

PARECER Nº , DE 2011

Da COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 25, de 2010, do Deputado Ricardo Barros, que *altera a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.*

RELATOR: Senador ANIBAL DINIZ

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão o Projeto de Lei da Câmara nº 25, de 2010, que *altera a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.*

O texto aprovado pela Câmara dos Deputados modifica quatro artigos da Lei nº 8.987, de 1995 (Lei Geral de Concessões), a saber:

- I. art. 3º, ao qual é acrescido parágrafo único, dispondo que a cooperação dos usuários na fiscalização dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos se dará por meio do Conselho de Defesa do Usuário, composto por usuários de pequeno, médio e grande portes;
- II. art. 7º, ao qual são adicionados três incisos, para incluir entre os direitos dos usuários: (a) o de constituir o Conselho de Defesa do Usuário, com faculdade idêntica à do poder concedente para fiscalizar

os atos da concessionária; (b) o de participar do Conselho de Administração da concessionária, através de um representante com direito a voto; e (c) o de exigir da concessionária a realização, por entidades de notória especialização técnico-científica, de testes e análises, relativamente às especificações técnicas e operacionais dos serviços prestados e produtos a eles vinculados;

- III. art. 23, para: (a) mediante modificação do inciso VII do *caput*, determinar que, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão, figure a de obrigatoriedade de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço pelo Conselho de Defesa do Usuário; e (b) por adição de inciso ao seu parágrafo único, dispor que conste dos contratos de concessão de serviço público precedido de obra pública a especificação dos mecanismos de revisão das tarifas;
- IV. art. 31, cujo inciso V tem a sua redação alterada, para conferir aos membros do Conselho de Defesa do Usuário o livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço concedido, bem como aos registros contábeis da concessionária.

Tal como aprovado pela Câmara Baixa, o PLC é fruto da fusão dos Projetos de Lei (PL) nº 2.050, de 1996, nº 2.184, de 1996, e nº 2.185, de 1996.

O PL nº 2.050, de 1996, previa tão-somente a alteração indicada no item III.b *supra*. Na justificção, o autor do projeto, Deputado Ricardo Barros, atentou para a necessidade de se preservar a relação entre encargos e receita, para tornar atrativa a aplicação de capital nos investimentos de longo prazo que caracterizam os contratos de concessão de serviço público precedida de obra pública.

De seu turno, o PL nº 2.184, de 1996, promovia a modificação aludida no item II.c *supra*. Na justificção, o autor do projeto, Deputado Aírton Dipp, sustentou que o direito do usuário de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de seus interesses, previsto no art. 7º da Lei nº 8.987, de 1995, é insuficiente para assegurar que tal defesa seja eficaz, mesmo porque, quando houver oposição entre o usuário e a concessionária, não é razoável pensar que esta

agirá em detrimento de seus próprios interesses. Em razão disso, o autor propôs a inclusão, na Lei, do direito à realização, por entidades independentes e especializadas, de testes e análises dos serviços prestados.

Por fim, o PL nº 2.185, de 1996, também do Deputado Airton Dipp, promovia as mudanças referidas nos itens I, II.a, II.b, III.a e IV *supra*. Na justificação, é assinalado que a Lei nº 8.987, de 1995, trata de forma superficial a participação do usuário na fiscalização da concessionária ou permissionária. Ademais, segundo o autor, além de o Estado, nos últimos tempos, ter demonstrado incompetência para fiscalizar e controlar empresas privadas, os usuários são os maiores interessados em exercer tal fiscalização, o que justificaria a instituição de um conselho de defesa do usuário, para realizar tais funções, sem prejuízo das responsabilidades do poder concedente nessa matéria.

Após a análise do projeto por esta Comissão, ele será objeto de decisão terminativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Não lhe foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

Nos termos do art. 102-A, III, do Regimento Interno do Senado Federal, compete a esta Comissão opinar sobre assuntos atinentes à defesa do consumidor. A utilização de serviços públicos envolve uma relação de consumo. Por isso mesmo, e tendo em vista que a proposição em análise tem por objetivo principal aprimorar os mecanismos de fiscalização popular da correta execução dos contratos de concessão e permissão de serviço público, concluímos que esta Comissão é competente para examinar o projeto.

