

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Flávia Della Coletta Depiné

**Concessão de rodovias: modalidades e formas de remuneração
do concessionário**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Flávia Della Coletta Depiné

**Concessão de rodovias: modalidades e formas de remuneração
do concessionário**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração Direito Administrativo – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof. Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

Aos meus filhos ANA LUÍSA e RAFAEL, luz e razão do meu existir.

*Ao DAVI, meu grande amor, com quem tenho a felicidade
de compartilhar diariamente as minhas angústias, dúvidas,
pequenas e grandes alegrias.*

Sem vocês ao meu lado nada teria sentido.

AGRADECIMENTOS

À minha estimada orientadora, Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, por aceitar me orientar e por ultrapassar todos os limites de sua obrigação, dedicando seu valioso tempo, muito além do que seria razoável, com minhas dúvidas e incertezas sobre este trabalho, esclarecendo-as e provocando novas reflexões. Agradeço, ainda, pelo incentivo e apoio nos momentos de angústia.

Aos Professores Doutores Jacintho Arruda Câmara e José Roberto Pimenta Oliveira, pelas valiosas críticas realizadas no exame de qualificação.

Aos meus amados pais, Helvécio e Vera, pelo exemplo de vida e pelo amor a mim dedicado.

À minha irmã Luciana, a quem admiro pela força e coragem, pelo ombro amigo e apoio incondicional todos os dias de minha vida.

Ao meu irmão Helvécio, pelo carinho nem sempre explícito, mas sempre sentido.

Aos meus queridos colegas da Procuradoria Geral do Estado, que comigo compartilharam a difícil tarefa de assumir, mesmo que temporariamente, a defesa jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o ressurgimento da concessão no Brasil no setor de infraestrutura rodoviária, a partir do início dos anos 90, seu alcance e características, identificando as modalidades de concessão aplicáveis à gestão da malha rodoviária e o regime jurídico da remuneração das concessionárias de rodovias.

Para tanto, na primeira parte deste trabalho investigamos o surgimento e a evolução das concessões no Brasil, o seu conceito, as suas características, a natureza jurídica do instituto, bem como as modalidades de concessão existentes no direito positivo nacional, considerando as inovações trazidas pela Lei federal 11.079, de 30.12.2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Cuidamos da noção de serviço público, sua origem, evolução e identificação inferida da Constituição de 1988 e a possibilidade de o legislador infraconstitucional, respeitados os parâmetros da Constituição, alçar uma atividade à categoria de serviço público, para identificar a noção de serviço público de operação de rodovias.

Tratamos da legislação referente à malha rodoviária e às outorgas da gestão e operação das rodovias, demonstrando que, atualmente, os contratos de concessão firmados são, em regra, disciplinados pela Lei federal 8.987/1995, não existindo impedimento para a implementação de parcerias público-privadas no setor.

Por fim, adentramos no estudo dos aspectos jurídicos da remuneração da concessionária de rodovia. Cuidamos da natureza jurídica do pedágio, das fontes de receitas da concessionária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de rodovias.

Palavras-chave: Descentralização, concessão, serviço público, rodovias, pedágio e equilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

This study aims to understand the resurgence of concessionaire phenomenon in Brazil from the early 1990's, especially in road infrastructure sector, its scope and characteristics, identifying the type of concession applied to the granting of roadways management and the legal regime applicable to them.

In the first part of this work it's investigated the emergence and evolution of concessions in Brazil, its concept, its characteristics, the legal nature of the institute, and the available modalities in positive national law. This study seeks to address the processing of the institute since its origin, identifying current characteristics, peculiarities and object of each kind of concession, whereas the innovations brought by federal law 11.079, from 2004 Dec. 30.

Furthermore, takes care of the concept of public service, its origin, and development. It's also identified the notion of public service inferred from the 1988 Constitution and the possibility of legislators, respected the parameters of Constitution, raise a certain activity to public service category, once the idea is to seek if the management and operation of roadways in Brazil can be defined as a public service or not.

The work discusses the legislation about roadways and the granting of its management and operation. Also it analyzes the management and operation activities of the roadways in order to demonstrate that grant contracts are generally disciplined by federal law 8.987/1995, and there is no impediment to the implementation of public-private partnerships in the sector.

Finally, it explores the legal aspects of the roadways concessionaire remuneration, studying the legal nature of the toll, the financial resources of the concessionaire and the economic-financial balance of roadways concession contract.

Keywords: Decentralization, concession, public service, roadways, toll and economic-financial balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	19
1 O surgimento e a evolução das concessões no Brasil	19
2 Noção de concessão	24
3 Natureza jurídica da concessão	34
4 As modalidades de concessão	40
4.1 A concessão de serviço público	40
4.2 A concessão de serviço público precedida de obra pública	48
4.3 A concessão de obra pública	49
4.4 A concessão de uso de bem público	52
4.5 Parceria público-privadas	54
4.5.1 Concessão patrocinada	56
4.5.2 Concessão administrativa	58
II. SERVIÇO PÚBLICO DE OPERAÇÃO DE RODOVIAS	63
1 Noção de serviço público	63
2 Serviço público e atividade econômica	69
3 Possibilidade de caracterização infraconstitucional de uma atividade como serviço público	72
4 Noção do serviço público de operação e gestão de rodovias	75
III. O ENQUADRAMENTO DAS CONCESSÕES NO SETOR RODOVIÁRIO DE INFRAESTRUTURA COMO CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	79
1 Características das concessões no setor rodoviário brasileiro	79
2 A concessão de rodovias como concessão de serviços públicos	83
3 A utilização da parceria público-privada no setor rodoviário	104

IV. ASPECTOS JURÍDICOS DA REMUNERAÇÃO NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS	112
1 O pedágio	112
2 A natureza jurídica do pedágio.....	113
2.1 A questão da bitributação	121
2.2 A questão da violação ao direito de liberdade de locomoção e da obrigatoriedade de via alternativa	122
2.3 A tarifa de pedágio com valores diferenciados	129
2.4 A isenção do pedágio.....	133
3 Outras fontes de receitas do concessionário.....	136
3.1 Fontes alternativas.....	137
3.2 Fontes complementares ou acessórias.....	142
3.3 Projetos associados.....	142
3.4 Momento da previsão	143
V. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS	147
1 Noção	147
2 Modelos de equilíbrio econômico-financeiro.....	164
3 Mecanismos de revisão ou recomposição da equação econômico-financeira.....	168
3.1 Modificação do valor da tarifa	168
3.2 Diminuição dos encargos da concessionária.....	169
3.3 Atribuição à concessionária de receitas acessórias, complementares ou advindas de projetos associados	169
3.4 Alteração do valor da outorga	170
3.5 Atribuição de subsídio	170
3.6 Modificação do prazo contratual.....	171

CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	179

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a identificação das modalidades de concessão aplicáveis à gestão da malha rodoviária e a remuneração do concessionário de rodovias.

A infraestrutura rodoviária é fundamental para o desenvolvimento do País, bem como para possibilitar o cumprimento dos objetivos traçados no art. 3.º, incisos II e III, da CF.

Ela, a infraestrutura, repercute diretamente em outras atividades econômicas, por exemplo, a do transporte de cargas, produzindo reflexos sociais, porquanto vias inadequadamente projetadas e conservadas aumentam o consumo de combustível, os custos operacionais das empresas e o número de acidentes, ou seja, influenciam no chamado “custo Brasil”.¹

Nesse sentido, a infraestrutura logística de transportes é determinante para o desenvolvimento de uma região, uma vez que um dos fatores avaliados pelos investidores no momento da aplicação de seus recursos é o custo do escoamento de seus produtos, o que acaba por favorecer as localidades servidas com as rodovias melhor projetadas e conservadas, pois permite o escoamento rápido e eficiente da produção

Não obstante a importância econômica e social da infraestrutura rodoviária, a malha rodoviária brasileira conta com aproximadamente 1,8 milhão de quilômetros, dos quais apenas 11% são pavimentados.² Comparado com o índice de pavimentação de outros países, o das rodovias nacionais é bastante pequeno, mesmo após vários trechos de rodovias federais e estaduais terem sua gestão e operação sido concedida à iniciativa privada. A Rússia, por exemplo, apresenta 80,9% de suas rodovias pavimentadas, já a China, 81,6%, e a Índia 47,3% de suas rodovias pavimentadas.³

A clara identificação das modalidades concessórias aplicáveis ao setor de infraestrutura rodoviária nacional e a compreensão da natureza jurídica da atividade de

¹ Disponível em: <www.abcr.org.br>. Acesso em: 18 dez. 2009.

² Disponível em: <www.antt.gov.br>. Acesso em: 6 nov. 2009.

³ Disponível em: <www.cia.gov>. Acesso em: jul. 2009.

operação e gestão de rodovias são cruciais para atrair mais investimentos privados e para permitir que o recurso à concessão atenda efetivamente ao interesse público, considerados não apenas a expansão e o melhoramento dos serviços, mas, igualmente, a obtenção do máximo de benefícios aos usuários ao menor valor do pedágio possível.

Evidenciadas a importância, a atualidade e a oportunidade do tema, cabe desenvolvê-lo, e, para tanto, o estudo é dividido em cinco capítulos.

No primeiro, a título de considerações preliminares, abordamos o surgimento, a evolução, a nação, a natureza jurídica e as modalidades de concessão, para melhor compreender a atual opção do Poder Público pela gestão indireta da atividade de operação e gestão de rodovias.

No segundo capítulo, analisamos a noção de serviço público, apartando-o da atividade econômica, bem como a possibilidade de caracterização infraconstitucional de uma atividade como serviço público, para identificar a noção de serviço público de operação de rodovias.

Constatamos que são transferidas ao concessionário não apenas a construção ou manutenção da rodovia (obra), mas sua gestão e operação, atividade que se constitui em serviço público típico, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Fixadas a noção e a natureza jurídica do serviço de gestão e a operação de rodovias, partimos, no terceiro capítulo, para o exame das concessões de rodovias enquanto concessões de serviço público.

No setor rodoviário nacional, antecipando futuras conclusões, as concessões se deram, até o momento, nas rodovias autossustentáveis, ou seja, nas que têm tráfego suficiente para permitir a exploração pela iniciativa privada com os custos do serviço suportados essencialmente por intermédio da cobrança de pedágio, e, por essa razão, foi aplicada para as outorgas no âmbito rodoviário a concessão de serviço público comum, na terminologia utilizada pela Lei federal 11.079, de 30.12.2004.

As concessões foram usadas não só como forma de captar recursos privados visando à recuperação e ampliação da malha rodoviária, mas como mecanismo de obtenção de recursos públicos, o que pode ser observado pela utilização, em grande escala, do critério de adjudicação da maior outorga, ou do critério misto; raramente foi adotado, exclusivamente, o critério da menor tarifa, o que certamente influenciou no valor dos pedágios fixados.

Considerando o percentual baixíssimo de pavimentação das rodovias nacionais, bem como o fato de as concessões já realizadas terem por objeto as rodovias autossustentáveis, é possível a utilização das modalidades concessórias disciplinadas pela Lei das Parcerias Público-Privadas para viabilizar o aumento do percentual de rodovias pavimentadas, bem como para melhorar a interligação das rodovias com outros modais de transportes, podendo o instituto ser utilizado como alternativa eficaz para o desenvolvimento do setor.

Nesse sentido, analisamos questões atinentes aos ganhos, aos riscos, ou seja, às condicionantes da decisão do Poder Público na escolha das modalidades concessórias e na fixação dos contornos do contrato de concessão de rodovias.

No capítulo quatro, tratamos de alguns aspectos da remuneração do concessionário nas concessões de rodovias. Com o advento do aumento do número de rodovias concedidas à iniciativa privada e, por conseguinte, do incremento de praças de pedágio, questões que estavam aparentemente consolidadas ressurgiram, por exemplo, a natureza jurídica do pedágio (se taxa ou preço público), a necessidade da existência de via alternativa não pedagiada para viabilizar juridicamente a cobrança da tarifa, o pedágio com valores diferenciados e a possibilidade de isenção.

Ainda no capítulo quatro, discorreremos sobre os mecanismos legais que permitem a obtenção de formas de custeio do serviço que não derivem exclusivamente da tarifa.

No capítulo cinco, foram abordados a noção e o modelo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como os mecanismos de recomposição de sua equação econômico-financeira, sob a ótica dos princípios que norteiam a prestação do serviço público e que influenciam diretamente nos mecanismos de revisão e recomposição da equação econômico-financeira do ajuste.

Procuramos, em síntese, investigar, no decorrer dos cinco capítulos desenvolvidos neste trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de despertar discussão em torno da matéria, as modalidades concessórias aplicáveis à gestão e operação da malha rodoviária, demonstrando o papel primordial do adequado planejamento do serviço como mecanismo para permitir o seu financiamento com o pagamento de tarifas adequadas não só ao sucesso do empreendimento, mas à realidade do usuário e dos benefícios colocados à sua disposição.

I

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1 O surgimento e a evolução das concessões no Brasil

O Estado brasileiro, inicialmente, só conhecia a prestação direta das diversas atividades públicas, nelas incluindo o serviço público e os investimentos em infraestrutura. A prestação das atividades públicas se dava, portanto, por intermédio dos órgãos que compõem o próprio aparato administrativo estatal.

A partir dos anos 20 inicia-se um processo de descentralização administrativa, com a criação de autarquias, que ganhou importância após a Revolução de 1930; passaram as autarquias a exercer funções de índole administrativa, industrial ou comercial. Concomitantemente, houve várias experiências exitosas de concessões a favor de pessoas privadas (nacionais ou estrangeiras).⁴

A gradativa atuação do Estado nas atividades industriais e comerciais⁵ levou a percepção de seu desaparecimento⁶ para atender integralmente as novas necessidades sociais; pôr a disposição toda a gama de serviços e utilidades considerados essenciais não só à manutenção do próprio Estado e do corpo social, como, também, os úteis e oportunos aos interesses dos administrados. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Estado

⁴ Citam-se como exemplos de setores nos quais houve concessões a pessoas privadas o de transporte, especialmente o ferroviário, o de energia elétrica e o portuário, entre outros.

⁵ “Sabe-se que, no Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, a maioria das concessões foi outorgada a sociedades de economia mista e empresas controladas, direta ou indiretamente, por pessoas jurídicas de direito público. As antigas concessões a empresas privadas, nos setores elétricos, ferroviário, portuário, de gás e telefone, que datam do século XIX e do início do século XX, chegaram ao seu termo normal, ou foram objeto de encampação ou desapropriação pelo Estado das ações das empresas concessionárias. Tais fatos poderiam levar à conclusão que a concessão estava em fase de declínio, se não se explicassem pelas consequências da inflação e por um nacionalismo exacerbado, que surgiu com o Estado Novo, assim como pela política tarifária demagógica que, por muito tempo, imperou no país.

Em 1995, pouquíssimas eram as concessionárias privadas de grande porte, mas em seguida, passamos a vivenciar um importante movimento de renovação e de abertura das concessões a capitais privados, especialmente nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, gás e obras civis, abrangendo especialmente pontes e rodovias” (Arnoldo Wald; Luiza Rangel de Moraes; Alexandre de M. Wald. *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92).

⁶ Considerado aqui a ausência de organização adequada e de recursos financeiros.

[...] passou a delegar sua execução⁷ a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado instituídas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob o regime predominantemente privado.⁸

A concessão foi a primeira forma utilizada pelo Estado para transferir a terceiros a execução de obras e de serviços públicos; por meio dela, o particular, concessionário, executa o serviço ou a obra, em próprio nome⁹ e por sua conta e risco, mediante fiscalização e controle da administração. A tarifa suportada pelo usuário da obra ou serviço é fixada pelo poder concedente e se constitui na remuneração do concessionário. A ausência de investimentos públicos e de riscos na exploração industrial era considerada pelo Estado como a grande vantagem do regime de concessão. Essa lógica foi sensivelmente alterada pela inclusão nos contratos de cláusulas de garantia de juros e pela aplicação da teoria da imprevisão.

Paulatinamente, o uso do instituto entrou em declínio, porquanto a associação financeira entre Estado e o setor privado tornou-se lesiva ao Poder Público “que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a esse ponto, o seu declínio se tornou inevitável”.¹⁰

Passou-se, então, com o decorrer do tempo, da descentralização por colaboração¹¹ para a descentralização técnica, ou seja, à criação de sociedades de economia mista e empresas públicas. A descentralização funcional, também conhecida como técnica, ocorre quando, por lei, o Estado cria pessoas jurídicas de direito público ou privado e a elas transfere a

⁷ Das atividades estatais, especialmente do serviço público e da obra pública.

⁸ *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 292.

⁹ Antônio Carlos Cintra do Amaral entende que a concessionária age “em nome do poder concedente”. Aduz o autor que, “dizer-se que a concessionária age “em nome próprio” só teria sentido se houvesse a transferência da *titularidade* do serviço, eximindo-se o poder concedente da *responsabilidade* por sua prestação. Ou seja: se a concessionária exercesse *função privada*. [...]. A concessionária age “em nome do poder concedente”, mas “por sua conta e risco”. (*Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35-36).

¹⁰ Bilac Pinto. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, número especial, p. 257-270, 1995.

¹¹ Transferência à iniciativa privada apenas da execução do serviço público, mantendo o Estado sua titularidade. Essa classificação é de Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

titularidade (aqui consideradas apenas as pessoas de direito público) e a execução de um serviço público.¹²

Essa nova forma de descentralização dos serviços mantém o poder de controle do Estado sobre o concessionário e a fixação de preços, mas, por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do Poder Concedente, pois este é o acionista majoritário das empresas. Perde-se a grande vantagem da concessão, qual seja de poder prestar serviços públicos sem a necessidade de altos investimentos pelo Estado.

