

Victor Albuquerque: Modelagem jurídica de projetos de infraestrutura

A crise econômica experimentada nos últimos anos, ao afetar de forma impiedosa os orçamentos Brasil afora, cobra um caro preço aos gestores públicos, especialmente nos casos em que não se aproveitou o período de maior estabilidade fiscal para se implementar medidas de equacionamento das despesas correntes. E isso acontece no momento em que o país se encontra no meio de um longo caminho de criação de estruturas necessárias para a garantia do extenso — e quase infindável — catálogo de direitos postos na legislação brasileira como a carga do poder público.

O discurso da crise fiscal, contudo, não convence a opinião pública. A espera paciente para a implementação de projetos necessários à garantia do bem-estar coletivo, especialmente quando essas obras também se revelam importantes instrumentos para a retomada sustentável do crescimento econômico, parece não ser uma opção.

Nesse contexto, observa-se uma crescente busca de estados e municípios por mecanismos alternativos de gestão de ativos públicos. A concessão *latu sensu*, embora seja uma velha conhecida de todos, aparece como instrumento de financiamento e de implementação de melhorias em equipamentos e serviços.

Da crise surge a criatividade, e o modelo de concessão, antes empregado a casos específicos e tradicionalmente detectáveis, passa a ser visto como o meio para a viabilização de investimentos e melhorias de equipamentos e serviços até então explorados — pelo menos formalmente — pela administração diretamente ou sob o regime tradicional de contratação.

O exemplo paulista simboliza bem essa tendência. O uso do modelo de concessão no município de São Paulo para a implementação de melhorias no estádio do Pacaembu, no mercado e sacolão de Santo Amaro, no parque Ibirapuera e nos terminais de passageiros revelam uma maior busca por esse formato para implementar desestatizações. Em paralelo, o estado de São Paulo lançou recentemente consultas públicas para viabilizar a concessão de parques estaduais, havendo ainda a expectativa de que seja realizada a concessão do ginásio do Ibirapuera.

Os projetos mencionados adotam as mesmas ferramentas previstas ordinariamente em contratos de concessão de serviços públicos, tendo por base um modelo econômico a partir do qual ao parceiro privado fica conferido o direito de explorar financeiramente os equipamentos e, em contrapartida, incumbido do dever de implementar melhorias e observar uma série de indicadores de desempenho.

Dado o problema e a realidade econômica, surge para os advogados a tarefa de enquadrar os projetos dentro dos modelos postos pela legislação, considerando todas as peculiaridades e diferenças que estão envolvidas nas concessões de serviços públicos regidas pela Lei 8.987/95, nas concessões administrativa e patrocinada regidas pela Lei 11.079/05, e nas concessões de bens públicos, submetidas às legislações locais. As discussões sobre o enquadramento de projeto surgem quase que instintivamente na fase de modelagem, em função da incontornável necessidade de se reportar uma forma de atuação pública a um modelo conceitual, cujos contornos estejam definidos na legislação.

Acontece que, embora do ponto de vista dogmático seja possível divisar os conceitos de serviço público, bem público, serviço de interesse social e obra pública, a subsunção de uma utilidade real dentro de um conceito estanque e, conseqüentemente, dentro de um determinado regime jurídico pode não ser tão simples no mundo dos fatos. Afirmar que uma concessão de parques se submete ao regime de bens ou serviços públicos não é tão simples quanto parece. A questão levanta preocupação especialmente diante do risco de que o eventual enquadramento “incorreto” seja questionado por órgãos de controle ou mesmo leve a administração a escolher um regime inadequado, trazendo um novo fator de vulnerabilidade ao projeto.

A adoção do regime da Lei 8.987/95 — por questões naturais — vem prevalecendo, seja por se tratar de um modelo conhecido pelo mercado e pela administração, o que auxilia a reduzir a assimetria de informações e os custos de transação, seja por prever diretrizes claras sobre a forma de estruturação do projeto, militando em favor da segurança tão necessária nos contratos públicos de longo prazo. O problema é que determinados dogmas abordados como essenciais pela doutrina para o uso do modelo de concessão de serviços públicos — como a necessidade de existência de política tarifária, a necessidade de o contrato envolver a prestação de serviços públicos — pode conflitar concretamente com premissas postas pela administração.