Com efeito, as disposições do PLC nº 25, de 2010, cuidam da fiscalização dos contratos de concessão e permissão pelos usuários do serviço e dos critérios de revisão tarifária. Visam, notadamente, a possibilitar a participação do usuário no controle das atividades do concessionário, em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, o qual impõe ao legislador estabelecer condições de fiscalização dos contratos, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter um serviço adequado.

Quanto ao mérito, na forma como redigido, o parágrafo único do art. 3º, a ser acrescentado à Lei nº 8.987, de 1995, pode conduzir à interpretação de que a única forma de cooperação dos usuários na fiscalização dos serviços públicos ocorrerá por meio do Conselho de Defesa do Usuário.

Demais disso, reputamos inadequado garantir a participação de um representante dos usuários no Conselho de Administração da concessionária, como estipulado no art. 7º, VIII. Contra tal previsão, poderia ser arguido que ela significa uma interferência na gestão da empresa concessionária, incompatível com os princípios gerais da atividade econômica insertos no art. 170 da Constituição Federal. A circunstância de os serviços públicos estarem sujeitos a um regime diferenciado, de maior regulação estatal, não os torna, *ipso facto*, alheios à aplicação dos princípios gerais da ordem econômica.

O maior problema que vislumbramos no inciso VIII do art. 7º consiste na própria natureza do conselho de administração e do futuro conselho de defesa do usuário. Nos termos dos arts. 138, § 1º, 140 e 142 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o conselho de administração é um órgão de deliberação colegiada de sociedades por ações, composto por membros eleitos em assembleia geral de acionistas e por ela destituíveis a qualquer tempo, a ele competindo, entre outras atividades: fixar a orientação geral dos negócios da companhia, eleger e destituir seus diretores, bem como fixar-lhes as atribuições, manifestar-se previamente sobre atos ou contratos e autorizar a alienação de bens do ativo não circulante da empresa.

Como se vê, tal conselho é constituído no interesse dos acionistas da empresa (e não no de seus clientes), possuindo atribuições de direção superior dos negócios da companhia. Os fins por ele visados não se confundem com os dos usuários dos serviços prestados.

O bom senso recomenda que o responsável pelos atos decisórios não seja a mesma pessoa que os fiscaliza. Não por outro motivo tais funções são separadas no âmbito interno da própria empresa, cabendo ao conselho fiscal as funções de controle da atividade dos administradores (no interesse dos acionistas).

De resto, a participação de um representante dos usuários no conselho de administração poderá mesmo ser contraproducente, servindo de argumento para a empresa eximir-se de responsabilidade por atos que eventualmente gerem prejuízo aos usuários, quando tiverem contado com a anuência daquele representante.

Cabe registrar que, na concessão de serviço público, a empresa contratada desempenha, em nome próprio e por sua conta e risco, a atividade objeto do contrato. Consoante assinala Marçal Justen Filho (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 161), na concessão de serviço público, *quem dá os fins é o Estado, mas a definição dos meios inclui-se nas faculdades do particular*. O fato de se tratar de uma atividade sujeita a maior ingerência do poder público não lhe retira a natureza de *empreendimento econômico, porque o particular é titular dos poderes para organizar economicamente uma atividade, visando a extrair a maior lucratividade possível, em face de determinados padrões impostos pelo Estado*.

Assim, os papéis de concessionária e usuários não podem ser confundidos, atribuindo-se a um representante destes participação nas funções diretivas daquela. De resto, não se pode perder de vista que a legislação pátria já prevê diversos instrumentos e canais de defesa do consumidor. De fato, além dos PROCONs, o usuário de serviços públicos pode recorrer às agências reguladoras de tais serviços, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Se tais vias funcionam de forma insatisfatória, não se pode esperar que a simples previsão legal de novas vias vá resolver o problema, o qual não reside na ausência de legislação a respeito, mas em sua inefetividade ou descumprimento. Tampouco se deve ignorar que a multiplicação de instrumentos de fiscalização, sobretudo quando importam custos para o concessionário, finda por resultar no repasse desses mesmos custos ao usuário do serviço, pelo encarecimento das tarifas.