Na segunda metade do século XX, a presença estatal é quase exclusiva no setor de infraestrutura, por exemplo, no transporte ferroviário, energia elétrica e telecomunicações.¹³

A partir dos anos 80, ocorre paulatinamente o ressurgimento das concessões, descentralização por colaboração, que coincidiu com a decisão política de reforma do Estado – redução do tamanho da máquina administrativa e do déficit público –, bem como com o esgotamento do modelo público de financiamento das múltiplas funções assumidas pelo Estado.¹⁴ A propósito, ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro:

¹² Há doutrinadores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro que criticam a concessão, por Lei, a pessoas jurídicas, por entendê-la contrária à Constituição, especialmente ao art. 175 (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 292-296).

¹³ Nas lições de Bruce Baner Johnson, Flávio Azevedo Marques de Saes, Hélio Janny Teixeira e James Terence Coulter Wright, “a estatização das ferrovias brasileiras foi fruto das condições econômicas de sua exploração: progressivamente inviabilizadas como empresas lucrativas, ao Governo (Federal ou Estadual) só restava a alternativa de estatizá-las a fim de manter em funcionamento serviço essencial a população de várias localidades” (*Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas*. Concessão, regulação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Edgard Blücher, 1996. p. 58).

¹⁴ Conforme síntese que retrata a evolução da utilização do instituto da concessão feita por Marcos Jurena Villela Souto, “foi o advento da teoria da imprevisão que justificou, em tese, o desuso das concessões. Inicialmente, a inexistência de elevadas quantias e de tecnologia por parte do Estado permitiu o surgimento do instituto (com destaque para as estradas de ferro e para o setor de iluminação); o Estado não tinha lucro, mas, em compensação, não sofria riscos, que eram suportados pelo concessionário (*pacta sunt servanda*).

As guerras mundiais, em especial, elevaram em muito a prestação do concessionário e, ante a extinção do contrato para celebração com outro particular em novas bases e a revisão das tarifas, optou-se por esta fórmula (mais célere). Com isso o povo suportava os riscos, via majoração de tarifas, mas não recebia a repartição dos lucros.

Tal solução levou o Estado a se associar aos empresários privados, surgindo as sociedades de economia mista. É claro que a diferença de objetivos não ajudou o desenvolvimento desta união, já que o sócio público interessava-se pelo bem estar, enquanto o sócio privado pelo lucro. Sendo a comunhão de interesses fator fundamental em qualquer associação, foi natural a ampliação do capital público nas associações com particulares, até tornar-se o estado o único acionista.

Surge a idéia de empresa pública.

Com o movimento de privatização, volta o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais. Isto ocorre por diferentes maneiras: a) pela transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (privatização ou desestatização de empresas estatais), com o que muda a natureza da concessionária: esta deixa de ser uma empresa estatal e passa a ser uma empresa privada; b) pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, em sua forma tradicional, mediante realização de concorrência aberta a todos os possíveis interessados em celebrar o contrato com o Poder Público, disciplinado pela Lei n. 8.987, de 13.2.95.

Ainda avançando na evolução do instituto, a Lei n. 11.070/04 instituiu a chamada parceria público-privada, como espécie de contrato administrativo que abrange duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa [...].¹⁵

A volta das concessões em sua forma originária (de transferência da execução da atividade à iniciativa privada) responde, portanto, a razões diretamente ligadas ao contexto sociopolítico-econômico da atualidade, de carência de recursos públicos, déficit de infraestrutura e intenção de atrair o capital privado para investimento em serviços públicos e na execução de obras públicas, como uma das formas de obter financiamento.¹⁶

No âmbito do setor rodoviário o fenômeno não foi diferente.¹⁷ A concessão foi a alternativa encontrada pelo Estado para enfrentar a ausência de recursos financeiros para manutenção, ampliação e construção das vias rodoviárias¹⁸ (ausência de condições

O aumento exagerado das empresas e de suas controladas e subsidiárias acabou gerando um absurdo impacto nos cofres públicos, posto que, na maioria das vezes, não havia preocupação com o lucro e falência, ante a facilidade de obtenção de recursos (bastava um investimento originado de aumento de tributo). O dinheiro particular deixava de ir para a produção para custear uma imensa máquina estatal que travava uma desleal concorrência com o setor privado, incompatível com o princípio da livre iniciativa. É, pois, com a privatização e com a concessão que essa anomalia será corrigida” (*Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 11).

¹⁵ *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 293.

¹⁶ Nesse sentido, Marçal Justen Filho aduz que, “no último decênio do século XX, houve uma espécie de redescoberta da concessão como alternativa para o atendimento a necessidades coletivas, especialmente em face da chamada crise fiscal do Estado” (As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 1, p. 97, 2003).

¹⁷ Conforme Alexandre Santos de Aragão, “a concessão de rodovias não é um fenômeno tão novo no direito brasileiro. Entretanto, em que pese a primeira concessão de rodovias nacional ter sido outorgada a um particular em 1854 (trata-se da Estrada União e Indústria, de iniciativa de Mariano Procópio Ferreira Laje, com 144 km de extensão, construída para atender a demanda do ciclo do café), a participação privada no setor rodoviário brasileiro tornou-se inexpressiva. Foi, contudo, retomada com o processo de desestatização da década de 80” (*Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 293-294).

¹⁸ Sob esse enfoque, a concessão transfere ao usuário o custeio dos serviços, porque sua fruição é vinculada ao pagamento de uma remuneração; as despesas necessárias à manutenção do serviço serão custeadas pelo volume global arrecadado dos usuários.

econômicas para o necessário custeio), especialmente considerando a opção político-administrativa feita no passado e aparentemente reafirmada no presente pelo transporte essencialmente rodoviário.¹⁹

Nesse mister, a característica da concessão clássica²⁰ revitalizada²¹ ressurgiu para o Estado brasileiro, no final dos anos 80, como a solução “inovadora” para a ausência de recursos públicos e para a premente necessidade de investimentos em infraestrutura,²² ou seja, como fórmula capaz de minimizar o comprometimento do Estado no custeio dos encargos indispensáveis à prestação satisfatória do serviço público.²³

¹⁹ O Decreto 24.497, de 29.06.1934, que instituiu o Plano Geral de Viação Nacional (PNV), já apontava para a tendência rodoviarista brasileira.

²⁰ De investimento e financiamento exclusivamente privado, sem garantia de subvenção ou rentabilidade mínima por parte do poder concedente. Diz-se concessão clássica porque paulatinamente foi-se observando a partir do direito comparado, especialmente do direito comunitário europeu, uma associação de esforços entre capital público e o privado. “Dito de outro modo, a assunção pelo concessionário dos riscos comerciais foi consideravelmente atenuada, quando ela não desapareceu completamente. Por meios diretos ou indiretos, a Administração se vincula financeiramente na operação, atribuindo subvenções, garantias (de empréstimos, por exemplo) e, em contrapartida, participando dos benefícios. Na realidade, essa evolução em direção a uma intervenção financeira da coletividade pública foi praticamente inevitável” (Marçal Justen Filho. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 1, p. 123, 2003).

²¹ Garantia das cláusulas econômico-financeiras que preservam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, somada ao dever de indenização do concessionário em caso de retomada do serviço ou obra pelo Poder Público.

²² Historicamente, o financiamento da infraestrutura rodoviária no Brasil deu-se por intermédio de recursos públicos, oriundos do tesouro. O Decreto-lei 8.463/1945 instituiu o Fundo Rodoviário Nacional (FRN) e efetivamente deu início ao planejamento e financiamento do setor rodoviário brasileiro. Posteriormente, foi instituída a Taxa Rodoviária Única (TRU), por meio de Decreto-lei 999/1969, que tinha como fato gerador a propriedade de veículos automotores. Criou-se o Fundo Especial de Conservação e Segurança no Tráfego, instituído pelo Decreto-lei 512/1969.

Em 1974, foi criado o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), por intermédio da Lei 6.903, para o qual foram gradativamente transferidos recursos federais que compunham o FRN. A partir do Decreto-lei 1.859/1982, o FRN se esvaziou, extinguindo-se em 1983, quando o setor rodoviário passou a contar, exclusivamente, com os recursos oriundos das dotações previstas nos orçamentos anuais.

No final da década de 80 e início dos anos 90, outros mecanismos de financiamento da infraestrutura rodoviária do País foram instituídos, como o selo-pedágio, criado pela Lei 7.712/1988 e a Taxa de Conservação Rodoviária, trazida pela Lei 8.155/1990; contudo, quer por questões jurídicas, quer pela inexpressividade das receitas obtidas, esses mecanismos não se mostraram adequados para financiar os investimentos em infraestrutura.

²³ Conforme Marcos Jurena Villela e Souto, “as concessões são contratos de natureza tipicamente administrativa, através dos quais a Administração – poder concedente – transfere a um particular – concessionário – a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço, sendo o valor fixado pelo concedente de acordo com a proposta vencedora da licitação (Lei n. 8.987/95). Exemplos típicos são a construção e manutenção de pontes e estradas com a cobrança de pedágios dos motoristas que por elas trafegam (só deles e não de todos os proprietários de veículos, como ocorria com o tributo denominado TRU – Taxa Rodoviária Única, destinada à arrecadação de verba para a construção de estradas e, posteriormente, convertida no IPVA, sem qualquer contrapartida necessária); os serviços de transporte coletivo urbano por empresas privadas também caracterizam uma concessão.

2 Noção de concessão

Não há uniformidade doutrinária quanto à noção de concessão.

Nesse sentido, parte da doutrina atribui acepção muito ampla ao vocábulo concessão, de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular.

Há, por outro lado, os doutrinadores que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa (serviço público e obra pública) da constitutiva (uso de bem público), e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público.

Existem doutrinadores que atribuem ao instituto acepção ainda mais restrita, considerando apenas concessão, a de serviços públicos.²⁴ Embora se refiram à concessão de obra pública, para referidos autores esta só existe se ligada à concessão de serviço público. Entendem que a concessão de serviço público pode estar, ou não, subordinada à prévia execução de uma obra pública. Essa corrente, portanto, nega autonomia às modalidades concessórias de execução de obra pública e de uso de bem público, e, quanto a esta última modalidade, a consideram cessão de uso.²⁵

À corrente que distingue três modalidades de concessão (a de serviço, a de obra e a de uso de bem público) pertence a maioria dos doutrinadores brasileiros, entre os quais José Cretella Júnior,²⁶ Themístocles Brandão Cavalcanti,²⁷ Hely Lopes Meirelles²⁸ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.²⁹

Note-se, pois, que o Poder Público, em regra, não investe recurso nem pessoal; todo o investimento é feito pelo concessionário, que coloca, também, seus bens, empregados e tecnologia à disposição da coletividade, cabendo-lhe, via de consequência, o lucro” (destaque nosso) (*Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 10).

²⁴ Posição defendida por Mário Masagão (*Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977) e por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981).

²⁵ Entendimento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

²⁶ *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

²⁷ *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. v. 1 e 2.

²⁸ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: RT, 1997.

²⁹ *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Há parte da doutrina, ainda, que faz distinção entre concessão translativa e constitutiva. É representante dessa vertente doutrinária Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.³⁰

A concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública.

A concessão constitutiva, de outra parte, ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que acontece no caso de concessão de uso de bem público.

Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹ que, sob o aspecto formal, não há distinção entre a concessão translativa e a constitutiva. Trata-se, em qualquer das modalidades, de contratos administrativos sujeitos a regime publicístico.

Quanto ao aspecto material, de seu conteúdo, entende a autora que na concessão de serviços públicos e na 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, vantagens ou utilidades que se destaca da Administração e se transfere ao concessionário. Na concessão de uso, por sua vez, o Estado consente que o particular se utilize de parcela de bem público, mas o direito que o concessionário vai exercer sobre o bem é de natureza diversa daquele que o concedente exerce sobre o mesmo bem; uma pequena parcela do bem é destinada ao uso privativo do concessionário.

Na concessão de serviço público e de obra pública os direitos ou poderes transferidos ao particular preexistem na entidade concedente; na concessão de uso, eles derivam do ato de concessão.

³⁰ *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

³¹ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65-66.

O ponto comum, nas duas modalidades, é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens, como os de rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punição, entre outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define concessão, em sentido amplo, como

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública, ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.³²

Trata-se de técnica de gestão administrativa. Portanto, é modelo de atuação típica da função administrativa e tem na lei seu necessário fundamento. O direito transferido temporariamente (pode ser retomado a qualquer tempo) é próprio do Estado e instrumental à consecução do interesse público objetivado com a outorga.

Para Hely Lopes Meirelles concessão é “o ajuste pelo qual a Administração Pública delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”.³³

Considerando apenas a concessão de serviço público, esta é o contrato administrativo pelo qual o Estado confere a terceiro o exercício de um serviço público, para que o execute em nome próprio, por sua conta e risco, remunerando-se pela própria exploração do serviço, via de regra por meio de tarifas cobradas dos usuários do serviço.³⁴

Não obstante a diversidade de objeto, o mesmo instrumento pode atribuir ao mesmo sujeito a concessão da gestão de uma atividade pública e a concessão de utilização privativa de bens públicos.

³² *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 289.

³³ *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 267.

³⁴ Nesse sentido, v. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 690; Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 278.

Vera Cristina Caspari Monteiro entende que não há um conceito constitucional fechado para concessão.³⁵ Em razão dessa premissa, o instituto jurídico admitiria variadas leituras pela legislação infraconstitucional. Assim, a concessão se constitui em *instrumento de regulação*, assumindo múltiplos formatos, a depender da conveniência e das peculiaridades de cada setor econômico e das partes envolvidas.³⁶

Devemos reconhecer, no entanto, que, em relação à concessão de serviço público, a Constituição, em seu art. 175, determinou os princípios norteadores do instituto, suas linhas mestras, estabelecendo um conteúdo mínimo a ser definido pela legislação.³⁷ Respeitada a repartição das competências constitucionais, cabe à legislação infraconstitucional traçar as linhas características do instituto; portanto, à União compete editar as normas gerais e aos demais entes federativos, as leis supletivas, mas sempre respeitando o delineamento constitucional do instituto.

É aplicável ao inciso XXVII do art. 22 da CF o disposto nos parágrafos do art. 24 da mesma Constituição, pois a União limita-se a estabelecer normas gerais, não podendo, com o exercício de sua competência, anular a competência supletiva dos demais entes federativos, os quais, na inexistência de normas gerais, detêm competência legislativa plena, cuja eficácia fica condicionada à superveniência de lei federal que veicule norma geral dispondo de forma contrária.³⁸

³⁵ Para a autorização e para a permissão.

³⁶ *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 98.

³⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – o direito dos usuários;

III – a política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

³⁸ “As leis têm âmbito nacional, pois suas normas gerais aplicam-se aos Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos do que dispõe o art. 22, XXVII, da CF/88. O válido objeto desses diplomas é a disciplina básica dos institutos da concessão e da permissão e não ingerir (o que seria manifestamente inconstitucional) nas decisões estaduais ou municipais sobre a conveniência ou a possibilidade de efetuar ou dilargarem a concessão de tal ou qual serviço, assuntos estes pertinentes a autonomia constitucional das mencionadas pessoas. Enquanto a União não editava normas gerais sobre a matéria, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exerciam, em tese, competência legislativa plena, editando normas genéricas, a par das normas especiais, erigidas pelo interesse especial ou local. Assim, já na vigência da Constituição de 1988 e antes da edição da Lei n. 8.987/95, o Estado do Rio de Janeiro

A concessão é, antes de tudo, uma técnica de gestão administrativa. Por seu intermédio, muitas das tarefas que compõem a função administrativa podem ser transferidas à iniciativa privada.

É possível transferir o direito de exercer uma atividade pública, como se faz na concessão de serviço público e na de obra pública, ou o direito de usar um bem público.

A distinção entre as espécies do gênero concessão está intrinsecamente ligada ao objeto concedido e à forma de remuneração do concessionário.

A premissa fixada é essencial para os objetivos deste trabalho: identificar na exploração das rodovias uma atividade nuclear que se constitui em serviço público, o que permite que a outorga de sua exploração seja disciplinada pelos marcos normativos aplicáveis à concessão de serviço público (comum ou nas modalidades de parceria público-privada), precedida ou não de obra pública, e sobre os influxos dos princípios constitucionais que disciplinam a prestação do serviço público.³⁹

aprovou uma legislação específica e pioneira sobre concessões de serviços e obras – a Lei n. 1.481, de 21 de junho de 1989, substituída, em 1997, pela Lei n. 2.831. O Estado de São Paulo também disciplinou as concessões de obras e as concessões e permissões de serviços – Lei n. 7.835, de 08 de maio de 1992, alterada pela Lei n. 9.056, de 27.12.94. Em seguida, foram editadas as leis disciplinadoras das concessões de vários Estados e Municípios. Com o advento da Lei n. 8.987/95, na forma do art. 24, § 4.º, da Constituição, tiveram a eficácia de suas disposições suspensa, no que contrariarem as normas gerais contidas na legislação federal” (Dinorá Adelaide Musetti Grotti. A experiência brasileira nas concessões de serviços públicos. In: Carlos Ari Sunfeld (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 197).

³⁹ “Após a instituição do regime legal das parcerias público-privadas, embora a Constituição continue a falar em concessão apenas, tem-se que incluir sob a égide dos referidos dispositivos constitucionais a concessão patrocinada, que é definida em lei como concessão de serviço público, ainda que sujeita a regime jurídico um pouco diverso; [...]

No que diz respeito ao artigo 175, a própria concessão administrativa tem que ser abrangida, no que couber, pela norma nele contida, uma vez que, embora de forma meio camuflada na lei, essa modalidade de concessão também poderá ter por objeto a prestação de serviços públicos. A expressão *no que couber* leva em conta a inaplicabilidade, a essa hipótese, da política tarifária referida no parágrafo único, inciso III, do dispositivo constitucional. Todas as demais exigências nele contidas aplicar-se-ão também a essa modalidade de concessão.

Havendo diferentes regimes de concessão disciplinados em lei, cabe ao poder público optar, em cada caso, por aquele que for considerado o mais adequado diante das exigências legais e constitucionais.

