

# CONCESSÕES, PERMISSÕES, PPPS, RDC LICITAÇÕES MENOS COMUNS E SEUS EDITAIS

Ivan Barbosa Rigolin

## PRIMEIRA PARTE

I - A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a lei nacional de licitações e contratos administrativos, sucessora e ampliadora das regras do seu antecessor Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1.986 – que a seu turno se inspirou na Lei paulista nº 89, de 29 de dezembro de 1972 -, foi concebida para o poder público licitar e contratar obras, serviços e compras, negócios esses que em seu conjunto constituem a esmagadora maioria dos objetos das licitações brasileiras. São objetos de *aquisição* portanto, através de cujos certames licitatórios o poder público adquire aqueles objetos, apropriando-se deles.

Como *primos pobres* das modalidades constantes da lei para a contratação daqueles objetos obtiveram carona na lei das duas outras modalidades licitatórias muito menos exercitadas, o *concurso* (ou *concurso de projetos* como outrora chegou a ser conhecido, e o *leilão*, para quando a Administração tenciona vender bens, observadas as hipóteses de admissibilidade. Constituem muito menos que 1% (um por cento) dos objetos licitados pelo poder público aqueles por ele vendidos por leilão ou obtidos por concursos de projetos.

Após a lei de licitações reinar praticamente isolada por quase vinte anos, surgiu no panorama legislativo a lei do *pregão presencial* – Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 -, instituindo no direito brasileiro a sexta modalidade licitatória, mas também para permitir *aquisições* pelo poder público. Pouco tempo antes, em 2000, quando o *pregão* constava apenas de sucessivas medidas provisórias e não de lei alguma, o Executivo federal editou o Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, viabilizando a prática do *pregão eletrônico*, que talvez se possa denominar a sétima modalidade licitatória, e que atualmente tem no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, a sua fonte definitiva de direito, na forma delegada pela lei do *pregão presencial*, art. 2º, § 1º.

II - O que se pode observar num tal panorama é que os editais de licitação quase que invariavelmente visam eleger um *vendedor* para o poder público, seja de obra, seja de serviço, seja de material, mas é quase sempre alguém que *venda* algo à Administração, que

daquilo necessita. São essas licitações para aquisições (de obra, serviço ou produtos) que denominamos *comuns* no título.

Ocorre entretanto que nem só de aquisições - e de raras vendas, e ainda de extremamente raros concursos de projetos - segue e se desenrola a vida negocial da Administração pública. Existem negócios públicos, e existem atos administrativos de natureza contratual e bilateral - ou mesmo plurilateral -, com conteúdo eminentemente negocial, de diferentes naturezas com relação à daquelas aquisições, que, desse modo, o poder público promove, e dos quais é parte.

Se tais negócios não têm necessariamente natureza *comercial* ou de *exploração econômica* para o poder público - pois que em geral a Administração com eles apenas visa a *prestação de serviços públicos* por pessoa de direito privado -, entretanto para o prestador, escolhido ou não em licitação, aquele mesmo objeto, que para o poder público é serviço público prestado à população, assume o caráter primordial de *atividade econômica a ser explorada*.

Natural que assim seja, porque o particular se interessa apenas em explorar atividade econômica e dela extrair lucro, ainda que tal atividade tenha outra natureza, outra faceta ou outro aspecto essencial quando do ponto de vista da Administração pública: torna-se então um *serviço público*, ou um serviço de utilidade pública.

Um tal serviço não se presta a ser explorado pelo poder público - cujo papel institucional em definitivo não é esse -, mas a ser prestado por particular com vista a lucro, e que quanto ao poder público se exige apenas que seja disciplinado, regrado, controlado, fiscalizado, mas sobretudo *garantido*, pelo Estado em caso de falha, omissão, deficiência ou insuficiência na prestação pelo particular.

Claro, pois se o que leva o poder público a *terceirizar* a execução de serviços públicos é a intrínseca consciência de sua ocasional incapacidade para aquilo, então nada aparece mais óbvio que o seu dever de seriamente fiscalizar o mesmo serviço e assegurar que seja bem desempenhado pela iniciativa privada.

O objeto que para o particular é um negócio comercial e lucrativo, para o ente estatal constitui a pura prestação de serviço público - sendo entretanto o mesmo objeto, apenas que visto de

polos opostos de interesse, os quais entretanto jamais se anulam, prejudicam ou excluem, muito ao contrário.