Quanto ao inciso III do parágrafo único do art. 23, consideramo-lo dispensável. Como já referido, ele prevê que os contratos de concessão de serviço público precedido de obra pública deverão conter, além das cláusulas essenciais enumeradas nos incisos do *caput* do citado artigo, a especificação dos mecanismos de revisão das tarifas a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. Ora, uma das cláusulas essenciais a todos os contratos de concessão de serviço público, indicada no inciso IV do art. 23, é a relativa ao preço do serviço e aos critérios e

procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas. Não faria sentido, portanto, criar uma previsão como a do inciso III, específica para os

contratos de serviço público precedido de obra pública, o que poderia mesmo gerar confusões interpretativas e a falsa conclusão de que eles seriam dotados de um regime especial de revisão contratual.

Na verdade, a garantia de revisão tem fundamento constitucional e se aplica aos contratos administrativos em geral, em conformidade com o art. 37, XXI, da Carta de 1988, segundo o qual os contratos de obras, serviços, compras e alienações celebrados pela Administração Pública deverão conter cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**.

Além do já citado art. 23, IV, a Lei nº 8.987, de 1995, trata da revisão nos arts. 9º e 29, e deixa bem claro que, havendo alterações que afetem a equação econômico-financeira do contrato, o poder concedente deverá proceder à revisão tarifária. Embora o § 2º do art. 9º da Lei fale da previsão de mecanismos de revisão no contrato como uma faculdade do poder concedente, é evidente que, havendo causa ensejadora da revisão, essa deverá ocorrer, ainda que os mecanismos não tenham sido previstos no contrato. A própria redação do *caput* e do § 3º do art. 9º autoriza essa conclusão. Cabe notar que, de acordo com o mencionado inciso IV do art. 23, os critérios e os procedimentos para a revisão de tarifas constituem cláusula essencial dos contratos de concessão.

Uma pequena digressão teórica ajuda a explicar o porquê de a estipulação dos mecanismos de revisão no contrato ser tratada pela lei como uma faculdade do poder concedente. Consoante leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 714), o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda, alterando-se apenas o preço que a expressa, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela. Já a revisão constitui uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos, de tal sorte que, dada a irrupção de encargos excedentes dos originais, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe

deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição.

A revisão pode se justificar em razão de alterações unilaterais do contrato promovidas pela Administração, de outras medidas tomadas pelo poder público, seja de caráter geral, seja com repercussão específica no contrato, que provoquem um desequilíbrio econômico-financeiro, ou mesmo de outras ocorrências, alheias à vontade das partes, imprevisíveis e inevitáveis, que tenham tal efeito desestabilizador. A redação do § 2º do art. 9º da Lei pode ser explicada pelo fato de que ditos acontecimentos são, na maioria dos casos, de difícil caracterização prévia, impedindo uma definição satisfatória de “mecanismos” de revisão antes que a situação ensejadora se verifique, se o termo mecanismo é tomado no sentido de conjunto de elementos definidores do conteúdo da revisão. Quanto aos procedimentos formais a serem observados na revisão, o art. 23, IV, da Lei, como já mencionado, considera-os cláusula essencial do contrato.

Em conclusão, conquanto os nobres propósitos que animaram os autores das proposições das quais se originou o texto do PLC ora em análise, entendemos existirem razões de mérito a recomendar sua rejeição.

III – VOTO

Ante o exposto, nos termos do art. 133, II, do Regimento Interno do Senado Federal, o voto é pela rejeição do Projeto de Lei da Câmara nº 25, de 2010.

Sala da Comissão, 24 de maio de 2011

Senador Rodrigo Rollemberg, Presidente

Aníbal Diniz, Relator