A Lei referida no parágrafo único do artigo 175 da Constituição era fundamentalmente a Lei n. 8.987/95 (além da legislação esparsa sobre serviços específicos); agora se acrescenta a Lei n. 11.079/2004, que também está sujeita aos preceitos contidos nos quatro incisos do dispositivo” (Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 68-69).

Independentemente de seu objeto, a concessão é um instrumento de transferência da execução de atividades públicas, que podem ser delegadas a particulares; portanto, a lei é seu fundamento necessário. A decisão de conceder deve estar autorizada por Lei, bem como devidamente justificada pelo administrador como a melhor forma de gerir o patrimônio público (art. 5.º da Lei 9.897/1995),⁴⁰ ou seja, como a opção que melhor atende ao interesse público objetivado. A decisão de gestão indireta dos bens e serviços públicos, a par de discricionária, não é arbitrária.

O art. 2.º da Lei 9.074/1995⁴¹ exige lei que autorize a concessão.

A exigência de prévia autorização legislativa para que a Administração outorgue concessão é contestada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que alerta:

[...] a autorização legislativa para que o Executivo pratique atos ou celebre contratos que se inserem dentro das funções tipicamente administrativas constitui ato de controle (prévio) de um Poder sobre o outro e, por isso mesmo, exceção ao princípio da separação dos poderes, somente cabível nos casos expressos na Constituição Federal, na estadual e na lei orgânica; note-se que a Constituição Federal elenca, nos artigos 49, 51 e 52, os atos que devem ser autorizados pelo Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal, entre eles não se incluindo a autorização para concessão ou permissão de serviço público, mesmo porque o art. 175 já diz expressamente que a execução de serviços públicos pode ser feita **diretamente** ou mediante **concessão** ou **permissão**⁴² (destaques da autora).

Comunga do mesmo pensamento Marcos Jurena Villela Souto, para quem a “delegação de serviço público mediante concessão configura ato de gestão, que, na sistemática constitucional da separação de Poderes, cabe, principiologicamente, ao Poder Executivo”.⁴³

⁴⁰ Art. 5.º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

⁴¹ Art. 2.º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei n.º 8.987, de 1995.

⁴² *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71 (destaques da autora).

⁴³ *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 48.

Argumenta que a exigência de prévia autorização legislativa para a concessão viola a independência dos poderes e que a Lei federal 9.074/1995, art. 2.º, nesse ponto, não veicula norma geral, sendo o dispositivo inaplicável aos Estados e Municípios, por descer a minúcias que interferem, indevidamente, na autonomia dos demais entes federativos.

Por seu turno, Flavio Amaral Garcia entende que, sendo serviço público, faz-se necessária autorização legislativa, de acordo com o disposto no art. 2.º da Lei 9.074, de 07.07.1995, cabendo ao legislador local definir se esta autorização é genérica ou específica para cada concessão.⁴⁴

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a exigência constitucional de lei para transferir para terceiros o exercício de atividade, que é própria do Estado, nada mais é do que o resultado do princípio da legalidade.⁴⁵

Benedicto Porto Neto sustenta que, sendo a concessão de serviço público uma das formas de o Estado se organizar, nada mais coerente com o sistema constitucional do que a exigência de lei para adoção de referido modelo.⁴⁶

Por outro lado, Vera Cristina Caspari Monteiro observa que a exigência de lei para o uso da técnica da concessão, permissão ou autorização não tem relação com a competência da Administração para decidir se o serviço será explorado diretamente ou por terceiros. Referida escolha se insere na competência administrativa, sem interferência legislativa,⁴⁷ cabendo à lei⁴⁸ de cada ente federativo autorizar o ato de outorga do serviço público, do uso de bem público, ou de qualquer atividade pública permitindo, com isso, o emprego da

⁴⁴ *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 52.

⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 702.

⁴⁶ *Concessões de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 51-54.

⁴⁷ *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 123.

⁴⁸ Segundo Vera Cristina Caspari Monteiro, a autorização pode ser dada de modo genérico, não precisando de lei autorizativa específica para cada caso. *Ibidem*, p. 98.

técnica concessória. Após a autorização legislativa, cabe ao administrador a decisão sobre a melhor alternativa de exploração (direta ou indireta).

Há a lei nacional⁴⁹ que não desobriga, antes exige que cada ente da Federação, respeitadas as normas de caráter geral nela inseridas,⁵⁰ legisle quanto às condições das concessões. Nessa linha também se manifesta Ubirajara Custódio Filho, para quem o art. 175 da CF limitou-se a indicar o conteúdo mínimo da respectiva legislação ordinária regulamentadora, tendo deixado ao legislador a tarefa de definir o assunto, o que foi feito a partir da Lei federal 8.987/1995.⁵¹

Referida legislação, para que não haja interferência entre os poderes,⁵² bem como para que seja possível o resguardo da flexibilidade necessária ao bom atendimento das necessidades administrativas, considerando suas múltiplas facetas e variações, deve deixar

⁴⁹ Que contém a disciplina básica do instituto; as diretrizes, os princípios gerais, ou seja, os parâmetros a serem desenvolvidos pelas normas de cada ente federado.

“A Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, consoante já mencionado, previu a elaboração de lei que viesse a dispor sobre a concessão e permissão de serviço público, nos vários aspectos referidos nos incisos I a IV.

Não exigiu o dispositivo que se tratasse de lei federal, o que permite concluir que cada esfera de governo tem competência própria para legislar sobre a matéria.

No entanto, há que se observar que o art. 22, inciso XXVII, da Constituição incluiu entre as matérias de competência privativa da União as que estabeleçam “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas, e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III”.

Conjugando-se os dois dispositivos, chega-se à conclusão de que a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares, com base no § 3.º do art. 24 e no art. 30, inciso II, respectivamente. Por outras palavras, trata-se de matéria de competência concorrente da União, Estados e Municípios” (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008 p. 70).

⁵⁰ Normas gerais são, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos Estados-membros na feitura de suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e indiretamente, a relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos” (Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 100, p. 155-156, out.-dez. 1988).

⁵¹ “No caso específico dos serviços públicos do art. 175, limitou-se, ali, a indicar o conteúdo mínimo da sua respectiva legislação ordinária regulamentadora. Assim, deixou ao legislador a tarefa de definir o assunto, o que, diga-se de passagem, foi feito a partir da Lei n. 8.987/95 (regulamentadora do art. 175 da CF/88). Além da Lei n. 8.987/95, vale registrar, há outras igualmente atinentes à outorga de serviços públicos aos particulares, como a Lei n. 9.074/95, a Lei 9.247/96 (específica para energia elétrica) e a Lei n. 9.472/97 (específica para as telecomunicações)” (Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico*, RDPE, v. 4, n. 15, p. 203, jul.-set., 2006).

⁵² Art. 2.º da CF.

ao Executivo – função normativa – a tarefa de explicitar e detalhar as condições do ajuste.⁵³ Quanto à autorização prévia por lei,⁵⁴ entendemos que ela é exigível tanto para os serviços públicos como para a outorga da execução de obras e exploração de bem do domínio público, situações em que não há autorização constitucional prévia para delegação⁵⁵ do serviço ou atividade pública.

A propósito, ressalta Arnaldo Wald:

[...] a interpretação conforme à Constituição do art. 2.º da Lei 9.074/95 nos leva a reconhecer que a lei estadual autorizativa pode conter uma autorização global (autorizar as concessões em todos os campos em que for viável e lícita fazendo-o implícita ou explicitamente) e delegar ao Governador a decisão sobre o programa a ser executado.⁵⁶

Não acompanhamos o pensamento de Vera Cristina Caspari Monteiro quando destaca que a Lei 8.987/1995 não é o diploma legal a que se refere o art. 175 da Constituição. Por serem esclarecedores do ponto de vista por ela adotado, vale a pena transcrever seus ensinamentos:

Em suma, o argumento que se quer firmar depois do exposto é que é equivocado supor que a Lei n. 8.987/95 é a que se refere o art. 175 da Constituição, ou que é necessário lei federal para regulamentar os variados tipos de concessão, sem que os Estados e Municípios não poderiam fazer uso do instrumento. Se a referida Lei n. 8.987/95 tivesse tratado da concessão em um setor específico, seria mais fácil perceber a sua abrangência limitada à União. Mas como pretendeu traçar o regime da concessão para todos os serviços públicos, ela dá a falsa impressão de ser uniforme e geral. O que ela faz é estabelecer regras para uma espécie de concessão: a que tem por objeto um serviço público com certas características que admitem que a remuneração do concessionário se dê por meio do pagamento de tarifa feita diretamente pelo usuário do serviço. Ela simplesmente não trata de outros modelos de gestão.

[...]

a conclusão é que a Lei n. 8.987/95, quando trata do regime do contrato, dos direitos dos usuários, da política tarifária e da obrigação de manter

⁵³ Sempre respeitando as normas de âmbito nacional (art. 22, XXVII, da CF/1988), ou melhor, as disposições de caráter geral nelas inseridas e as normas específicas locais.

⁵⁴ Aqui considerada a lei que autoriza o ato de outorga.

⁵⁵ Utilizamos delegação como sinônimo de outorga sem desconhecemos a conceituação doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, que restringe *delegação* às atividades essencialmente jurídicas, preferindo o emprego da palavra *outorga* para atividades materiais. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵⁶ Legitimidade da realização de concessões de serviços públicos precedidas ou não de obra em virtude de ato do governador do estado. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 69, 1995.

serviço adequado, não estabelece “norma geral” alguma, nem mesmo em matéria de concessão de serviço público. Ela estabelece regras para uma espécie de concessão, das quais os Estados e Municípios podem se valer, mas não estão vinculados a ela necessariamente. Os entes políticos podem editar leis próprias para viabilizar negócios baseados em outros usos da concessão, que não o modelo específico da Lei n. 8.987/95.

Assim, a síntese do argumento desenvolvido no presente tópico é a seguinte: é matéria própria dos entes políticos, porque diz respeito a sua própria organização administrativa, a decisão quanto ao uso de bens e a forma de prestação dos serviços e atividades sob sua responsabilidade. Cabe a eles, ao decidir sobre um modelo de parceria qualquer, autorizar e fixar os seus termos. No exercício dessa competência, o ente tem ampla margem de escolha para estruturar o melhor modelo contratual para o caso concreto.⁵⁷

Reconhece a doutrina que há um princípio *de proibição do uso privativo dos bens públicos* ou do *exercício de atividades públicas* por particulares. De ordinário, o uso dos bens públicos e a prestação dos serviços públicos são atividades reservadas à Administração, por serem próprias do Estado. Considerando esse princípio, a exigência de lei que autorize a opção administrativa pela gestão indireta, por intermédio de concessão ou permissão, dos bens ou serviços encontra não só coerência, como é decorrência do princípio da legalidade (art. 37 da CF).

A lei é apenas autorizativa, sua existência não obriga a Administração a gerir seus bens ou serviços de modo indireto. Optando pela gestão indireta, para garantir a isonomia, a outorga se dá por intermédio de licitação.

O particular terá direito a participar do procedimento de escolha do concessionário; sagrando-se vencedor, em razão da necessidade de a Administração satisfazer do melhor modo possível o interesse público, poderá o Poder Público retomar a qualquer tempo o serviço ou bem, restando ao particular o direito à indenização.

É amplamente reconhecido o caráter temporário do direito concedido, bem como a possibilidade de rescisão da concessão a todo tempo, qualquer que seja o seu objeto, em razão da instrumentalidade à realização do interesse público almejado pela outorga.⁵⁸ Com

⁵⁷ *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*, 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 98.

⁵⁸ Nesse sentido, Flavio Amaral Garcia: “Nas concessões públicas não há a transferência da titularidade do bem ou serviço, mas tão-somente da sua execução. Significa dizer, portanto, que a transferência da

caráter temporário, não queremos afirmar que o direito conferido é precário, porquanto no caso de extinção precoce da concessão o particular tem direito à indenização, conforme Lei federal 8.987/1995.⁵⁹

A concessão, segundo Pedro Gonçalves, “é uma figura unitária com duas distintas aplicações: a concessão é um ato jurídico que tanto pode atribuir o direito de exercer uma atividade pública, não necessariamente um serviço público, como o direito de utilizar um bem público”.⁶⁰

Segundo entendemos, podem ser objeto de concessão os serviços públicos, as obras públicas e o uso de um determinado bem público.

3 Natureza jurídica da concessão

A natureza da relação jurídica desenvolvida entre o poder concedente e o concessionário há muito é objeto de discussão pela doutrina.⁶¹

Há doutrinadores que divisam em referida relação um caráter orgânico,⁶² consistindo a concessão na criação de um órgão da administração,⁶³ o concessionário.

Especialmente no direito continental europeu, referida doutrina atende a necessidade de definição da jurisdição (dual) a que serão submetidos os atos do concessionário; por tal razão, a jurisprudência francesa nela se pautou para explicar a submissão de alguns atos

atividade executória a terceiros não retira da Administração Pública o poder de retomar a exploração da obra ou do serviço” (*Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2004. p. 44-45).

⁵⁹ Arts. 36, 37, 38 e 39 da Lei de concessões.

⁶⁰ *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 85.

⁶¹ Marcos Jurena Villela Souto, reportando-se a estudo de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, relata a discussão que remonta ao século XIX, acerca da natureza das concessões, ora vista como ato unilateral (Otto Mayer e Zanobini), ato complexo (Raneletti, Duguit, Jéze, Hauriou, Bandeira de Mello e Walter T. Alvares) e, finalmente, a doutrina contratualista (Orlando, Waline, Bielsa, Mário Masagão e Hely Lopes Meirelles) (*Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 10).

⁶² Especialmente no direito italiano e espanhol, como exemplos Santi Romano, Zanobini, Massimo Severo Giannini, Trimachi (Guido Zanobini. *Corso di diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1957).

⁶³ Classificados como órgãos indiretos ou órgão *ufficio* a depender da corrente doutrinária.

do concessionário de obras públicas à jurisdição dos tribunais administrativos, uma vez que, como órgãos da administração, podem exercer atividade e praticar atos administrativos.

Por outro lado, há os que entendem que a relação jurídica formada entre concedente e concessionário tem caráter contratual, seja privado ou público, apartando o concessionário da estrutura orgânica da administração e caracterizando-o como sujeito colaborador.

A corrente que adota a natureza contratual privada da relação de concessão aponta como características daquela a atuação do concessionário em nome próprio, sua autonomia em relação ao poder concedente, bem como o fato de a Administração procurar na relação concessória *desresponsabilizar-se* do exercício da atividade concedida.⁶⁴

Por outro lado, a corrente doutrinária que vê na relação de concessão um contrato de natureza pública – contrato administrativo⁶⁵ – imputa a este caráter normativo regulamentar, legitimador da relação entre concessionário e utentes.⁶⁶ Assinala essa corrente o caráter dissimétrico, mas também misto ou complexo, da relação contratual, pois, além dos direitos e deveres contratuais, a Administração concedente detém poderes de autoridade aos quais sujeita-se o concessionário (cláusula de sujeição).⁶⁷

No Brasil, a concessão tem previsão constitucional, conforme os arts. 175 e 223; arts. 21, XI e XII, e 25, § 2.º, da Constituição Federal de 1988, e está disciplinada em leis federais: Lei 8.987, de 13.02.1995 (*Lei das Concessões*), que *dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*; Lei 9.074, de 07.07.1995, que *estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências*; Lei 9.648, de 27.05.1998, que *altera a lei anterior e Lei 8.666, de 21.06.1993,*

⁶⁴ Gaetano Azzariti e G.B. Garrone. *La concessione di opera pubblica nelgi ordenamenti italiano e comunitário*. Napolis: Jovene, 1993.

⁶⁵ Contrato de colaboração primária por meio do qual uma pessoa pública delega à outra entidade o desempenho regular de atribuições administrativas que lhe estão confiadas.

⁶⁶ Pedro Gonçalves. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

⁶⁷ “Uma vez que, [...], a Administração concedente detém *poderes de autoridade* no contexto da relação contratual, pode dizer-se que a relação jurídica entre as partes, além de dissimétrica, é complexa ou mista, uma vez que nela existem, por um lado, *direitos e deveres*, e, por outro, *poderes e sujeições*: é esse caráter *misto* que explica a distinção das posições ativas da Administração em duas categorias, os *direitos contratuais*, a que correspondem *deveres contratuais* do concessionário, e os *poderes de autoridade*, posições simétricas das *sujeições do concessionário*” (Pedro Gonçalves. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 193).

com as alterações da Lei 8.883, de 06.07.1994 (aplicadas subsidiariamente naquilo que não contrariarem as normas anteriores); Lei 11.079, de 30.12.2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, não mencionando as diversas leis setoriais, como as de energia, telefonia, portos, entre outras.⁶⁸

Tanto a Constituição como as leis infraconstitucionais atribuem natureza contratual à concessão.⁶⁹ A Lei paulista 7.835/1992 conceitua concessão como *a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas do usuário*. Evidentemente também atribui natureza contratual à relação entre concedente e concessionário.

Apesar de as leis hoje vigentes considerarem a concessão um contrato, referida natureza jurídica é combatida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁷⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello⁷¹ e por Jacintho Arruda Câmara.⁷²

⁶⁸ “Diante da diversificação dos serviços públicos, fruto de profundas alterações no processo econômico social definido por vários fatores, entre os quais a inovação tecnológica e a sofisticação dos serviços, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico e foram sendo editados diplomas legislativos disciplinando setores específicos e determinados, como as Leis n. 9.295, de 19.07.1996, e 9.472, de 16.07.1997 (alterada pela Lei 9.986/00), sobre telecomunicações. Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica e assim por diante” (Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11).

⁶⁹ Inciso I do art. 175 da CF/1988, art. 4.º da Lei 8.987, de 13.02.1995, art. 2.º da Lei 11.079/2004.

⁷⁰ Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, ano III, v. 2, p. 859-899, 1951.