III - São promovidos pela Administração e assim ocorrem com considerável frequência, de tal sorte, negócios públicos muito mais complexos que as usuais licitações para compra de materiais, ou mesmo para a maioria das obras e dos serviços a cargo poder público.

De boas décadas para cá vêm ganhando corpo e volume as licitações para *concessões*, sejam de *serviços públicos*, sejam de *serviços precedidos de obras*, sejam de *obras públicas*, sejam de *uso de bens públicos*, sejam por fim do, vetusto mas ainda firme instituto, do *direito real de uso* de áreas públicas.

Ocorrem também amiúde – ainda que em geral indevidamente, porque a rigor este objeto não *deveria ser licitado* no sentido usual do instituto – licitações para a outorga de *permissão de uso* de áreas públicas, assim como para a outorga de *permissão de serviço público*. Falaremos de cada qual delas.

Mas vêm sendo exercitados em escala crescente, ao lado destas clássicas espécies de licitação que se mencionam, também outras, frutos de inovações legislativas mais e menos recentes, como são:

- 1) as licitações *compartilhadas* para a celebração de contratos entre entes consorciados nos moldes do art. 19 do Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, que regulamenta a Lei nº 11.077, de 6 de abril de 2005, a lei dos consórcios públicos;
- 2) as licitações para contratação de *PPPs – parcerias público-privadas*, nos termos do art. 10 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e
- 3) as licitações, completamente novas, pelo *RDC – regime diferenciado de contratações*, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

O direito aplicável a estes novos, e ainda menos comuns, certames licitatórios varia, e a de alguns deles refoge quase que por completo, ou ao menos em grande parte, à tradicional lei de licitações e contratos administrativos, a Lei nº 8.666/93.

Vejamos em rápida síntese as mínimas peculiaridades e cada qual destes certames, ao menos no que não se repetem, e que devem constar dos respectivos editais.

#### IV – Concessão de serviço público

Este é o contrato mais tipicamente administrativo, ou o contrato administrativo por excelência. Dificilmente se vislumbra outro mais exemplificativo do que significa um contrato administrativo.

Pela concessão de serviço o poder público outorga ao particular a prestação de serviço público, ou mais raramente de serviço de utilidade pública, para que este, por largo período, os preste à população em seu nome particular e sob a natureza, para o prestador, de exploração de atividade econômica.

O que para o poder público representa um serviço público que ele precisaria prestar se não encontrasse particular interessado, para o particular é mera atividade econômica – ainda que rigidamente parametrada e controlada pelo poder público, como não o são as demais atividades puramente privadas.

Desse modo o edital para a concessão de serviço público precisará indicar, no mínimo:

a) a *fonte de direito* da licitação e do contrato. Isto hoje no Brasil está centrado na Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, já algumas vezes importantemente alterada para bem melhor e mais completa que na sua redação originária. Não se admite licitação que não decline imediatamente a fonte de direito sobre que se apoia, assim como o contrato que daí resulte.

Aquela Lei nº 8.987/95 é federal-federal, se assim a podemos chamar, em oposição às leis federais-nacionais. A primeira vale para a União, e como geral os demais entes federados nela, se quiserem, “encostam”, e realizam licitações e contratos com fulcro nesse diploma, porém na melhor técnica adotam leis próprias sobre o tema, decerto fortemente inspiradas no modelo federal, mas podendo divergir amplamente, na forma da necessidade e da conveniência local.

Sim, porque na Constituição, arts. 21 a 24, não existe referência a “normas gerais de concessão e de permissão de serviço público”, e apenas se existisse é que teria a União competência para por lei nacional ditar tais regras a Estados, Distrito Federal e Municípios; não havendo, restam livres os entes políticos para legislar para seu próprio âmbito.

Nem tudo, entretanto, a lei federal das concessões de serviço resume e encerra, daí ser imprescindível, além de se invocar como subsidiariamente aplicável a lei de licitações e mesmo leis locais sobre esse tema – como sempre faz o Estado de São Paulo com sua Lei nº 6.544, de 1989 - que o edital da licitação, com seus anexos, e o contrato de concessão de serviço, se derramem por detalhes numerosíssimos, sem os quais nada de mais palpável e concreto resultaria do esforço da Administração. É certo que não apenas a lei se impõe às partes, mas o edital e o contrato, sendo o primeiro muita vez denominado a *lei interna* da licitação;

b) a *descrição precisa do serviço*. Ponto central da preocupação do poder público concedente, é natural que o serviço posto em concessão ao particular seja minuciosamente descrito, delimitado, condicionado, regrado e parametrado de seu início a seu fim, descrevendo-se o seu escopo, o seu âmbito e a sua abrangência de modo detalhado e preciso.

