessão, quais sejam, cláusulas regulamentares e cláusulas econômico-financeiras, assim como da relevância da autonomia da vontade do concessionário em relação à sua formação.

Introdução

O presente artigo se destina a investigar a participação da autonomia da vontade nos ajustes direcionados à prestação de serviço público, por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado.

É patente, na doutrina do Direito Administrativo, que as concessões de serviço público, apesar de serem pactuadas atualmente por meio de instrumentos de contratos de concessão, não são, essencialmente, contrato, ou seja, negócios jurídicos bilaterais. Isso porque, na concessão de serviço público, há cláusulas que são estabelecidas e alteradas unilateralmente pelo Poder Concedente, sem que caiba, de forma legítima, irresignação por parte do concessionário quanto a tais alterações.

Assim, o objetivo primordial da análise é buscar identificar, nas concessões de serviço público, o que é contratual – sujeito, assim, à formação de ato jurídico perfeito e protegido constitucionalmente, portanto, da retroatividade de leis – e o que é regulamentar – alterável unilateralmente pelo Poder Concedente – nas outorgas de concessão de serviço público.

A importância de tal identificação é delimitar, de um lado, o que constitui o elemento imutável para o particular e, de outro lado, qual o âmbito de interferência do Estado na prestação dos serviços públicos por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado.

1. Serviço público, concessão de serviço público e ato jurídico perfeito

Quanto à noção de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello introduz o assunto avisando que *“a noção de serviço público não é simples”* e, ao depois, anuncia o seguinte conceito:

“Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”¹

Em palavras mais simples, pode-se dizer que serviço público é (a) a concatenação de atos materiais, (b) praticados pelo Estado ou por seus delegados, que se prestam a oferecer uma (c) utilidade fruível aos consumidores.

¹ *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 14ª ed., p. 600.

A esta noção é importante acrescentar que compete ao Estado, por meio das leis, estabelecer, com base em critérios políticos, quais serviços devem ser reputados públicos. Não existe, assim, uma atividade que seja ontologicamente pública. O que existe é o seguinte: entre as atividades econômicas praticadas na sociedade – conhecidas na doutrina por atividades econômicas em sentido amplo –, a lei aponta quais são as tidas por públicas. Entre as leis, a Constituição Federal é o diploma que define os serviços públicos prestados pelo Estado brasileiro.

É exatamente esta a lição de Eros Roberto Grau:

*“Embora, como se viu, resulte sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, hipóteses há nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria”.*²

No mesmo sentido se alinha, ainda, a precisa lição de Ruy Cirne Lima, citado por Eros Roberto Grau:

“A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, ter caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição”.

De outra sorte, a concessão de serviço público é a transferência da execução de serviço a pessoa jurídica, que o fará por sua conta e risco e por prazo determinado. Atente-se que a titularidade do serviço não é transferida, mas simplesmente a execução. Aliás, a titularidade, que é definida normativamente, sequer poderia ser transferida a atores privados por meio de atos administrativos.

Conforme a doutrina contemporânea, a concessão é marcada pela sua natureza híbrida, constituída pelo elemento estatutário – regimental, institucional – e pelo elemento contratual. O elemento estatutário conteria as normas de prestação do serviço, ao passo que o elemento contratual conteria as cláusulas econômico-financeiras.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a existência, ainda, de ato-condição, que se reflete na submissão voluntária do particular ao padrão estabelecido unilateralmente pelo Poder Público. A concessão se comporia, assim, de (i) ato regulamentar do Estado – condições de prestação do serviço –, de (ii) ato-condição – submissão voluntária às condições estabelecidas pelo Estado – e de (iii) contrato – cláusulas econômico-financeiras.

Não obstante a natureza jurídica híbrida da concessão de serviço público, a Constituição Federal de 1988 (art. 175, parágrafo único, I) refere-se ao instituto como contrato – de caráter especial, é verdade –, inserindo, indevidamente, sob tal expressão, também o ato regulamentar do Estado. No mesmo sentido, a Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que traça normas gerais sobre concessão e permissão de serviços públicos, insere no âmbito do contrato de concessão as normas relativas à prestação do serviço.