⁷¹ *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 68; *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 706. “Aliás, é curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes, reportados aos ‘contratos administrativos’ em geral – e não apenas a essa espécie ora cogitada – (o doutrinador está se referindo a concessão), que neles se contêm cláusulas ‘regulamentares’ (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Esta assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer, não são contratuais, pois não podem ser objeto de avença. Estão à margem da influência do contratante privado. Em suma: são alheios ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da administração Pública, sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Essa argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.”

⁷² *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48, nota 41. “Assumimos, portanto, que a concessão de serviço público tem natureza híbrida: parte é contratual, parte é regulamentar. Seguimos, neste ponto, a doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Segundo renomado administrativista, tal pacto (a concessão) tem algo de realmente contratual apenas no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro,

Historicamente, conforme Mário Masagão,⁷³ o direito positivo brasileiro sempre se referiu à concessão como *contrato*, desde a primeira regulamentação do tema, que surgiu em 1828, até a atual Constituição, art. 175, parágrafo único.

De outro giro, atribuem natureza contratual à concessão Hely Lopes Meirelles,⁷⁴ José Cretella Jr.,⁷⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁷⁶ Mário Masagão,⁷⁷ Lúcia Valle Figueiredo⁷⁸ e Flavio Amaral Garcia.⁷⁹

uma vez que este é o segmento dos chamados ‘contratos administrativos’ que não se sujeita a alterações unilateralmente impostas pela administração.”

⁷³ *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977. p. 287; *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 97.

⁷⁴ Que vê na concessão “um acordo administrativo (e não um ato unilateral da administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração, necessárias a formulação do ajuste, dentre as quais a auto-organização legal, a regulamentação e a licitação” (*Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 338).

⁷⁵ Entende que “é contrato porque há livre acordo de vontades entre o Estado e o concessionário. De direito público, porque os princípios que informam esse acordo são princípios publicísticos, o que revela entre as cláusulas, a existência das denominadas ‘cláusulas obrigatórias’ ou ‘cláusulas exorbitantes’ do direito comum (direito civil). Oneroso, porque o concessionário, que presta o serviço público, tem o direito de receber, em contrapartida, quantias em dinheiro, por parte dos usuários (as tarifas), ao contrário do comodatário, que celebra contrato gratuito. Sinalagmático, porque gera obrigações para ambos os contratantes, Estado e concessionário. Perfeito, porque as partes se obrigam, reciprocamente, desde o início do contrato; o Estado, em várias cláusulas, promete atender ao concessionário; este, por sua vez, promete gerir o serviço público. Comutativo: as prestações, de ambas as partes são equivalentes e equipolentes. *Intuitu personae*, porque a administração indaga a idoneidade moral e financeira do concessionário. Adesão, porque o concessionário adere, ‘em bloco’, às cláusulas estipuladas pelo Estado, sem discuti-las” (*Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 242).

⁷⁶ Conceitua como: “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço” (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 72).

⁷⁷ Definiu o instituto como “contrato de direito público, oneroso, sinalagmático e comutativo, pelo qual a administração transfere à pessoa de direito privado a obrigação de fazer funcionar um direito público” (*Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 286).

⁷⁸ “Concessão de serviço público é espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco” (*Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100).

⁷⁹ Nos dizeres do autor, “o contrato administrativo de concessão, enquanto gênero, caracteriza-se pela transferência de um bem, serviço ou obra pública a um particular que o explorará por sua conta e risco, sendo remunerado, como regra, pela tarifa paga pelo usuário. Podem ser objeto de concessão os serviços públicos, as obras públicas e o uso de um determinado bem público [...]. A idéia não é de simples celebração de um contrato administrativo, mas de efetiva parceria entre o setor público e a iniciativa privada para o atendimento de um interesse público. [...] Desta noção de parceria pode-se extrair a importância da solidariedade entre concedente e concessionário durante a execução do contrato de concessão. Apesar de cada parte ter um interesse próprio no ajuste (a prestação de um serviço adequado, do lado do concedente, e a busca do lucro justo, do lado do concessionário), é possível identificar, também, a existência de uma finalidade comum, revelada no interesse solidário de as partes executarem o próprio contrato. É por

De qualquer sorte, importa notar que a corrente que confere natureza jurídica contratual à relação formada entre concessionário e poder concedente privilegia o aspecto de a formação e validade do vínculo exigirem o consenso⁸⁰ do particular, não desconhecendo, referida corrente, que a Administração mantém sua posição de autoridade no que é exigível para a busca do interesse público,⁸¹ especialmente considerando-se a natureza do objeto concedido – serviço público ou bem público, sobre o qual recaem regras de competência administrativa.

A manutenção do poder de autoridade da Administração – posição jurídica peculiar –, necessária à busca do interesse público, a depender de cada tipo⁸² de contrato administrativo, pode advir, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸³ da própria *lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica*, mas, segundo entendemos, esse fato, por si só, não prejudica a definição de referidos vínculos jurídicos como contratos.

De outra banda, no Brasil, a natureza contratual da relação concessória advém do próprio texto constitucional, aspecto supraexplicitado, tornando a discussão quanto à sua natureza jurídica por isso mesmo infrutífera, se considerado o direito positivo nacional.

O posicionamento jurisprudencial, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 e da edição da Lei 8.987/1995, já cristalizava junto aos Tribunais a natureza contratual da outorga de serviços e obras públicas.⁸⁴

Independentemente da teoria (a que considera ato unilateral; a que considera contrato ora público, ora privado; a que considera um negócio jurídico misto), o que se percebe é que nunca se negou a existência de um regime jurídico especial nas concessões, ou seja, a presença de prerrogativas da Administração concedente, quer esta se dê em razão de

meio da consecução desta finalidade comum que cada parte poderá concretizar o seu próprio interesse” (*Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 44-46).

⁸⁰ Não provir de ato unilateral da Administração.

⁸¹ Na expressão de Caio Tácito: “A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público” (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 292).

⁸² Espécie (concessão de serviço público, concessão de uso de um determinado bem público, concessão de obra pública, contrato de empreitada e de fornecimento em geral).

⁸³ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 573.

⁸⁴ STF, Ag. 42.854. rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 07.05.1968, DJ 28.06.1968; MS 17.957, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 06.12.1967, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 456, p. 144, out. 1968, e RMS 1.604-3/TO, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n. 52, p. 297-305, dez. 1993.

seu objeto (prestação de serviço público ou bens públicos), quer porque envolve um negócio jurídico com o Estado, seja sob a forma de contrato público ou privado.

Ao contrário, há um esforço dos estudiosos de direito administrativo para afirmar a existência de um regime jurídico especial de direito público nas concessões.⁸⁵

Certo é que, conforme assinalam Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre Wald,⁸⁶ o contrato de concessão compreende-se na qualificação de contrato *de colaboração* ou *de cooperação*, porque o concessionário realiza o escopo contratual, diversamente do que ocorre nas demais modalidades contratuais, no interesse coletivo, daí sua maior flexibilidade para que sejam superadas, sem prejuízo da obra ou do serviço, as situações imprevistas, as decorrentes da complexidade e especificidade de algumas obras e serviços. Soma-se a referidos fatores o fato de nem sempre ser possível um planejamento prévio e detalhado que alcance todas as variáveis que podem surgir durante o longo prazo contratual.

Para que a parceria⁸⁷ entre o público e o privado tenha êxito, o uso do instituto jurídico da concessão pressupõe um diálogo constante entre contratante e contratado e a ciência de que o caráter especial do contrato de concessão significa, antes de tudo, o

⁸⁵ “Como se observa, a concessão representa a conjugação de princípios e regimes jurídicos de direito público e privado. Busca-se captar recursos privados para desenvolvimento de serviços públicos, evitando, porém, a desnaturação do serviço público. O regime jurídico próprio do direito público que o particular administre o serviço como se fosse titular de empreendimento privado. Os limites do interesse público constroem a liberdade do concessionário, cuja atividade tem nítida natureza funcional. A concessão é instrumento de realização do interesse público, transcendente ao interesse econômico do concessionário. Não significa que o concessionário não busque o lucro, mas quer dizer que sua atividade sujeita-se a limites não aplicáveis aos empreendimentos exclusivamente privados. Dentro desses limites, o concessionário deverá atuar com o máximo de eficiência para obter resultados satisfatórios que lhe permitam sobreviver e obter lucro. Ademais, em casos de frustração da atividade, o particular deverá arcar com os prejuízos.

É inegável, porém, que o desempenho do serviço público sempre acabará comportando certa margem de liberdade para o concessionário. Pode afirmar-se a plena e total incidência do regime de direito público. Deve existir minuciosa disciplina das condições de prestação do serviço, assim como estrita fiscalização por parte da entidade concedente. Ainda assim, será inevitável remanescerem espaços onde não haverá disciplina específica, que serão preenchidos através de decisões empresariais. Mas a decisão empresarial que se incompatibilizar com a consecução do interesse público será inválida e comportará responsabilização do concessionário” (Marçal Justen Filho. *As diversas configurações da concessão de serviço público. Revista de Direito Público de Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 1, p. 108-109, 2003).

⁸⁶ *O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108-109.

⁸⁷ Na acepção lata, sem referência a “PPP”.

estabelecimento de uma relação *dinâmica, negociada e concertada*. Conforme Fernando Herren Aguillar:

Outro argumento poderoso em favor da contratualização e que não pode ser desdenhado é o de que as necessidades de serviços públicos são diferenciadas conforme as regiões do país e não se pode dar a elas tratamento uniforme sem risco de distorção.

Tais idéias parecem ser irrefutáveis à primeira vista. Não há dúvida de que a regulação contratual dá poder maior àquele que vivencia de mais perto a realidade do serviço público. Não é razoável que se espere que as condições de implementação desses serviços adquiram a mesma feição em localidades pobres e ricas.⁸⁸

Considerando as rodovias, o Poder Público terá como tarefa, já a partir da escolha do tipo de outorga, disciplinada pela Lei federal 8.987, de 1994, ou pela Lei federal 11.079, de 2004, alcançar o ponto ótimo com a prestação de um serviço adequado, o que dependerá da definição de conceitos e parâmetros contratuais (planejamento) e de um adequado gerenciamento (regulação), porquanto o contrato de concessão é de longa duração e dificilmente as condições fáticas existentes no princípio permanecerão inalteradas.

4 As modalidades de concessão

4.1 A concessão de serviço público

Trata-se de modalidade de concessão que se caracteriza pela gestão indireta de um serviço público. Em regra, está associada a outras modalidades da técnica concessória, por exemplo, a de obras públicas e a de utilização e/ou exploração de bens do domínio público.

De início, historicamente, conforme ensinamento de Jean Dufal,⁸⁹ a concessão de serviços públicos estava mesmo absorvida pela concessão de obras públicas;⁹⁰ só com a sucessiva autonomização do serviço explorado com base na obra construída é que a concessão de serviço público ganhou autonomia.

⁸⁸ *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 285.

⁸⁹ *Droit des travaux publics*, Paris, 1998, p. 117.

⁹⁰ Forma de financiamento de grandes infraestruturas públicas.

A concessão de serviços públicos clássica⁹¹ é atribuída por uma pessoa de direito público a uma pessoa de direito privado e tem por objeto a prestação do serviço, bem como os investimentos necessários a tanto, mediante o pagamento de um preço que constitui a única forma de retribuição do concessionário.

A exploração do serviço público, em regra, em regime de exclusividade é vista como a contrapartida pelos investimentos feitos pelo privado. O risco na concessão clássica é exclusivamente do concessionário que atua em nome próprio e por conta própria. Conforme Marcello Caetano, a concessão clássica é

[...] a convenção pela qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarrega uma pessoa privada (concessionário) de instalar uma empresa de serviço público e, posteriormente, de fazê-la funcionar, explorando o serviço público por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas aos utentes.⁹²

Esse conceito, de acordo com Pedro Gonçalves, reúne os seguintes elementos essenciais da concessão de serviço público no início do século passado:

- a) exploração do serviço público, em substituição à administração;
- b) colaboração de privados com a administração pública;
- c) exploração do serviço público por conta e risco do concessionário, sem nenhuma solidariedade financeira da administração;
- d) remuneração do concessionário resultante exclusivamente dos “preços” a pagar pelos utentes (cidadãos), o que exige que a concessão apenas tenha por objeto serviços públicos que prestam utilidade individual contra o pagamento de um preço.⁹³

⁹¹ Aqui considerada a que vigeu na França durante o século XIX e início do século XX. Referido modelo sofreu alterações substanciais em razão da evolução da ordem política, jurídica, econômica e social, o que se deu tanto na Europa, em razão, principalmente, do direito comunitário e da influência do direito anglo-americano, como no Brasil.

⁹² *Manual de direito administrativo*. Coimbra, I (1984), II (1986), p. 1099, v. 2.

⁹³ *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 105.

Soma-se aos elementos acima citados a exploração do serviço em regime de exclusividade, com a garantia de ausência de competição.

Referido conceito clássico sofreu abalos e transformações decorrentes das alterações ocorridas no seio do Estado e da sociedade,⁹⁴ pois a concessão, conforme originalmente concebida, já não respondia às necessidades impostas pela evolução.

Da noção clássica restou inabalado apenas o critério do objeto: exploração ou gestão de um serviço público, a qual passou a ser realizada, em regra, em regime de competição.

Durante o decorrer do século passado, a Europa Continental experimentou modalidades concessórias entre pessoas de direito público⁹⁵ (concessionário de direito público), entre pessoas de direito privado⁹⁶ (como concedente uma sociedade anônima), bem como tendo por objeto não mais serviços fruíveis *uti singuli*.

Ocorreu alteração também na responsabilidade do concessionário que passou do *risco integral* para um regime de *solidariedade* financeira entre concedente e concessionário, bem como na contraprestação do concessionário, que deixou de ser exclusivamente o preço pago pela fruição do serviço para incluir os *resultados financeiros da exploração* do serviço ou bem; há que ressaltar modalidades concessórias que têm como utente não mais o cidadão, mas pessoa de direito público, por exemplo, os municípios.⁹⁷

Outra importante modificação foi que, no passado, por intermédio da concessão, garantia-se a exploração do serviço público pelo particular em regime de exclusividade. Pressupunha-se que com a ausência de competição o particular poderia recuperar o capital

⁹⁴ Aqui considerada a evolução do instituto (concessão) no direito comparado, especial e principalmente no direito europeu continental, bem como os influxos havidos em decorrência do direito comunitário supranacional.

⁹⁵ Fruto da nacionalização de empresas concessionárias de serviços públicos.

⁹⁶ Fruto agora da privatização dessas mesmas empresas públicas.

⁹⁷ É o que se passa em Portugal com os concessionários dos sistemas multimunicipais de distribuição de água, tratamento e recolha de esgoto.

investido. Atualmente, a exclusividade não mais caracteriza a concessão em geral, pois introduziu-se a gradativa competição, a concorrência entre os prestadores.⁹⁸

Destacamos, também, alteração no direito dos usuários. Ampliaram-se as formas de participação e fiscalização dos usuários sobre o concessionário, possibilitando que a prestação do serviço público pudesse ser controlada não somente pelo Estado, mas também pelos usuários.

Em muitos países foram editadas leis definindo padrões de qualidade da prestação do serviço e maneiras de aferir a satisfação dos usuários.⁹⁹

Considerando as múltiplas alterações e a forma com que contemporaneamente o instituto vem sendo tratado, em razão não só da alteração na concepção de Estado, como das mudanças nas relações sociais impostas pelo inegável desenvolvimento tecnológico, a doutrina acabou por entender que a noção clássica não continha os elementos essenciais do conceito de concessão, mas, sim, retratava a concessão que vigeu no início do século XX.¹⁰⁰

⁹⁸ “No passado, em suas origens, a concessão de serviço público esteve fortemente ligada à outorga para certos empreendedores que queriam implantar o serviço com exclusividade. Afinal, o Estado estaria interferindo nesses setores exatamente para que pudesse transferir para o empreendedor alguns de seus privilégios, especialmente o de impedir a concorrência e garantir que não haveria competição e, portanto, de que poderia recuperar o capital investido dentro de uma previsibilidade de exploração.

Nesse momento de retomada da concessão – e esse fenômeno não é mais brasileiro, é internacional –, ela surge com uma roupagem, para servir a um projeto – não de exclusividade em favor de uma empresa em particular –, mas de exploração concorrencial desses serviços, que anteriormente foram monopolizados por empresas particulares na fase de sua implementação e depois por empresas estatais na fase de seu maior desenvolvimento. Na atual modelagem, a exclusividade não mais caracteriza a concessão em geral, pois aí se introduziu a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, justificada pela tese de que mercados em concorrência são mais eficientes que mercados monopolistas, entendendo-se por eficiência a prestação de serviços com qualidade desejada e preços justos, sujeitando-se tanto a regime de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência” (Dinorá Adelaide Musetti Grotti. A experiência brasileira nas concessões de serviços públicos. In: Carlos Ari Sunfeld (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 189-190).

⁹⁹ Como a carta dos usuários na França e Itália, a carta do cidadão na Inglaterra, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 08.12.2000, e o Tratado que estabelece uma constituição para a Europa, assinado em 29.10.2004 e publicado em 16.12.2004. Registre-se que a União Europeia não tem um conceito de serviço público com regime jurídico próprio, mas, sim, de “serviços econômicos de interesse geral” (com destaque para sua importância na “promoção da coesão social e territorial da União), o qual não coincide com o regime jurídico atribuído ao serviço público no Brasil.

¹⁰⁰ Para uma visão panorâmica da evolução do pensamento jurídico sobre concessão no direito comparado, especialmente no direito continental europeu, ver Marçal Justen Filho. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, p. 95-136, jan.-mar. 2003.

De qualquer sorte, quer no direito continental europeu, quer no direito positivo nacional, os pressupostos da concessão de serviço público são a *titularidade administrativa de uma atividade de serviço público* e a *habilitação legal para proceder à respectiva concessão a outra entidade*.