Se por exemplo se trata do serviço de coleta de lixo urbano, e em rapidíssima síntese de temas juridicamente relevantes, há de estar previsto e planejado, nos anexos do edital licitatório, todo o roteiro que deve ser percorrido, diária ou periodicamente, pelo concessionário, e o resultado que se espera após a coleta efetuada; os equipamentos e o pessoal necessários, e como se o identifica visualmente; os recipientes em que o lixo deve ser disposto pela população; a espécie de lixo abrangida pelo contrato; o horário de coleta; os cuidados para o transporte e a destinação final, com ou sem reciclagem, e outras questões pertinentes ao objeto em si. Juridicamente não estará completo e suficiente um edital que não descreva no mínimo isso como objeto da licitação – até um advogado o pode asseverar;

c) o *critério de julgamento da licitação*, e para isso o art. 15 da Lei nº 8.987/95 é de extrema oportunidade, tendo sido inestimavelmente aperfeiçoado pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. O edital, elegendo o e critério, fixará os fatores de julgamento, com seus parâmetros e suas regras específicas claramente enunciadas;

d) a forma de remuneração do concessionário pelo poder público.

Este é um ponto absolutamente essencial do contrato, porque nada interessa mais ao concessionário que a receita que terá pela prestação dos serviços públicos concedidos. Sem a precisa e clara

definição deste ponto nas licitações que pretenda realizar, e que ainda à primeira vista pareça sedutora e proveitosa ao interessado, pode o poder público ter certeza de que *jamais conseguirá passar o serviço à iniciativa privada*, pois que para ingressar numa aventura nebulosa, ou para ter prejuízo, ou para *pagar para trabalhar*, ninguém precisa sair de casa, ou ser empresário.

A fórmula remuneratória ao concessionário, assim, haverá de corresponder a valores justos de mercado, razoáveis ao poder público ou usuário que – conforme cada caso e cada objeto - pagará pelo serviço, e ainda compensadores ao concessionário, que justifiquem o imenso trabalho, aos investimentos e aos riscos que esse último sempre assume e enfrenta.

Se se está em concessão de serviço de limpeza urbana, então evidencie o edital e a minuta do contrato desde logo como será calculada a remuneração do concessionário; se se trata de concessão de serviço de transporte de passageiros, idem, o edital devendo esclarecer em minúcia a política tarifária a ser adotada, como sua alterabilidade, sua reajustabilidade e sua eventual revisibilidade – no mínimo.

Tudo isso constituindo rigorosa verdade, é igualmente certo que ocasionalmente se pode imaginar alguma forma diferenciada ou especial de prestação do serviço, originariamente não garantida pelo poder público, que poderia ser cobrada diretamente do usuário beneficiário do serviço.

Não vem sendo comum nem usual, nas concessões de que se tem notícia, a previsão editalícia e contratual de uma tal fórmula, mas nada tem de juridicamente proibida ou de operacionalmente impossível – bastando romper o comodismo e a inércia e colocar o cérebro para funcionar.

E tanto é viável e concebível uma tal remuneração alternativa, por serviços igualmente alternativos prestados pelo concessionário, que a Lei das concessões, no art. 18, inc. VI, admite que o contrato possa prever: *“possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados”*, algo em que sempre é admissível pensar como fator adicional de atratividade do particular pelo objeto da concessão.

Se ainda estivermos no exemplo da concessão do serviço de coleta de lixo urbano, geralmente o pagamento é procedido por

tonelada de lixo recolhido, segundo medições do concessionário, que a seguir precisarão ser conferidas pelo poder concedente.

Mas qualquer que seja o diferente objeto da concessão, o pagamento ao concessionário deverá ser e estar clarissimamente enunciado já no edital, sem desanimadoras e desencorajadoras dubiedades no texto, e na medida do viável sem os tão comuns, nefastos e daninhos burocratismos que pululam no serviço público, que servem antes a ocupantes de sinecuras e aos preguiçosos de todo gênero – dos que anseiam que o mundo acabe num barranco para que possam morrer encostados – que à população à qual aqueles prometeram servir quando tomaram posse de seus cargos.