Definir serviço público, desde o surgimento do Estado moderno, é um desafio posto à doutrina, sendo incontáveis os critérios utilizados. Há os critérios materiais, que catalogam os serviços a partir da natureza da atividade; os critérios formais, relacionados ao que a Constituição ou a legislação ordinária define como serviço público; ou, mais recentemente e na onda da constitucionalização do Direito Administrativo, a definição de serviço público a partir da avaliação da capacidade que possui a atividade de viabilizar concretamente o gozo de direitos fundamentais.

Nessa fase do processo, ainda que superado o desafio de reconhecer a existência de um serviço público, caso o contrato envolva a transferência da gestão de bens públicos — o que geralmente acontece —, é necessário avaliar se não se trata de uma concessão de bem. A doutrina aponta como critério para resolução do problema a relação de acessoriedade existente entre a coisa e o serviço público. Caso o interesse preponderante seja o de preservar e melhorar a coisa, estará a se tratar de concessão de bem; caso o bem for acessório em relação ao serviço, estaremos diante de uma concessão de serviço público. Embora seja o critério possível, arbitrar concretamente o que é acessório ou principal não torna a escolha igualmente imune a questionamentos.

Nas concessões de bens, há em geral ainda uma questão adicional de ordem legislativa, pois comumente as legislações locais que tratam do assunto (quando existentes) foram construídas para regular relações

em que há a simples transferência da posse dos ativos a particulares mediante o pagamento de contraprestação mensal, tendo como possíveis concessionários um rol reduzido de atores (geralmente entidades governamentais ou sociedades sem finalidade lucrativa), o que pode representar na prática um obstáculo à consecução do projeto.

Em tempos de Estado pós-moderno, é preciso que façamos a virada pragmática. A concessão de uma determinada utilidade pública não pode ficar refém do seu enquadramento no conceito de serviço público ou bem público, não podendo ser esse o elemento determinante para se precisar como ocorrerá a delegação da sua exploração para um terceiro.

O Direito Administrativo e a sua legislação devem ser reconhecidos enquanto instrumentos para lidar com problemas concretos, produzindo soluções para que o Estado enfrente esse novo cenário. Se é certo — ou nem tanto — que a concepção do Direito Administrativo encontra-se atrelada a um modelo de Estado, em que as funções próprias do poder público consistiam em garantir a preservação da livre circulação da economia e o pleno desenvolvimento das atividades de mercado, no Estado pós-moderno impõe-se aos profissionais do Direito o papel de garantir que o ente público disponha de instrumentos adequados a assegurar o usufruto aos indivíduos de uma série de utilidades consideradas essenciais, como o direito ao lazer, direito à cidade e o direito à utilização ótima dos espaços públicos.

O atendimento do(s) interesse(s) público(s) — que fique claro, o interesse público previsto na Constituição Federal — é a finalidade da ação estatal. Na hipótese em que a exploração de atividades ou bens estatais é concedida a parceiros privados, o atendimento ao interesse público impõe o dever à administração de se valer, dentro do quadro legislativo posto, do modelo jurídico mais adequado para a otimização do uso dos recursos públicos, com a capacidade de trazer o melhor grau de satisfação coletiva. A discussão sobre enquadramento do ativo no conceito de serviço público, serviço, ou bem público, nos parece muito pequena e não deve condicionar a escolha do modelo, desde que demonstrada tecnicamente a vantagem da escolha administrativa.

A nós, que atuamos no Direito Público, cabe a tarefa de garantir que a dogmática tradicional não represente um obstáculo no desenvolvimento de projetos públicos. O Direito Administrativo deve servir à evolução do Estado, e é preciso que ele forneça as soluções para os problemas concretos, reduzindo incertezas em proveito da eficiência da alocação de recursos.

Date Created

09/07/2018