Tradicionalmente, a concessão de serviço público é reputada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública outorga a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.¹⁰¹

Dos elementos contidos no conceito acima descrito evidenciam-se traços marcantes da forma de contratação que a Lei 11.074, de 2004, convencionou chamar de concessão comum.

Considerando o direito positivo brasileiro, o ponto distintivo entre a concessão clássica e as novas modalidades de contratação pública, principalmente as introduzidas pela Lei federal 11.079/2004, reside na forma de **remuneração do concessionário** e na **distribuição dos riscos dos empreendimentos**.¹⁰²

Na espécie comum, ou seja, naquela disciplinada pela Lei federal 8.987/1995, a remuneração do concessionário decorre da exploração do serviço, essencialmente pela cobrança de tarifas, podendo o concessionário ser remunerado por receitas alternativas, ou pelo incremento de receitas acessórias, complementares ou provenientes de projetos

¹⁰¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62.

¹⁰² Nesse sentido, Gustavo Binenbojm: “A distinção fundamental, portanto, entre a nova concessão patrocinada e a concessão comum (regida pela Lei n. 8.987/95) está na forma de remuneração do concessionário: na primeira, o poder público comparece com pagamentos de natureza pecuniária, complementares à tarifa; na segunda, além da cobrança da tarifa, pode o concessionário ser remunerado por receitas alternativas (Lei n. 8.987/95), desde que estas não envolvam pagamentos de natureza pecuniária feitos pela Administração Pública.

Uma outra distinção importante entre as concessões comuns e as patrocinadas diz respeito à distribuição dos riscos dos empreendimentos. Enquanto na modalidade comum o art. 2.º, incisos II, III e IV, da Lei n. 8.987/95 prevê enfaticamente a assunção da obra ou do serviço pelo concessionário *por sua conta e risco*, o art. 4.º, inciso VI, da Lei n. 11.079/2004 estabelece, como uma das diretrizes das PPPs, a *repartição objetiva de riscos entre as partes*. Embora a Lei n. 11.079/2004 não disponha, ela mesma, sobre como serão compartilhados os riscos, tal matéria deverá constar obrigatoriamente do contrato de PPP (art. 5.º, III)” (*Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 128-129).

associados, enquanto nas modalidades de concessão regidas pela Lei federal 11.079 de 2004 há contraprestação parcial ou total do Poder Público.

Quanto à distribuição dos riscos dos empreendimentos na modalidade comum, no art. 2.º, incisos II, III e IV, da Lei 8.987/1995, há a previsão da assunção da execução da obra ou serviço **por conta e risco** do concessionário; por seu turno, a Lei 11.079/2004 estabelece, como uma de suas diretrizes, **a repartição objetiva de riscos entre as partes**.

Evidentemente, o objeto dessa espécie de concessão, quer na modalidade disciplinada pela Lei 8.987/1995, quer na instituída pela Lei 11.079/2004 (patrocinada e administrativa, excluindo-se a concessão administrativa de serviço público ao Estado), é a transferência da execução, gestão, de um serviço público *stricto sensu* a terceiro, conforme exigência da Carta Magna, art. 175.¹⁰³

A definição legal da concessão comum de serviço público consta do art. 2.º da Lei 8.987/1995,¹⁰⁴ como lei nacional que é. Referida espécie de concessão está

¹⁰³ Esse é o entendimento de Gustavo Binbenjy, para quem “a Constituição brasileira não adota um regime de *tipicidade fechada* em relação às modalidades contratuais que podem vir a ser instituídas e utilizadas pelo Poder Público para a melhor execução de suas tarefas. Assim, obedecidas as balizas traçadas pelo constituinte, a formatação jurídica dos contratos da Administração é matéria sujeita à *livre conformação do legislador* – tanto federal, no que toca à definição de normas gerais, quanto o dos Estados, Distrito Federal e Municípios, naquilo que diga respeito às peculiaridades regionais e locais.

[...]

A Lei n. 11.079/2004 é apenas mais uma lei geral (ou lei-quadro) sobre contratação pública (aludida no art. 22, XXVII, CF), que vem se somar às Leis n. 8.666/93 e 8.987/95 (além das demais leis setoriais) ao fito de proporcionar à Administração Pública os meios jurídicos para desenvolver, de forma mais eficiente possível, a prestação de serviços públicos.

[...]

O que caracteriza o contrato administrativo de concessão de serviços públicos não é o pagamento da tarifa (ou de *tarifa cheia*) pelos usuários, mas a circunstância de sua gestão, execução e prestação direta do serviço pelo concessionário ao usuário” (*Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 128-130).

¹⁰⁴ Registre-se o entendimento de Vera Cristina Caspari Monteiro, no sentido de que “o fato de a Lei n. 8.987/95 ter trazido um conceito pretensamente ‘geral’ de concessão não impede a União, no exercício de sua competência legislativa, inovar quando legisla para bens e atividades que são de sua própria competência. É o que aconteceu na lei do petróleo, no qual o concessionário se remunera pelo resultado da exploração da jazida, não havendo qualquer relação coma figura do ‘usuário’ do serviço, ou com o tamanho do risco envolvido no negócio” (*A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 121).

infraconstitucionalmente disciplinada também na Lei 9.074, de 07.07.1995, e nas leis específicas de cada ente da federação.¹⁰⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello tece críticas à referida definição legal, que confunde concessão de serviço público com a de obra pública, bem como faz nítida mistura entre os elementos essenciais ao instituto e os seus requisitos de validade.¹⁰⁶

Por outro lado, a definição legal da concessão patrocinada consta do art. 2.º, § 1.º, da Lei federal 11.079/2004, e no seu § 2.º contém a definição legal de concessão administrativa, modalidades que podem ser adotadas para a outorga de serviço público.¹⁰⁷

Do exposto é primordial registrar que o entendimento acima apresentado está muito distante de ser pacífico na doutrina nacional. O pressuposto do raciocínio que abraçamos é a não exigência do ordenamento constitucional brasileiro, especialmente da norma contida no art. 175 da CF, de que o concessionário de serviço público seja remunerado

¹⁰⁵ Ainda citando Vera Cristina Caspari Monteiro, segundo e referida autora, “a Constituição Federal não exigiu que a lei do art. 175 fosse lei federal, nem mesmo ‘geral’. O dispositivo trata do regime de prestação dos serviços públicos e, nessa circunstância, menciona a concessão e permissão. [...] é preciso reconhecer que a lei referida no art. 175 só pode ser aquela que faz a modelagem do negócio que envolverá a prestação dos serviços públicos por terceiros, que não a própria administração direta. Noutras palavras é a lei que cabe ao titular do serviço editar para autorizar a sua prestação de forma indireta, modelando o negócio e fixando os seus parâmetros. O dispositivo, portanto, remete-se ao titular do serviço público e impõe a ele o dever de definir as linhas gerais e a própria autorização em si de forma indireta de prestação ao legislativo. A competência própria de cada uma das pessoas políticas para disciplinar o serviço público não é afetada pelo art. 175 da Constituição Federal. Na verdade, o art. 175 reafirma a interpretação segundo a qual a definição dos tipos contratuais e seu regime jurídico não é norma geral; cada esfera federativa continua com o poder de organizar, por lei, o uso dos bens e os serviços que decidiu delegar a prestação a terceiro” (*A caracterização do contrato de concessão após a edição da lei 11.079/2004*. 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 121-122).

¹⁰⁶ “Houve confusão óbvia entre o necessário para caracterizar o instituto e seus requisitos de validade. Demais disto, foi feita imperdoável confusão entre concessão de obra pública e concessão de serviço público. Acresce que a característica indeclinável à exploração de serviço público só foi apontada para a concessão de serviço público precedido de obra pública (para servimo-nos da terminologia legal). Pela quantidade de erros grosseiros já se vê que deve ter andado por aí a mão de economistas ou administradores públicos na definição de concessão” (Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-julho>. Acesso em: 8 mar. 2010).

¹⁰⁷ Esse é também o entendimento de Gustavo Binenbojm, para quem “a concessão administrativa de serviço público, espécie do gênero concessão de serviço público, sendo este prestado diretamente ao usuário, sem cobrança de qualquer tarifa, e sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Em tal hipótese, a Administração Pública é de ser considerada a usuária indireta dos serviços, vez que estes são prestados diretamente pela concessionária à população. Este seria o caso, por exemplo, de um serviço de coleta de lixo, sem cobrança de tarifa dos usuários diretos” (As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. In: Gustavo Binenbojm. *Temas de direito administrativo constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125).

exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelo usuário, bem como que este seja o único a arcar com riscos da concessão.

O art. 175 e seus parágrafos não exigem que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário, antes permite que esta seja uma das formas de remuneração do concessionário.¹⁰⁸

Na verdade, as diretrizes traçadas pelo art. 175 da Constituição Federal referem-se à política tarifária, ao direito dos usuários e à obrigação de prestação adequada do serviço. Referida obrigação deve balizar a política tarifária, porquanto se constitui em direito do usuário, raciocínio confirmado pela norma protetiva da Lei de Defesa do Usuário, prevista no art. 37, § 3.º, da CF/1988:

§ 3.º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, no direito brasileiro, o instituto da concessão se configura como uma opção acerca do desempenho de serviços públicos, o que implica

¹⁰⁸ Nesse sentido, Gustavo Binbenjoni, para quem “nada – absolutamente nada – no texto e no espírito do art. 175 da Carta da República pressupõe ou dá a entender que, nas concessões de serviços públicos, a atividade do concessionário (isto é, a prestação do serviço à população) tem de ser suportada exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelos usuários. Com efeito, o que está previsto no parágrafo único e seus incisos do mencionado preceptivo constitucional é que a lei disporá sobre *o regime jurídico das empresas concessionárias, o caráter especial de seu contrato e sobre a política tarifária*. Ora, dispor sobre política tarifária não significa exigir que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário. Bem ao revés, o pagamento de tarifa *pode* vir a ser uma dessas formas de remuneração, combinada ou substituída por outras, como, por exemplo:

(i) *as receitas alternativas (Lei n. 8.987/95, art. 11), em complementação ou substituição da receita tarifária. A hipótese é aqui de concessão comum, não qualificada como PPP;*

(ii) *as contraprestações pecuniárias pagas pelo Poder Público em complementação (Lei n. 11.079/2004, art. 2.º, § 1.º) ou substituição da receita tarifária (Lei n. 11.079/2004, art. 2.º, § 2.º). A primeira hipótese é de PPP, na modalidade de concessão patrocinada, enquanto que a segunda é de PPP, na modalidade de concessão administrativa de serviços públicos (o Poder Público é o usuário indireto);*

(iii) *as contraprestações não-pecuniárias pagas pelo Poder Público em complementação ou substituição da receita tarifária (Lei n. 11.079, art. 6.º, III e IV c/c Lei n. 8.987/95, art. 11). A hipótese, aqui, é de concessão comum, não qualificada como PPP. [...]*

Em suma: fazer política tarifária, nos termos e para os fins do art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição, significa dispor sobre se, quando e em que circunstâncias e proporção a remuneração do concessionário deve ser suportada por usuários, Poder Público ou por outras receitas alternativas decorrentes ou associadas à prestação dos serviços à população” (*Temas de direito administrativo constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129-130).

[...] a incidência de um plexo de princípios e regras pertinentes à relação entre o Estado, a iniciativa privada no âmbito econômico e a comunidade a quem os serviços são prestados. [...] A concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas. Não é pura e simplesmente uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais.¹⁰⁹

4.2 *A concessão de serviço público precedida de obra pública*

Referida espécie de concessão vem prevista infraconstitucionalmente no art. 2.º, III, da Lei 8.987/1995,¹¹⁰ no art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 11.079, de 30.12.2004.¹¹¹

A remuneração do concessionário consiste na exploração do serviço a ela (obra) agregado pelo prazo regularmente estipulado, considerando a modalidade de concessão regida exclusivamente pela Lei federal 8.987/1995. Portanto, depois de construída a obra, reformada ou ampliada, o concessionário explora o *serviço* que dela se originou, como contrapartida pelos seus investimentos.

Essa espécie concessória difere da concessão “pura” de obra pública, porquanto nesta a remuneração do concessionário advém da exploração da própria obra ou de atividade a ela agregada, **que não se constitui em um serviço público.**

Registramos que o regime de concessões de serviço público, precedido ou não de obra pública (e de obra pública, como será visto no item posterior), está estabelecido na Lei 8.987/1995, que unificou os três tipos de concessão.

¹⁰⁹ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 58-59.

¹¹⁰ Art. 2.º, III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

¹¹¹ Art. 2.º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1.º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

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

4.3 *A concessão de obra pública*

Trata-se de modalidade em que se transfere ao particular a execução de uma obra pública, bem como a gestão desta por um período de tempo, após o que ela é devolvida ao Poder Público. Essa modalidade de concessão agrega a execução e a gestão/exploração¹¹² de uma obra pública, diferenciando-a do simples contrato de empreitada de obra.

A origem da concessão dos serviços públicos tem íntima ligação com a autonomização da atividade a explorar na obra implementada, mas é importante que se diferencie a concessão de obras da de serviços públicos na medida em que nem toda atividade de exploração de um bem público se constitui na gestão de um serviço público, ainda que o regime de exploração seja um *regime público*.

Segundo Pedro Gonçalves, na concessão de obras o Poder Público atribui ao concessionário a sua posição de *dono da obra*, transmitindo-lhe os seus direitos próprios relativos à fase de construção (concepção da obra, projeto, expropriações, direção e fiscalização dos trabalhos), o que também a afasta da modalidade de empreitada de obra pública, já na fase de execução. A concessão de obras públicas é, em rigor, uma *dupla concessão*, de *construção* e de *exploração* de uma obra pública.¹¹³ Aduz o autor:

A concessão de serviços públicos, em que o concessionário assume a obrigação de executar obras, e a concessão de obras públicas são figuras concessionárias distintas – trata-se de uma distinção que não tem interesse meramente teórico, visto que há regimes legais que se aplicam apenas a uma daquelas figuras [...].¹¹⁴

E conclui:

Por isso mesmo, não nos parece rigoroso distinguir a concessão de serviços públicos de outras figuras (v.g., da concessão de obras públicas) de acordo com o critério de que as obras têm, nesse caso, um valor “marginal” no contexto econômico do contrato (*apud* Piscitelli, 1955, P. 245), ou meramente “instrumental” em relação à gestão do serviço (*apud* Fracchia, 1995, p.205). Mesmo que não seja esse o caso, e que as obras sejam a causa

¹¹² A contrapartida pela construção decorre da exploração da obra com a cobrança aos utentes de das “taxas” devidas.

¹¹³ *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p.151.

¹¹⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 153.

determinante do negócio (e portanto não apenas um aspecto marginal ou secundário do contrato), desde que ela tenha (também) por objeto a gestão do serviço público, deverá ser qualificada como “contrato de concessão de serviço público” e o contratante da Administração como concessionário de serviço público.¹¹⁵

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o contrato de concessão de obra pública é “o ajuste administrativo que tem por objeto a delegação a um particular da execução e exploração de obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração do concessionário, por tarifa”.¹¹⁶

Para Cretella Jr., o contrato de concessão de obra pública consiste no “ajuste administrativo que tem por objeto a delegação a um particular da execução e exploração de um empreendimento público rentável, a ser construído pelo concessionário e remunerado pelos usuários, pelo prazo e nas condições contratuais”.¹¹⁷

Por sua vez, deflui dos termos da Lei 8.987/1995, art. 2.º, III, que concessão de obras

[...] é a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público,¹¹⁸ delegada pelo Poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração **da obra** por prazo determinado (grifos nossos).

Celso Antônio Bandeira de Mello registra que no Brasil os institutos da concessão de obra e de serviço público, a par de terem autonomia conceitual própria, foram confundidos e unificados, porquanto:

[...] o artigo 2.º da Lei 8.987, de 13.02.95, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo

¹¹⁵ *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 155.

¹¹⁶ *Direito administrativo brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 267.

¹¹⁷ *Licitação e contrato administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 1983. p. 273-274.

¹¹⁸ “A lei procurou abranger no conceito de *obra pública* qualquer atividade que envolva a manutenção ou melhoria de obra já existente. *Melhoramento* compreende alguma benfeitoria ou equipamento que venha a ser introduzido na obra pública e que favoreça a prestação do serviço a que ela se destina: a sinalização automatizada de uma via pública, por exemplo” (Eurico de Andrade Azevedo; Maria Lúcia Mazzei Alencar. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 24).

175 da Constituição e da outras providências”, dispõe, em seu inciso III, que, para os fins da citada lei, considera-se: Concessão de serviço público precedida de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada ao poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço **ou da obra** por prazo determinado.¹¹⁹

Para Marçal Justen Filho não houve vício no art. 2.º, inciso III, da Lei 8.987/1995, que “disciplinou de modo amplo a matéria, evitando, inclusive, disputa sobre a extensão dos conceitos de serviço e obra”.

Esse também é o entendimento de Marcos Jurena Villela Souto:

A Lei n. 8.987/95 não rege apenas as concessões de serviços públicos, mas também as concessões de obra pública. Diferem as concessões de obra pública e as de serviço público, não apenas porque as primeiras são precedidas, obviamente, da existência de uma obra (ou de sua execução, como impropriamente consta no texto legal), mas igualmente porque na concessão de obra o concessionário poderá explorar economicamente a obra ainda que esta atividade não configure propriamente um serviço público como tal qualificado lei.¹²⁰

O objeto da concessão de obra pública (“pura”) difere, portanto, da concessão de serviço público, precedida, ou não, da execução de obra pública, porquanto, no primeiro caso, ele se constitui na execução de uma obra, sem a exploração posterior de um serviço público, caso em que o concessionário explorará comercialmente a própria obra, sem prestar um serviço público.