De resto, dificilmente existirá em direito administrativo e na prática da administração matéria mais sujeita a disputas, polêmicas, controvérsias e discussões que esta. São tremendamente complexos os cálculos dos valores que o poder público considera justo pagar ao concessionário de serviço, como igualmente o são os valores amiúde pleiteados pelos concessionários a título de *revisão* por reequilíbrio econômico-financeiro.

Não se fala de *reajuste* – matéria previsível e fácil de equacionar e de controlar, cuja ocorrência não altera o contrato nem exige termo aditivo -, mas de *revisão*, ou seja de alteração do preço principal do contrato, por justificado e não raro penoso aditamento.

O edital e o contrato de concessão, cujos autores não podem ignorar estes fatos arquiconhecidos de toda a população, precisam portanto conter a previsão a mais completa possível de fatores a serem levados em conta em pedidos de reajuste pelo concessionário – mais do que usualmente se faz com generalidades que pouco auxiliam na prática e pouco acrescem à simples e genérica letra da lei.

É algo que também *dá trabalho*, mas que possivelmente poupará muito desgaste e muitas contrariedades, frequentemente evitáveis, se providenciado quando da elaboração do edital, e, muito importante, que servirá como parâmetro para futuros editais e futuros contratos similares;

e) o *prazo da outorga, e a prorrogabilidade do contrato*. Não existe prazo mínimo nem máximo fixados na lei federal das concessões de serviço, e eles em geral variam de 20 a 40 anos, ou de 10 a 20, sendo o primeiro número desse binômio o

prazo originário, e o segundo o da facultativa prorrogação – que já é dada como certa ou como *lavas contadas* por ambas as partes já quando da celebração do ajuste.

Nada impede seja outro prazo o avençado, repita-se, inclusive muito maior, porque norma jurídica ou regra nenhuma o impede. O que não costuma ser viável é se estabelecerem prazos exíguos ou demasiados curtos, pois que desse modo dificilmente o concessionário teria tempo de recuperar seus investimentos e passar a ter efetivo lucro com o serviço prestado.

Não se invoquem nem se persigam prazos da lei de licitações – a Lei nº 8.666/93, no rt. 57 – para concessões de serviço, pois que aqueles prazos não foram ideados nem concebidos para esta espécie de objeto, e desde logo se revelam rigorosamente inadequados e impróprios.

Não é comum nem correntio o contrato de concessão de serviço prever *mais de uma prorrogação*, até em face da ampla dilação dos prazos neste caso, porém, em princípio e juridicamente, também nada o impede – é que os interessados ainda não devem ter tido tempo de conjecturar seriamente a propósito.

Quanto a paralisações da prestação, dada a natureza essencial que cerca e define a maioria absoluta dos serviços concedidos, qualquer suspensão ou interrupção dos contratos se revela em geral não menos que *trágica* para a população, verdadeiramente desastrosa e, por isso, em tese inadmissível na prática, devendo ser evitada a todo custo. Como se admitir, com todo efeito, a paralisação dos serviços de coleta de lixo urbano? Ou de vigilância, ou de limpeza, ou de conservação ou de manutenção, seja qual for?

f) a alterabilidade do contrato quanto às obrigações das partes, por alterações do projeto inicial pela Administração concedente.

Esta matéria consta do inc. VII do art. 18 da lei das concessões, a Lei nº 8.987/95. Como em todo contrato administrativo, pode o contratante poder público alterar unilateralmente o projeto da concessão já terceirizada com vista a melhor adequá-lo às necessidades e às conveniências do interesse público, dentro das suas infinitas nuances, formas, particularidades e seus mutabilíssimos contornos.

O edital, e por consequência o contrato a ser firmado, precisará então prever regras e parâmetros para essa mutabilidade unilateral



nas cláusulas de serviço, cujas mutações importarão revisão da remuneração do concessionário, quer para mais como geralmente ocorre, quer para menos se o objeto for acaso reduzido. O poder público interfere no serviço, mas a mudança na remuneração do contratado jamais pode ser unilateralmente imposta, devendo ser técnica e judiciosamente acordada entre as partes em termo aditivo.