Celso Antônio Bandeira de Mello combate com veemência a impropriedade em que incorreram os textos constitucional e legal³. De outra parte, José dos Santos Carvalho Filho conforma-se com o conceito utilizado pela lei para abranger as cláusulas de serviço e a equação econômico-financeira, mas defende que apenas a forma externa será de contrato – invólucro –, não havendo, em consequência, que se estender caráter contratual no que toca às cláusulas de serviço⁴.

² *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

³ Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴ Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Com efeito, as cláusulas de serviço não poderiam integrar, do ponto de vista ontológico, ajustes de direito privado simplesmente em face do princípio da indisponibilidade do interesse público. Admitir o contrário significaria dizer que a Administração, por meio de contratos, poderia renunciar aos poderes normativamente estabelecidos de ditar as regras da prestação do serviço, eis que estaria fatalmente vinculada aos termos do pactuado no momento da assinatura do contrato, sem poder alterá-las, o que, certamente, seria juridicamente incorreto.

O ato regulamentar editado pelo Estado deve conter tudo o que diz respeito ao modo de prestação do serviço. Integram-no as disposições concernentes à organização e ao funcionamento do serviço, inclusive a estipulação do prazo da concessão.

As condições de prestação do serviço aparecem como realidade jurídica a partir de sua edição pelo Estado – de forma unilateral, é evidente. Sendo o titular do serviço, cabe ao Estado definir todas as condições de sua prestação, o que faz por meio de estatutos, veiculados por lei e regulamentos, ou mesmo via contratos de concessão.

Em relação às cláusulas regulamentares, ao concessionário cabe apenas a submissão, sem a oportunidade de discutir os seus termos. A ele não se defere qualquer possibilidade de interferir em tal âmbito. Caso as descumpra, expõe-se às penalidades pertinentes.

Com vistas a corroborar a impossibilidade de interferência do concessionário nas cláusulas de serviço, vale ressaltar que, ao tempo da licitação para a concessão de serviço público, a proposta do licitante se restringe aos aspectos econômicos e financeiros, não havendo, portanto, qualquer declaração de vontade do proponente em face das condições de prestação do serviço que não seja a mera submissão a elas. Portanto, o único comportamento do contratado em face das cláusulas regulamentares – externado por meio de declaração de vontade expressa de firmar o vínculo – é a submissão voluntária aos seus termos.

Nesse particular, cabe falar que a natureza estatutária das cláusulas de serviço da concessão não representa novidade no mundo jurídico. A mesma natureza possuem os institutos do casamento e da adoção, por exemplo, que são restritos à vida privada das pessoas naturais. Vale dizer que, por serem estatutos, a pessoa que adere ao casamento tem que se submeter a todas as obrigações daí decorrentes, bem como as que venham a ser posteriormente criadas por lei. Por exemplo, eventual lei que viesse a extinguir o divórcio teria aplicação imediata.

De outro giro, não se há de estranhar a limitação da autonomia da vontade. É que, em face da indisponibilidade do interesse público, assim como também pela supremacia do interesse público sobre o privado, ambos princípios sustentadores do regime jurídico-administrativo, faz-se extremamente necessário excluir do âmbito da autonomia da vontade as condições de prestação do serviço.

Sobre o assunto, o notável San Tiago Dantas, citado por Sílvio Rodrigues, pôs ênfase na flexibilidade contratual, que, sem se desvirtuar, pôde sofrer a interferência do Estado, por meio da multiplicação de normas cogentes, restritivas da liberdade contratual.

Os regimes estatutários podem ser alterados, com aplicabilidade imediata, dado que inexistente direito adquirido à sua manutenção. O Supremo Tribunal Federal, tratando da correção monetária do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, já assentou que não existe direito adquirido a regime jurídico (RE 226.855-RS, Rel. Min. Moreira Alves).

Assim, e em face de se voltarem às condições de prestação do serviço, as cláusulas regulamentares são mutáveis por ato unilateral do Poder Concedente.

É possível falar-se em ato jurídico perfeito apenas quanto ao estabelecimento do vínculo – objeto da concessão – e às expectativas econômicas do concessionário, com base na equação contratual; não, contudo, quanto ao conteúdo das cláusulas regulamentares. Portanto, estará o contratado protegido, quanto às suas expectativas econômicas, contra diploma legal posterior que determine a extinção do vínculo contratual. Caso surja um tal diploma, poderá haver a extinção do vínculo, porém suas expectativas econômicas deverão ser amparadas por ressarcimento.

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

FILHO, Marçal Justen. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. *O Direito de Parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.