É forçoso reconhecer, no entanto, que no âmbito infraconstitucional o legislador deu tratamento unificado para ambos os institutos, o da concessão de obras e o da concessão de serviços públicos, ambos disciplinados pela Lei federal 8.987/1995.¹²¹

¹¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 14-15.

¹²⁰ *Direito administrativo das concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos. Outras formas de gestão associada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 363.

¹²¹ Discorrendo sobre os institutos da concessão de obras públicas e de serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que, “sem prejuízo de que ambos os institutos têm autonomia conceitual própria, muitas vezes ocorre, de fato, como que uma superposição deles. Isto sucede, por exemplo, quando em

4.4 A concessão de uso de bem público

Floriano de Azevedo Marques Neto¹²² assevera que a distinção entre concessão de serviço público e de uso de bem público está na utilidade pública específica predominante explorada no âmbito da concessão. Se o objeto da concessão é uma atividade humana, definida em lei como de importância ímpar, a ponto de o Poder Público assumir o ônus de garantir sua disponibilidade contínua e universal à coletividade, estaremos diante de uma concessão de serviço público. Se, por outro lado, é o bem público que dá margem econômica à exploração concedida, trata-se de concessão de uso de bem público.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, ao distinguir a concessão de serviço público da concessão de uso de bem público atribui destaque ao objetivo da concessão. Quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral, mesmo que o concessionário necessite usar um bem público, haverá concessão de serviço público. Aduz o autor que

[...] a concessão de uso pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências do **público em geral**, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos. O objeto da relação não é, pois, a prestação de serviço à universalidade do público, mas, pelo contrário, ensejar um uso do próprio bem ou da exploração que este comporte (como sucede com os potenciais de energia hidroelétrica)¹²³ para que o próprio concessionário se sacie com o produto extraído em seu proveito ou para que comercialize limitadamente com alguns interessados.¹²⁴

uma concessão de rodovias para obras de construção, reparos ou simplesmente manutenção deles, o concessionário está igualmente obrigado a certos serviços acessórios, *eximpli gratia*, os de assistência e socorro aos veículos e passageiros, os de instalação e funcionamento de postos de reparo ou de oferta de comunicação de telefonia e/ou de informações aos usuários sobre o tráfego nas sobreditas rodovias.

São estes traços fundamentais, encontradiços nos dois institutos, que levam à sua parificação no que concerne a aturadas cautelas, que na *formação* do vínculo constitutivos das concessões em apreço, que no reconhecimento de ampla *disponibilidade do concedente* sobre o objeto entregue à compita do concessionário, que no regime que se lhe dispensa, de tal sorte que *são institutos gêmeos*” (Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*, São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 12-13).

¹²² Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 40, p. 168, 2002.

¹²³ Lei 9.074, de 07.07.1995, art. 5.º.

¹²⁴ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 660.

Maria Zanella Di Pietro, por sua vez, acentua a característica do uso privativo do bem para identificar a concessão de uso de bem público. Na concessão de uso de um bem público a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa do bem, para que a exerça conforme sua destinação, exemplificando com boxes em mercados municipais, dependências de aeroportos, de portos e de estações rodoviárias.¹²⁵

Entendemos que a concessão de uso é a modalidade pela qual se atribui a um particular o uso privativo de um bem público ou de uma parcela deste. Pressupõe, portanto, a transmissão para um sujeito do direito de ocupar ou utilizar uma parcela do domínio público, limitando ou excluindo seu uso por terceiros.

Ela (concessão de uso) se caracteriza mais pela *função de atribuição*¹²⁶ do que pela *função de colaboração*, que pode mesmo não existir, o que ocorre nos casos em que o direito de uso não está associado à persecução de um interesse público específico, mas, ao contrário, satisfaz interesse de natureza prevalentemente privada, por exemplo, a concessão do direito de uso de bens para o exercício de atividade de natureza privada.

A concessão de uso de bem público difere dos demais institutos (de serviço e de obra pública), pois nela o Poder Público permite ao concessionário fazer uso do bem público, ainda que tenha que obedecer à destinação determinada pelo Poder Concedente, sem o intuito de satisfazer as necessidades do público em geral, mesmo que o bem possa ser utilizado pela coletividade. O interesse primordial na exploração do bem não é do Estado, ou melhor, não é público, mas do particular.

A distinção entre as espécies concessórias (serviço público, obra pública e uso de bem público) não tem interesse meramente acadêmico, uma vez que o regime da concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública e a de obra pública, está previsto na Lei 8.987/1995. Às concessões de uso de bem público aplicam-se as disposições da Lei 8.666/1993 e de outras leis específicas, a elas não se aplicando as disposições da Lei

¹²⁵ *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 603-607.

¹²⁶ Conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: “É um típico contrato de atribuição, pois visa mais ao interesse do concessionário que ao da coletividade [...], mas, como todo o contrato administrativo, não pode contrapor-se as exigências do serviço público, o que permite à Administração alterá-lo unilateralmente e até mesmo rescindi-lo” (*Licitações e contrato administrativo*. São Paulo: RT, 1973. p. 249).

8.987/1995, nem mesmo o disposto no art. 175 da CF que, segundo entendemos, é restrito aos serviços públicos.

4.5 *Parceria público-privadas*

A parceria público-privada, em qualquer de suas modalidades, é um tipo de concessão que apresenta características distintas da concessão comum em relação ao empreendimento propriamente dito,¹²⁷ à forma de remuneração da concessionária,¹²⁸ às garantias e à repartição de riscos, conforme já discorremos no item dedicado à concessão de serviços públicos.

Portanto, os contratos administrativos de concessão regidos pela Lei de Parcerias Público-Privadas têm por objeto empreendimentos (serviços públicos ou obras públicas) não autossustentáveis, ou seja, aqueles que necessitam de aporte de recursos públicos para o pagamento do parceiro privado (aqueles incapazes de, por si, pagar o investidor privado).¹²⁹ Eles têm garantias mais efetivas à atração do investidor privado, porquanto a Lei instituiu, no âmbito federal, o Fundo Garantidor dos Pagamentos das PPPs, constituído por recursos públicos que visam garantir o pagamento futuro das obrigações assumidas pelo parceiro público e não adimplidas a tempo e modo.

¹²⁷ Entendemos que não há justificativa que permita ao Poder Público conceder à iniciativa privada serviços ou empreendimentos autossustentáveis, fazendo uso das modalidades concessórias instituídas pela Lei das Parcerias Público-Privadas. Nesses casos, de serviços autossustentáveis, aplicam-se à outorga as regras da concessão comum.

¹²⁸ A contrapartida do parceiro público ao privado é o que aparta as PPPs das concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/1995 (§ 3.º do art. 2.º), pois, enquanto nesta a remuneração do concessionário decorre da exploração do serviço, via de regra e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço (mesmo havendo a possibilidade de subsídio pelo Poder Público, na forma do art. 17 da Lei 8.987/1995), nas PPPs cabe ao parceiro público remunerar parcial ou integralmente o particular contratado.

¹²⁹ “A Lei das PPPs foi editada para tratar dos contratos de concessão em que existam desafios especiais de ordem financeira: organizar a assunção de compromissos de longo prazo pelo Poder Público e garantir seu efetivo pagamento ao particular. [...]”

Para as concessões de serviços públicos regidas exclusivamente pela Lei de Concessões (as agora chamadas ‘concessões comuns’) não há prazos legais mínimos nem máximos de duração, tampouco piso legal de investimento; tudo depende das decisões da Administração em cada caso, a serem expressos no contrato. Porém, ao tratar de concessão patrocinada, a Lei das PPPs acabou por proibir que a Administração Pública se comprometa contratualmente a pagar adicional de tarifa em certas concessões de serviço público: aquelas em que o investimento a cargo do concessionário não chegue a atingir R\$20 milhões (art. 2.º, § 4.º, I) e quando o seu prazo for inferior a 5 ou superior a 35 anos, incluída a prorrogação (art. 2.º, § 4.º, II, c/c o art. 5.º, I)” (Carlos Ari Sundfeld. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: ——— (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29).

O comprometimento estatal anual com projetos de parcerias é limitado a 1% da receita corrente líquida da União, medida que visa coibir o endividamento público acima dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, garantir o equilíbrio fiscal futuro.¹³⁰

Há a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (arts. 4.º, VI, e 5.º, III), o que também se constitui em uma novidade, porquanto, até então, referidos riscos eram suportados exclusivamente pelo Poder Público, cabendo ao privado arcar apenas com riscos concernentes à álea econômica ordinária.¹³¹

Por álea econômica ordinária entendemos os riscos normais que o concessionário deve suportar,¹³² riscos estes que são, no Brasil, menores que aqueles que estão sob o encargo do concessionário no direito francês. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹³⁰ Art. 22 da Lei 8.987/1995:

A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Art. 28 da Lei 8.987/1995, com redação dada pela Lei 12.024/2009.

A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetadas para os respectivos exercícios.

E art. 28, com a redação alterada pela Lei 12.024/2009.

¹³¹ Registra Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não nos parece possível onerar o parceiro privado com o encargo de repartir riscos oriundos do fato do príncipe, pois, conforme aplausível comento da eminente Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio constitucional da responsabilidade do Estado impediria tal solução” (*Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 156). O Poder Público é que teria que assumir as consequências de seu ato.

“Por sua vez, os provenientes das situações caracterizáveis como imprevisão podem ser divididos entre os parceiros, se é esta a determinação legal. O mesmo, entretanto, nem sempre valeria, a nosso ver, no caso das ‘sujeições imprevistas’ [...]. Se o parceiro privado atuou sobre informações técnicas que hajam sido oferecidas e afiançadas como bastantes pelo Poder Público, o surgimento de situação imprevista resultará de responsabilidade de quem as forneceu. Não havendo tal circunstância, aí, sim, caberá repartição dos prejuízos.

Cumpra ter cuidado com o que pode ser caracterizado como *fortuito*. Nesta tipologia não se poderia incluir o insucesso na estimativa quanto ao afluxo de usuários do serviço ou seu superveniente declínio, sob a arguição de que sobrevieram causas fortuitas para determinar tal resultado. Os prejuízos que disto decorram terão que ser inteiramente suportados pelo parceiro privado, sem divisão alguma com o parceiro público, pois fazem parte da álea normal do empreendimento” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 776-777).

¹³² “Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar conhestramente, ineficiência ou imperícia, aqueloutros derivados de eventual estimativa inexata

Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos normais que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta intelecção é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos artigos 9.º e § 2.º, 18, VIII e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois [...] o art. 9.º, § 3.º, determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevinda de tributos (salvo os de imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutem sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba aplicação da teoria de imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados com o concedente.¹³³

O § 4.º do art. 2.º fixa hipóteses em que é vedado o emprego de PPPs, quais sejam: I – valor do contrato inferior a 20 milhões de reais; II – prazo inferior a cinco anos; III – objeto único e exclusivo o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Pela Lei de PPPs podem instituir-se duas modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa.

4.5.1 *Concessão patrocinada*

Conforme o art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.079, de 30.12.2004, a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. A ela aplica-se subsidiariamente o disposto na Lei 8.987/1995, e nas leis que lhe são correlatas (art. 3.º, § 1.º).

quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, nos casos de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 730).

¹³³ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 729-730.

Cuida-se, com a concessão comum, de espécie do gênero concessão de serviços públicos. Em razão disso, a ela se aplica o regime da Lei Geral de Concessões, Lei federal 8.987/1995 e outras correlatas, como a Lei federal 9.074/1995.¹³⁴

O seu regime remuneratório misto é o que a peculiariza, devendo incluir tanto a tarifa cobrada aos usuários como a contraprestação do Poder Público, em forma de pecúnia, podendo, ainda, introduzir outras formas de pagamento não pecuniárias do Poder Público e receitas acessórias, a que alude o art. 11 da Lei 8.987/1995.

A contraprestação pecuniária do parceiro público consiste em, utilizando-se da linguagem do art. 6.º, incisos I e II, da Lei das PPPs, pagamentos que se fazem por intermédio de “ordem bancária” ou “por cessão de créditos não tributários”. A lei exige, portanto, que a contraprestação do concedente seja em pecúnia.¹³⁵

Nas palavras de Ricardo Pereira Soares e Carlos Alvares da Silva Campos Neto,

[...] concessão patrocinada trata da prestação de serviço público ao usuário, que paga pelo serviço (tarifa) complementado pelo pagamento da autoridade pública. Esse é o caso, por exemplo, da concessão de uma rodovia em que a cobrança da tarifa módica não seria suficiente para recuperar o investimento e remunerar o capital, sendo necessária uma complementação de receita pela autoridade pública para tornar o empreendimento viável.¹³⁶

¹³⁴ Registra Alexandre Santos de Aragão: “A aplicação da Lei n. 8.987/95 às PPPs, em qualquer das suas modalidades, deve, no entanto, ainda quando haja previsão expressa da sua aplicação, se dar apenas no que couber, ou seja, no que não contrariar a própria natureza das PPPs, nas quais há uma dependência financeira do poder concedente bastante significativa, ao passo que nas concessões comuns a dependência se dá preponderantemente em relação à clientela pagante das tarifas. Assim, não nos parece, por exemplo, que seja aplicável às PPPs o parágrafo único do art. 39 da Lei n. 8.987/95, que prevê que, mesmo na inadimplência do poder concedente, o concessionário não pode suspender a prestação dos serviços antes de obtida a rescisão judicial transitada em julgado do contrato (vedação da exceção do contrato não cumprido). Parece-nos que, na hipótese, o art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93, que versa sobre contratos em que também há uma contraprestação financeira da Administração Pública, se coaduna melhor com o arcabouço financeiro das PPPs” (*Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 681).

¹³⁵ Diante da dúvida sobre a categorização de um contrato em que, “embora a contraprestação seja inteiramente suportada pela Administração, sua natureza não seja pecuniária”, responde Carlos Ari Sundfeld “que, se o contrato envolver a prestação de serviços públicos aos administrados, ele será uma concessão comum, cuja remuneração se faz exclusivamente com receitas alternativas (Lei de Concessões, art. 11). Se o contrato for de prestação de serviços à Administração, estando preenchidos os demais requisitos do art. 2.º, § 4.º (especialmente o investimento privado de ao menos R\$ 20 milhões e o prazo mínimo de prestação de cinco anos), deverá ser havido como uma concessão administrativa” (Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: ——— (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32-33).

¹³⁶ Das concessões rodoviárias às parcerias público-privadas: preocupação com o valor do pedágio, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, maio, 2006, p. 14. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.

4.5.2 Concessão administrativa

A definição legal de concessão administrativa é encontrada no § 2.º do art. 2.º da Lei 11.079, de 30.12.2004. A referida norma estabelece que 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.¹³⁷ O art. 3.º da Lei das PPPs remete aos dispositivos da Lei 8.987/1995 e da Lei 9.074/1995, aplicável à concessão administrativa, quais sejam: arts. 21, 23, 25, 27 a 39 da Lei 8.987/1995 e art. 31 da Lei 9.074/1995.

Não obstante a Lei não o diga expressamente, outros dispositivos da Lei 8.987/1995 e das leis que lhe são correlatas podem ser aplicados à concessão administrativa, pois integram o ordenamento jurídico.¹³⁸

¹³⁷ Segundo Carlos Ari Sunfeld, a concessão administrativa exige que o objeto da contratação entre o Poder Público e o parceiro privado seja complexo, ou seja, que haja combinação de obras, fornecimento de bens ou equipamentos e a prestação de serviços, posição doutrinária que acreditamos ser mais consentânea com o disposto no art. 2.º da Lei 11.079/2004. Aduz que “a concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços – ao contrário do que pode parecer da leitura isolada do art. 2.º, § 2.º –, pois sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para criação, ampliação ou recuperação de infra-estrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5.º, I), em montante de ao menos R\$ 20 milhões. A concessão administrativa também não poderá restringir-se à execução de obra pública (art. 2.º, § 4.º, III), que é característica do contrato de obras da Lei de Licitações. É certo que a concessão administrativa poderá incluir a obra (art. 2.º, § 2.º), mas dois outros requisitos deverão estar presentes: o concessionário deverá fazer investimento de ao menos R\$ 20 milhões e, pronta a infra-estrutura, ela deverá ser usada para a prestação de serviços por um período de ao menos cinco anos (art. 2.º, § 4.º, II). Esses requisitos não existem nos meros contratos de obras. As exigências de prestação de serviços por um tempo mínimo e de que a remuneração esteja sempre vinculada a essa prestação (art. 7.º) – não, portanto, à execução de parcelas de obras – impede que a concessão administrativa se transforme em simples contrato de obras com financiamento do empreiteiro. Ademais, a concessão administrativa, conquanto possa incluir o fornecimento de bens para criação da infra-estrutura (art. 2.º, § 2.º), não poderá limitar-se a isso (art. 2.º, § 4.º, III). A lei quis impedir o uso da concessão como simples alternativa ao contrato de compra da Lei de Licitações, bem como para a aquisição financiada de bens. São indispensáveis o investimento mínimo de R\$ 20 milhões, bem como a prestação de serviços vinculados a esses bens, por ao menos cinco anos. Por fim, quando se fala de serviços como objeto da concessão administrativa, está-se referindo à execução autônoma de prestações, para alcançar resultados predeterminados. A Lei das PPPs não considera como tal o mero fornecimento de força de trabalho humano (isto é, de ‘mão-de-obra’) para atuar sob a direção da Administração (art. 2.º, § 4.º, III)” (Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31-32).

Esse também é o entendimento de Jacintho Arruda Câmara que afirma que é requisito, entre outros, do contrato de concessão administrativa o “objeto contratual complexo – isto é, que o contrato reúna, simultaneamente, pelo menos duas das seguintes atividades: fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra (art. 2.º, § 4.º, III)” (*Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56).

¹³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 767. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão, “o que, em caso algum, é admissível, é que a aplicação subsidiária da Lei n. 8.987/95 ou da Lei n. 8.666/93 acabe desvirtuando a natureza e o espírito de divisão de riscos que inspiram as duas espécies de parcerias público-privadas da Lei n. 11.079/04” (*Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 681, nota n. 34).