Não se atenha a Administração, nos contratos de concessão de serviço – como em qualquer concessão outra, como ainda em qualquer permissão onerosa que outorgue – aos conhecidos limites de valor, com relação ao *valor inicial atualizado* do contrato conforme previsto no § 1º do art. 65 da lei nacional de licitações. *Nada disso originariamente se aplica a contratos de concessões, que na parte principal não se regem pela Lei nº 8.666/93.*

Pode licitamente ocorrer uma necessidade a de alteração de cláusulas de serviço em contratos de concessão que exija *grande ampliação* do escopo do contrato, e com isso implique em revisão *correspondentemente ampla* dos valores a serem pagos ao contratado. Nada a estranhar, porque o mundo da concessão pouco tem com o bem limitado e coarctado mundo da Lei nº 8.666/93, com seus máximos e mínimos à vista de todos, amplamente conhecidos e fartamente exercitados.

Nas concessões de serviço muito de diverso pode vir a ocorrer a com isso a impor ao poder público medidas urgentes e rigorosas na correção de rumos – por vezes radicais, repita-se à exaustão -, sem as peias e as estreitas limitações ditadas pela lei nacional das licitações. Concessão de serviço, lembre-se sempre a autoridade, é uma coisa, e compra e venda de obra, serviço ou material são outra coisa radicalmente diversa, operacional e juridicamente tão similares quanto um casamento e um aluguel de *jet ski*;

g) indicação de *bens reversíveis*, se houver. Matéria dos incs.X e XI do art. 18 da lei das concessões de serviço, bens reversíveis são os que se incorporam ao patrimônio do Estado após vencido o prazo da concessão, ou sejam os que reverterem ao patrimônio público.

Se a concessão previr que esses bens serão produzidos ou adquiridos pelo concessionário, então que indique claramente quais são – móveis ou imóveis – e em que condição deverão reverter ao patrimônio do ente público concedente. Podem existir em grande número e variedade, como podem simplesmente

inexistir em certos casos, por mais que se prolongue o contrato de concessão.

Ainda, desejavelmente o contrato poderá prever que em caso de resistência do concessionário, após encerrada a concessão, em fazer reverter os bens ao poder concedente, que medidas administrativas, e se preciso judiciais a seguir, serão encetadas pelo poder público, sempre com o condão de, já anunciando essa medidas, facilitar e obviar a operação da reversão;

h) *condições peculiares*. De fundamental importância, por fim, nos editais de licitação e nos respectivos contratos de concessão de serviço é a previsão das *condições particulares* de cada específica concessão, aquelas peculiares a cada caso e que não se repetem com frequência - quando acaso se repetem - na generalidade das concessões conhecidas.

Neste ponto não existe limite algum para, dentro da justificável necessidade pública, a Administração concedente criar e inovar livremente quanto a institutos, práticas e procedimentos, prevendo à vontade requisitos e condições por vezes inéditas em concessões.

São exemplos *pequenas obras* necessárias para a sustentação de equipamentos auxiliares na prestação dos serviços concedidos pelo concessionário, as quais apesar de serem exigidas do concessionário são puramente “obras-meio”, não se confundindo com o objeto do contrato e nem tendo o condão de transformar a concessão de serviço naquela modalidade “concessão de serviço precedido de obra pública”, prevista na Lei nº 8.987/95, art. 2º, inc. III, e podem ser da mais variada espécie.

Outro exemplo são *serviços puramente instrumentais e acessórios*, maiores ou menores, porventura até então jamais requeridos ou exigidos em contratos de concessão de serviço, que o edital venha a exigir do prestador não como objeto principal da concessão mas também apenas com vista a facilitar a prestação principal dos serviços concedidos, com o papel meramente adjutório ou adventício, visando propiciar a melhor execução dos serviços concedidos, não se confundindo jamais com aqueles.

Podem ainda ser exigido do concessionário alguns *fornecimentos* de materiais e de insumos ao poder público concedente, sempre com o papel de, de algum modo, contribuir

para a prestação do serviço concedido ou a fiscalização daquela mesma prestação pelo poder público, para todos os fins da concessão e para a remuneração correta do concessionário.

Nada disso, se adicionalmente exigido em editais e em contratos de concessão de serviço, constituirá abuso pelo poder público sobre o particular, pois que evidentemente todos os custos envolvidos em tais eventuais obras, serviços e fornecimentos irá compor, originariamente e por todo o contrato, as planilhas do concessionário, por cujo pagamento o poder concedente do serviço, ou o usuário conforme o caso e conforme o serviço em questão, irá responder.

Apenas é preciso que o poder público saiba que *pode inovar*, ilimitadamente se houver justificativa na conveniência do serviço, nos editais de concessão e nos respectivos contratos, sem pear-se ou restringir-se a requisitos conhecidos e tradicionais desta modalidade contratual.