Em razão de a Administração pública figurar na definição legal de duas formas distintas, quais sejam como usuária direta e como usuária indireta dos serviços, a doutrina antevê dois tipos diferentes de contratos, disciplinados pelo mesmo diploma legal.

A intitulada *concessão administrativa de serviços públicos* tem por objeto os serviços a que se refere o art. 175 da CF. Nessa espécie, a Administração figura como usuária indireta e os administrados são os beneficiários imediatos da prestação. Já a *concessão administrativa de serviços ao Estado* tem por objeto os mesmos serviços previstos no art. 6.º da Lei 8.666/1993 (de oferecimento de utilidades à própria Administração), figurando esta como usuária direta.¹³⁹

A divisão entre concessão administrativa de serviços públicos e concessão administrativa de serviços ao Estado é doutrinária, não obstante haja diferença de regime jurídico quando a administração pública figura como usuária direta e como usuária indireta,¹⁴⁰

¹³⁹ “A concessão administrativa de serviços públicos é uma espécie da *concessão de serviços públicos* a que se refere o art. 175 da CF, juntamente com a concessão comum e a concessão patrocinada. A distinção entre as três espécies corre por conta da forma de remuneração do concessionário, como vimos.

Já a concessão administrativa de serviços ao Estado é uma espécie do gênero *contrato administrativo de serviços ao Estado*. Esse gênero inclui duas espécies: o contrato administrativo da Lei de Licitações, cujo objeto se restringe ao fornecimento de serviços; e o contrato de concessão administrativa de serviços ao Estado, cujo objeto inclui também a realização de investimento privado para criar, ampliar ou recuperar infra-estrutura pública.

A lei das PPPs, para evitar que a concessão administrativa pudesse se confundir com quaisquer dos contratos regidos pela Lei de Licitações – desorganizando, assim, sistema legal –, impôs a *complexidade* como característica indispensável do objeto desse novo contrato.

A concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços – ao contrário do que pode parecer da leitura isolada do art. 2.º, § 2.º –, pois sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para criação, ampliação ou recuperação da infra-estrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5.º, I), em montante de ao menos R\$20 milhões.

A concessão administrativa também não poderá restringir-se à execução de obra pública (art. 2.º, § 4.º, III), que é característica do contrato de obras da Lei de Licitações. É certo que a concessão administrativa poderá incluir a obra (art. 2.º, § 2.º), mas dois outros requisitos deverão estar presentes: o concessionário deverá fazer investimento de ao menos 20 milhões e, pronta a infra-estrutura, ela poderá ser utilizada para a prestação do serviço por um período de ao menos 5 anos (art. 2.º, § 4.º, II). Esses requisitos não existem nos meros contratos de obras. As exigências de prestação de serviço por tempo mínimo e de que a remuneração esteja sempre vinculada a essa prestação (art. 7.º) – não, portanto, à execução de parcelas de obras – impede que a concessão administrativa se transforme em simples contrato de obras com financiamento do empreiteiro” (Carlos Ari Sunfeld. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: ——— (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-31).

¹⁴⁰ Nesse sentido, Marçal Justen Filho: “Mas uma das maiores dificuldades da definição legislativa consiste na alusão a serviços prestados *indiretamente* à Administração Pública. Essa fórmula conduz à possibilidade de o particular desempenhar atividades em proveito imediato de terceiros, em que a Administração Pública seria beneficiária indireta. Em tais hipóteses, a concessão administrativa poderá envolver serviços públicos. Um exemplo típico seria o contrato em que o particular assumisse o dever de promover a coleta de lixo e dar destinação apropriada aos dejetos sólidos. Nesse caso, as atividades objeto da concessão administrativa configurariam serviço público (ainda que apenas em parte). No entanto, a hipótese não configura *delegação* do serviço público. Ao contrário das outras modalidades de concessão (comum e

porquanto, no segundo caso, estamos diante de um serviço público típico, aplicando-se o disposto no art. 175 da CF.¹⁴¹

Em qualquer dos tipos contratuais da concessão administrativa (*de serviços públicos* ou *de serviços ao Estado*) a remuneração do concessionário fica a cargo do Poder Público, em conjunto, ou não, com outras fontes alternativas de receita. Nos dizeres de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

As “concessões administrativas” são contratos em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou ensino público (arts. 196 e 206, IV, CF), ou ainda porque é o próprio Estado o único usuário do serviço a ser prestado. Aqui se fala da inexistência de tarifas devidas pelos eventuais usuários dos serviços, pois a contraprestação ao concessionário se dará exclusivamente com recursos do Estado, por qualquer uma das modalidades enumeradas no art. 6.º: contribuições pecuniárias (por meio de “ordem bancária” ou “cessão de crédito não-tributário”) e contraprestações não-pecuniárias (direitos sobre bens públicos dominicais e outros direitos em face da Administração).

Não existe impedimento a que o concessionário receba recurso de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados, até porque o inciso V do artigo 6.º, ao mencionar “outros meios admitidos em lei”, deixa evidente que a indicação dos meios de contraprestação não é taxativa.

Ao definir “concessão administrativa”, o art. 2.º, § 2.º, deixou implícito que a remuneração do concessionário estará a cargo da Administração, por ser ela a usuária direta ou indireta dos serviços. Mas, diversamente do que fez quanto à concessão patrocinada (art. 2.º, § 1.º), a lei não exige que na concessão administrativa a contraprestação do concedente seja em pecúnia. Poderá sê-lo pelas outras modalidades do art. 6.º. A única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa

patrocinada), o particular não assumirá o dever de desempenhar as atividades em nome próprio. Atuará sempre em prol da Administração Pública. Em outras palavras, seus atos serão atribuídos à Administração” (*Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 785-786).

¹⁴¹ Há divergência doutrinária quanto ao objeto da concessão administrativa. Há os que entendem que as concessões administrativas estão adstritas à prestação de serviços públicos em sentido estrito. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 768. Há, por outro lado, os que acreditam que as concessões administrativas não podem ter por objeto os serviços públicos típicos, porquanto a lei não faz alusão à delegação de serviços públicos. Esse é o posicionamento de Leticia Queiroz de Andrade. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271. Há, por fim, os que consideram possível que as concessões administrativas tenham por objeto os serviços públicos, compreendendo também outras atividades. Nesse sentido, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 70, nota 7. Carlos Ari Sunfeld. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: ——— (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29-30. Alexandre Aragão. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 675; Benjamin Zymler. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 164; Floriano de Azevedo Marques Neto. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 291.

é o recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços.¹⁴²

Assim, consideramos que a estrutura contratual e a lógica econômica de ambos os tipos de concessão administrativa são as mesmas da concessão de serviços públicos comum.

A distinção entre as três espécies de concessão de serviço público, aqui consideradas a comum, a patrocinada e a administrativa, fica, entre outras questões,¹⁴³ essencialmente pela forma de remuneração do concessionário.

Na primeira espécie não há contraprestação pecuniária do poder público ao parceiro privado, podendo, como vimos do art. 17 da Lei 8.987/1995, haver subsídios parciais, desde que previstos no edital e no contrato, com garantia de isonomia; no segundo caso, há contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado como forma de complementação da tarifa, e no terceiro, a cobrança de tarifa não compõe a remuneração da concessionária. Em todos eles é possível a previsão de fontes de receita alternativas, acessórias, complementares e advindas de projetos associados.

Considerando que o Brasil possui 1,8 milhão de km de rodovias e que apenas 11% delas são pavimentadas, o que pode ser explicado pelo baixo volume de investimentos públicos no setor de infraestrutura de transportes,¹⁴⁴ está evidenciada a importância da busca por investimentos particulares no setor e de alternativas jurídicas que permitam a captação e alocação de referidos recursos, reputando também os serviços públicos não autossustentáveis, como são as rodovias de baixo volume de tráfego ou que cortam regiões do País onde a renda dos usuários não permite o pagamento de tarifas capazes de financiar o custo da prestação adequada do serviço.¹⁴⁵

¹⁴² Parcerias público-privadas: o objeto da concessão administrativa. *Direito das infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*, 2010. No prelo.

¹⁴³ Repartição dos riscos.

¹⁴⁴ Em 1975 os investimentos públicos eram de aproximadamente 1,8% do PIB, caindo para 0,18% em 2006, índice muito baixo se comparado ao de outros países como a Rússia, que apresenta 80,9% de suas rodovias pavimentadas, a China que apresenta índice de 81,6% de pavimentação e a Índia, cujo índice é de 47,3%.

¹⁴⁵ Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado exemplificam como possível objeto de contrato de concessão administrativa “o provimento de infra-estrutura rodoviária cujos pagamentos ao parceiro privado sejam baseados, por exemplo, em pedágio-sombra (*shadow toll*), nos moldes do utilizado nas SCUT (Sem Cobrança ao Utilizador) portuguesas – ou seja, a Administração Pública obriga-se a pagar contraprestação

A captação de financiamento privado, no entanto, não deve perder de vista os princípios que norteiam a prestação do serviço público, aplicáveis à gestão e operação de rodovias, como será demonstrado no capítulo seguinte deste estudo.

em valor variável de acordo com a quantidade e tipo dos veículos que efetivamente utilizarem a rodovia” (*Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 70-71).

Explicitam, ainda, que “a estrutura de pedágio-sombra tem sido utilizada muitas vezes na experiência internacional, sobretudo em casos em que (a) existe já no momento da desestatização tráfego relevante, (b) existe uma cultura de aversão à cobrança de pedágio, em alguns casos associada à visão de que a cobrança de pedágio viola o direito de ir e vir dos utentes, e (c) não existe via alternativa a que será concedida. Inglaterra e Portugal talvez sejam os países que mais fartamente utilizaram pedágio-sombra (ibidem, p. 71, nota 8).

II

SERVIÇO PÚBLICO DE OPERAÇÃO DE RODOVIAS

1 Noção de serviço público

Para definir a noção de serviço público de operação de rodovias, faz-se necessário tecer, inicialmente, algumas considerações sobre serviço público, diferenciando-o da atividade econômica em sentido estrito, para posterior enquadramento do serviço em uma dessas categorias, que trará como consequência a aplicação de princípios e regimes jurídicos diversos, com destaque para o enquadramento das concessões no setor rodoviário de infraestrutura como concessões de serviço público, apartando-as das demais modalidades concessórias (de obra e de uso de bem público).

Na lição de Pedro Gonçalves serviço público é “uma tarefa administrativa que a lei atribuiu a um ente público” ou uma tarefa que, “com base na lei, a administração qualificou como tal – declaração administrativa de serviço público”. Sustenta que o serviço público é uma “tarefa administrativa de prestação (atividade de prestação) em relação a qual há responsabilidade administrativa de execução”.¹⁴⁶

E conclui que “o fato de o serviço público consistir numa prestação” (de bens ou de serviços) implica que não deva ser qualificada como tal “a atividade (pública) de gestão, manutenção e conservação de uma coisa pública”.

Segundo referido autor, o “direito sobre a atividade de serviço público objeto da concessão tem de pertencer à entidade concedente”.

Pois bem, para Léon Duguit, considerado por parte da doutrina como o pai da Escola do Serviço Público,¹⁴⁷ este é

¹⁴⁶ *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 108-109.

¹⁴⁷ Cuja importância maior limitou-se ao direito administrativo francês.

[...] toda a atividade cujo comprometimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido se não com a intervenção da forma governante.¹⁴⁸

A referida noção de serviço público não fornece os elementos que possibilitem sua caracterização perante o direito, sendo pautada por critérios sociológicos, uma vez que serviu para o desenvolvimento de toda uma teoria de Estado; ainda nas palavras de Duguit, “o serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. E por aí está encerrada minha Teoria do Estado”.¹⁴⁹

Não há na definição de Duguit de serviço público a exigência de que a tarefa administrativa assim qualificada seja de *prestação*, até porque sua preocupação era de desenvolver uma teoria do Estado, com preocupações de ordem ideológica não estritamente jurídicas.

Discípulo da Escola do serviço público, Gaston Jèze assevera que a ideia de serviço público se acha intimamente ligada a de procedimento de direito público. Dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial, e que as leis e regulamentos podem modificar a qualquer momento a organização do serviço público, sem que a isto se possa opor qualquer obstáculo insuperável de ordem jurídica. Sempre que se estiver na presença de um serviço público, estar-se-á diante de um conjunto de regras jurídicas especiais, de teorias jurídicas especiais que, em sua totalidade, têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, satisfazendo, do modo mais rápido e completo possível, as necessidades de interesse geral.¹⁵⁰

Do mesmo modo, não é possível identificar nos elementos pinçados por Jèze que a atividade de serviço público seja, obrigatoriamente, a de prestação, até porque o critério

¹⁴⁸ *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Bocard, 1924-1930. t. 2, p. 61.

¹⁴⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 62.

¹⁵⁰ Gaston Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução da 3. ed. francesa por Julio N. San Millán Alamgro. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1, p. LXV.

por ele eleito foi o de regime jurídico,¹⁵¹ não buscando uma razão substancial ou material de serviço público.

Contrapondo-se à Escola do Serviço Público surgiu a Escola Institucional, tendo como um de seus maiores representantes Maurice Hauriou, que antevia no Estado um Poder Público posto em movimento para satisfazer o interesse geral que se constitui no fim de todo serviço público (a satisfação do interesse público). Para ele, o Poder Público é o meio para realização do fim – serviço público.¹⁵²

Para Hauriou, serviço público “é uma organização pública de poderes, de competências e de costumes assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado em uma idéia de polícia, no sentido elevado da palavra”.¹⁵³

O serviço público teve múltiplos préstimos no decorrer da história. Referida noção teve uma importância fundamental no direito francês, pois serviu para uma dupla função: 1) como noção fundamentadora de todo o direito público, ou, em particular, do direito administrativo: é matéria de serviço público é de direito administrativo; 2.) como critério de repartição de competências entre as jurisdições administrativa e comum, pois se lhe atribuía o caráter decisório para a aplicação do direito administrativo.

Para Guido Zanobini, serviço público representa toda a atividade técnica, material ou de produção industrial que se coloca à disposição dos particulares para ajudá-los na obtenção de seus fins.¹⁵⁴

Renato Alessi circunscreve a noção de serviço público às atividades estatais dirigidas a fornecer uma utilidade aos particulares, tanto de ordem jurídica (serviço de inscrição

¹⁵¹ Identificando serviço público com regime jurídico de direito público, pelo que sofreu severas críticas.

¹⁵² *Principes de droit public*. Paris: Sirrey, 1910.

¹⁵³ *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1910. p. 64.

¹⁵⁴ “Serviço público é qualquer prestação de utilidade feita por um ente público à generalidade dos cidadãos (*uti universi*) ou a determinadas pessoas (*uti singuli*). *Corso di diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1959. v. 5, p. 344.

de hipotecas) como de ordem econômico-social (serviços de transporte, iluminação etc.), em atenção a necessidades físicas, econômicas, intelectuais ou sociais dos indivíduos.¹⁵⁵

O serviço público classicamente abrangia as atividades de interesse geral, prestadas por um organismo administrativo, sob um regime derogatório e exorbitante do direito comum.

A doutrina atual sintetiza os elementos constantes da definição clássica de serviço público em qualquer de suas vertentes, que são, na lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, reportando-se a Jean-François Lachaume, Claudie Boiteau e Hélène Paulat,

[...] intervenção de uma pessoa pública, mesmo que ela não assegure a gestão cotidiana do serviço, satisfação de uma necessidade de interesse geral e recurso a um regime jurídico específico adaptado às exigências de uma boa satisfação do interesse geral, o que não significa uma submissão integral do serviço público ao direito administrativo.¹⁵⁶

O Brasil tem uma base constitucional do serviço público. Não obstante a Constituição de 1988 não ter erigido um conceito constitucional, forneceu alguns parâmetros conformadores da área definida como própria dos serviços públicos.

Assim, dois critérios são frequentemente atribuíveis a tal expressão: o sentido orgânico ou subjetivo, significando aparato administrativo do Estado (arts. 37, XIII; 39, § 7.º; 40, III; 40, § 16; 136, § 1.º, II; ADCT arts. 11, 19 e 53), e o objetivo, com o significado de modalidade de atividade de natureza pública (arts. 21, XIV; 30, V; 37, § 6.º; 54, I, “a”; 61, § 1.º, II, “b”; 139, VI; 145, II; 175; 198; 202, § 5.º; 223; 241; ADCT art. 66).

Ao utilizar o conceito objetivo, a Constituição, por vezes, restringe o conceito de “serviço público” a atividades de prestação que atendam a necessidades individuais (serviços *uti singuli*, isto é, os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário), como no art. 145, II; ou se vale do conceito de “serviço público” para atividades de prestação que satisfazem necessidades genéricas e indivisíveis em uma coletividade de pessoas, *serviços uti universi*, como nos termos do art. 223.

¹⁵⁵ *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução da 3. ed. italiana por Boaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. p. 364-365.

¹⁵⁶ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 42.

A Constituição brasileira de 1988 poderia, em tese, contemplar as várias concepções doutrinárias de serviços públicos, de acordo com a sua maior ou menor abrangência,

[...] podendo-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais, para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública [...].¹⁵⁷

Entre os doutrinadores brasileiros há os que conceituam serviço público, no que concerne à sua abrangência, em sentido amplo (como José Cretella Júnior, Mário Masagão e Hely Lopes Meirelles),¹⁵⁸ enquanto outros o fazem em sentido restrito (como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello).¹⁵⁹ Há, ainda, aqueles que o fazem em um sentido objetivo, subjetivo, formal, próprio, impróprio, geral, específico, originário ou congênito, derivado ou adquirido etc.

¹⁵⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102.

¹⁵⁸ Para José Cretella Júnior, serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público” (*Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 409). Para Mário Masagão, serviço público é “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins” (*Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1977. p. 279-280). Hely Lopes Meirelles define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (*Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Azevedo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 330).

¹⁵⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “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” (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 665). Na definição proposta por Bandeira de Mello, foi deliberadamente encarado o objeto em termos estritos, visto que, além do substrato material e formal, se exige, dentro do próprio substrato material, que a atividade ou utilidade prestada seja fruível singularmente, individualmente, pelo administrado. O autor destaca, ainda, que é o elemento formal, isto é, a submissão a um regime de Direito Público, que confere caráter jurídico à noção de serviço público, enumerando os ‘princípios que inexoravelmente terão de comparecer quando se esteja perante uma atividade qualificável como serviço público’: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impessoalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas; 10) princípio do controle (interno e externo) sobre as condições de sua prestação” (Ibidem, p. 665 e 672-673).

Para Eros Roberto Grau, serviço público é uma “atividade indispensável à consecução de coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.¹⁶⁰

Cirne Lima também formula noção substancial de serviço público aduzindo que é “o serviço existencial à Sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.¹⁶¹

Constata-se das diferentes noções dadas pela doutrina no decorrer do tempo, desde sua aceção clássica até os dias atuais, que a locução *serviço público* foi tomada em diferentes aceções e com préstimos e objetivos igualmente apartados.¹⁶²

É possível identificar nos conceitos de serviço público, tanto na doutrina nacional como na comparada, que ora ele foi tomado sob aceção subjetiva (noção ampla de serviço público, estendida a toda atuação administrativa pública), ora sob a objetiva, material (identifica atividades ou tarefas que, por terem certas características, devem ser consideradas atividades ou tarefas de serviço público) ou formal (identificação da atividade como de serviço público responde, essencialmente, ao regime jurídico a ela atribuído).¹⁶³

Diante da dificuldade em se formular o conceito de serviço público utilizando-se de um único critério – o que se baseia na presença do Estado (critério subjetivo), o que leva em conta a atividade desempenhada (critério objetivo material), ou o que fixa a sua atenção no regime jurídico especial (critério objetivo formal) –, os doutrinadores, em sua maioria, consideram imperiosa a união de dois ou três dos elementos enunciados para fazer emergir uma satisfatória noção de serviço público, dentro do contexto jurídico vigente.

¹⁶⁰ Constituição e serviço público. In: Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 257.

¹⁶¹ *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 82.

¹⁶² De noção sem maior importância à “pedra angular de todo o direito e especialmente do direito administrativo”, após critério de repartição de competência (dual), seguindo o instrumento necessário e essencial para a implementação material do Estado social, atualmente a noção de serviço público é mais restrita até porque atende a outras necessidades.

¹⁶³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968. p.139-173.

O Supremo Tribunal Federal não possui uma sistematização bem elaborada da noção de serviço público, havendo apenas menções esparsas, ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apreciada. Mostra-se relativamente comum, em julgados do Supremo, a referência aos serviços públicos como apenas aqueles reservados ao Estado, o que é natural, pois até mesmo a doutrina, em que se pressupõe a preocupação sistematizadora, por vezes se refere apenas a essa espécie de serviço público, ainda que não a considere a única, por ser a mais peculiar.¹⁶⁴

Com base no ordenamento jurídico nacional, serviço público é a atividade econômica em sentido amplo,¹⁶⁵ prestada para satisfazer necessidades de interesse público (critério material), de titularidade estatal (critério subjetivo), ainda que sem exclusividade, e submetida ao regime de direito público (critério formal). De outro lado, no Brasil, o serviço é público porque a lei atribuiu esse serviço ao Poder Público (art. 175 da CF).

Reserva-se, portanto, ao serviço público o campo das atividades materiais da administração,¹⁶⁶ consideradas pelo ordenamento jurídico, em um dado momento histórico, como essenciais para “satisfazer concretamente as necessidades coletivas, ampliando a esfera de desfrute de comodidades e utilidades materiais pelos administrados”.¹⁶⁷

De todas as conceituações citadas ficam ressaltados a importância do serviço e seu relevo para o corpo social, características que se encontram na base da noção de serviço público.

2 Serviço público e atividade econômica

A atividade econômica é própria dos particulares e submetida a regime de direito privado, e, apenas excepcionalmente, nos termos do art. 173 da CF, poderá ser desempenhada

¹⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 149.

¹⁶⁵ Há doutrinadores que entendem o serviço público como espécie de atividade econômica, para tanto classificam a atividade econômica em *atividade econômica em sentido amplo* (gênero), da qual o serviço público é espécie, e *atividade econômica em sentido estrito*. Nesse sentido, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.140.

¹⁶⁶ Distinguindo-se aqui de função pública; apartando-se das atividades judicante e legiferante.

¹⁶⁷ Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

pelo Estado. Os requisitos autorizadores da atuação estatal na seara de referida atividade são: *atender a imperativos da segurança nacional* ou a *relevante interesse coletivo*, conforme definidos em lei.

A atividade econômica está sujeita à livre iniciativa, o que não impede que, nos termos da lei, algumas dessas atividades (econômicas) necessitem de autorização governamental para sua exploração, constituindo-se, referida hipótese, em exceção prevista no art. 170 da CF. A necessidade de autorização não desnatura a natureza jurídica da atividade que continua a ser econômica e apartada do serviço público.

A Constituição Federal, conforme já exposto, não conceitua serviço público e também não o faz em relação à atividade econômica. No que se refere a serviço público, a Constituição forneceu alguns parâmetros conformadores da área definida como própria dos serviços públicos. A Constituição enumera várias atividades e as coloca na categoria de serviço público, algumas restritas ao Estado ou a quem lhe faça as vezes, outras públicas apenas quando pelo Estado exploradas, como o exemplo da educação, seguridade social e saúde.

As atividades econômicas são serviços privados, atividades privadas, não públicas; por sua vez, a noção do que seja atividade econômica não é exata, antes se insere na categoria dos conceitos fluidos, também conhecidos como indeterminados, da mesma forma que os serviços públicos.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, embora tais conceitos – indeterminados – comportem uma faixa de incerteza, é certo, entretanto, que existe uma zona de certeza positiva quanto à aplicabilidade deles e uma zona de certeza negativa quanto a não aplicabilidade deles. Vale dizer, em inúmeros casos ter-se-á certeza de que indubitavelmente se estará perante “atividade econômica”, tanto como, em inúmeros outros, indubitavelmente, não se estará “perante atividade econômica”.¹⁶⁸

O reconhecimento há de ser feito a lume de critérios e padrões vigentes em dada época e sociedade, ou seja, em certo tempo e espaço, de acordo com a inteligência que nela se

¹⁶⁸ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

faz do que sejam a “esfera econômica” (âmbito da livre iniciativa) e a esfera das atividades essenciais à sociedade em um momento dado, e que, por isto mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou por quem lhe faça as vezes (“serviços públicos”).¹⁶⁹

No mesmo sentido Fábio Konder Comparato ressalta que

[...] até hoje ninguém ainda conseguiu definir, precisamente, em que consiste a matéria econômica. Todos concordam, sem dúvida, com o fato de que a economia tem a ver com a produção e a distribuição da riqueza, a formação de preços, a determinação da renda nacional e o nível de emprego. A dificuldade principia, porém, quando se pensa que o próprio conceito de ‘riqueza’ – básico na história do pensamento econômico (lembre-se o título da célebre obra de Adam Smith) – tem evoluído e compreende hoje, além dos bens materiais, certos bens culturais, ademais de condições sociais de vida, tais como a educação, a saúde e a segurança pública.¹⁷⁰

Por sua vez, Marçal Justen Filho encontra como fator de distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público a “instrumentalidade da atividade em relação à realização de valores fundamentais, atinentes à dignidade da pessoa humana”.¹⁷¹ Explicita que o serviço público comporta atividades essenciais à satisfação imediata de valores fundamentais, relacionados com a dignidade da pessoa humana; já na atividade econômica em sentido estrito essa relação é mediata.

Importa ressaltar para os objetivos deste estudo que a diferença entre atividade econômica (art. 173 da CF) e serviço público (art. 175 da CF) reside no fato de que cada uma dessas categorias de atividades responde a um regime jurídico distinto, a primeira da livre iniciativa e livre concorrência – leis de mercado – e a segunda de direito público, sob prerrogativas e sujeições especiais; refere-se, portanto, “ao espaço público e não ao espaço privado”.¹⁷²

Deveras, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de serviço público tem íntima ligação com a concepção de Estado democrático, tratando-se de

¹⁶⁹ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 650-651.

¹⁷⁰ Fábio Konder Comparato. A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 263, 1990.

¹⁷¹ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 48.

¹⁷² Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 139.

atividade de importância ímpar e, portanto, assumida por ele e subtraída, em regra, do campo da livre iniciativa, o que acarreta o dever de oferta à sociedade nas melhores condições para que esta possa deles dispor. Nos dizeres do autor:

Com efeito, se estão definidos como instalados e residentes na esfera pública, de tal sorte que os administrados, como regra, só podem usufruí-los quando ofertados pelo próprio Estado ou quando este haja constituído terceiros no poder de prestá-los, precisamente por lhes reconhecer a mais extremada importância social, é óbvio que hão de ser oferecidos aos usuários em condições as mais favoráveis possíveis, caso contrário estar-se-ia impedido ou negando o desfrute de algo que foi havido como fundamental.

É esta elementar constatação que erige a “modicidade das tarifas”, quando prestada por particulares credenciados a fazê-lo, em princípio basilar do serviço público. Similarmente, a gratuidade do serviço ou a modicidade das taxas são obrigatórios quando o seu prestador for o Estado.¹⁷³

3 Possibilidade de caracterização infraconstitucional de uma atividade como serviço público

Sublinham Celso Antônio Bandeira de Mello, Benedicto Porto Neto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carmen Lúcia Antunes Rocha que a definição de serviço público cabe não apenas ao constituinte, mas também ao legislador infraconstitucional, respeitados os limites negativos (certos serviços não podem ser assim definidos) e positivos (certos serviços o são obrigatoriamente), previstos na Lei Magna. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] é realmente o Estado, por meio do Poder legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa.¹⁷⁴

¹⁷³ Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico financeiro do contrato, f. 52-64. In: André Castro Carvalho (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65, p. 55.

¹⁷⁴ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 640.

A ordem econômica se constitui em limite à liberdade do legislador nessa seara,¹⁷⁵ porque a atividade econômica é campo reservado ao setor privado, não podendo o legislador ordinário tornar letra morta o dispositivo constitucional que estatui como um de seus fundamentos¹⁷⁶ a *livre iniciativa* e como um de seus princípios, a *livre concorrência* (art. 170 da CF).

Comungando do entendimento de que cabe ao legislador, respeitada a Constituição, a eleição de quais atividades serão erigidas à categoria de serviço público, Luiz Antônio Rolim destaca: “são também considerados serviços públicos *stricto sensu* ou serviços públicos propriamente ditos aqueles que assim são definidos em lei. Para que assim seja considerado, a expressão serviço público deverá constar expressamente do texto legal, seja constitucional ou infraconstitucional”.¹⁷⁷ Ainda, *nada impede que os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios venham definir como serviços públicos quaisquer outras atividades, desde que isso lhes seja concorrente com a União (arts. 25 e 30 da CF) e o façam por meio de lei específica.*

Em sentido contrário, Fernando Herren Aguilar reputa ser impossível a criação legislativa de serviço público, afora os assim considerados pela Constituição Federal, em razão de não haver um conceito constitucional de serviço público, bem como tendo em vista que as atividades econômicas se dividem em serviço público e atividade econômica em sentido estrito.¹⁷⁸

Considerando a possibilidade de criação legislativa¹⁷⁹ de serviço público, para tanto, conforme a síntese doutrinária dos elementos dessa definição, é necessário que a atividade tenha uma “finalidade pública” ou, se se tratar de atividade econômica, não esteja entregue à atuação prioritária do particular, ou seja, não se constitua em atividade econômica em sentido estrito. É necessário também a *publicatio* da atividade (reserva de titularidade a favor do Estado), pois, caso contrário, não há a necessidade do recurso à concessão.

¹⁷⁵ Instituição de serviço público.

¹⁷⁶ Da ordem econômica.

¹⁷⁷ *A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo: RT, 2004. p. 41.

¹⁷⁸ *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 126.

¹⁷⁹ Atividade infraconstitucional.

Quase todas as correntes doutrinárias¹⁸⁰ convergem para o entendimento de que o legislador ordinário tem competência para criação de serviços públicos, mas distanciam-se nos limites para tanto. Os limites para os formalistas decorrem do regime normativo; para os essencialistas da própria atividade, sua natureza já indica que o serviço é público.

Com efeito, há uma certa margem de liberdade ao legislador ordinário para que, respeitados os limites constitucionais – não desnaturando as atividades que são serviços públicos em razão do próprio texto constitucional¹⁸¹ – e as que jamais poderiam sê-lo por se caracterizarem como atividade econômica em sentido estrito, alce atividades à categoria de serviço público,¹⁸² na medida em que “a enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva – tome-se como exemplo o serviço funerário municipal”.¹⁸³

Quanto à qualificação de uma atividade como serviço público exclusivamente em razão de sua natureza, a inegável mutabilidade do rol de serviços públicos no tempo e no espaço demonstra, por si só, a equivocidade da premissa. Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha: “É certo que nem o que se considerou serviço público foi mantido identificado como tal no tempo, nem há unanimidade sobre as atividades consideradas pelas diferentes sociedades como dotadas daquela qualidade jurídica”.¹⁸⁴

Após tecidas as considerações sobre a noção de serviço público, apartando-o da atividade econômica em sentido estrito, é possível traçar a noção de serviço público de operação e gestão de rodovias.

¹⁸⁰ Aqui consideradas as subjetivistas (orgânicas) e as objetivistas (material ou formal).

¹⁸¹ Arts. 21 (e as simétricas aos Estados e Municípios – art. 30), 194, 196, 203, 205 e 208 da CF.

¹⁸² Nesse sentido, a lição de Ubirajara Costódio Filho: “Outrossim, como é reconhecida ao Legislador competência para estabelecer novos serviços públicos por lei, o que hoje é qualificado ‘atividade econômica’, amanhã poderá tornar-se ‘serviço público’” (Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 200, jul.-set. 2006).

¹⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 635.

Registre-se que o STJ entende que a exploração de serviço funerário se constitui em serviço público, nesse sentido REsp 622.101, 1.ª T., rel. Min. José Delgado v.u., j. 20.04.2004.

¹⁸⁴ *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.13.

4 Noção do serviço público de operação e gestão de rodovias

A infraestrutura rodoviária, conforme já exposto na introdução deste trabalho, repercute diretamente nas atividades econômicas desenvolvidas no Brasil, por exemplo, no transporte de cargas, responsável por grande parte do escoamento dos produtos agrícolas e industriais, bem como no transporte de passageiros, produzindo reflexos sociais, porquanto vias mal projetadas e conservadas aumentam o consumo de combustível, os custos operacionais das empresas e o número de acidentes.

Nesse sentido, a infraestrutura logística de transportes é determinante para o desenvolvimento de uma região, visto que um dos fatores avaliados pelos investidores no momento da aplicação de seus recursos é o custo do escoamento de seus produtos, o que acaba por favorecer as localidades servidas com as rodovias melhor projetadas e conservadas, pois permite o escoamento rápido e eficiente da produção.

Dessa forma, o investimento em infraestrutura rodoviária é fundamental para o desenvolvimento do País, bem como para possibilitar o cumprimento dos objetivos traçados no art. 3.º, incisos II e III, da CF.

A atividade de operação e gestão de rodovias tem interesse e relevância coletiva e abrange não só a conservação, manutenção e a ampliação das vias públicas, como o apoio ao usuário e a regulação do tráfego. Por essa razão, busca a satisfação do interesse da coletividade, não se resumindo à satisfação do usuário de determinada rodovia.

De outro lado, a legislação que cuida da exploração da malha rodoviária no Brasil, especialmente no âmbito federal, alçou a atividade de operação de rodovias à categoria de serviço público. A Lei federal 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, em seu art. 1.º, estatui:

Art. 1.º Sujeita-se ao regime de concessão, ou quando couber, de permissão, nos termos da Lei n.º 8.987/95, 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

[...]

IV – vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública.

Por sua vez, a Lei federal 9.491, de 09.09.1997, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, estabelece em seu art. 2.º, inciso III,¹⁸⁵ serem objeto de desestatização os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização. O Decreto federal 2.444/1997 inseriu nesse programa vinte trechos rodoviários, entre os quais os já concedidos na forma da Lei 9.277/1996, conferindo ao Ministério dos Transportes a responsabilidade pela execução e acompanhamento do processo de desestatização, sob supervisão do Conselho Nacional de Desestatização.

A Lei federal 10.233, de 05.06.2001 – que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências –, atribui à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a competência para o conjunto de iniciativas associadas à outorga de concessão no setor rodoviário.

O art. 2.º da Lei 10.233/2001 preceitua que o Sistema Nacional de Viação (SNV) é constituído pela infraestrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transportes de pessoas e bens. O art. 4.º, por seu turno, estabelece os seus principais objetivos.¹⁸⁶ Os seus parágrafos primeiro e segundo definem o que deve ser entendido como infraestrutura viária adequada e operação racional e segura.¹⁸⁷

Da definição de infraestrutura adequada e operação racional e segura constatamos que a exploração da infraestrutura rodoviária federal, utilizando a terminologia da Lei, envolve o gerenciamento eficiente da via, de sua manutenção e operação. Pela Lei, o núcleo

¹⁸⁵ Art. 2.º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta lei:

III – serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização.

¹⁸⁶ Art. 4.º São objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação:

I – dotar o país de infra-estrutura viária adequada;

II – garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens;

III – promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.

¹⁸⁷ § 1.º Define-se como infra-estrutura viária adequada a que torna mínimo o custo total do transporte, entendido como a soma dos custos de investimentos, de manutenção e operação dos sistemas.

§ 2.º Entende-se como operação racional e segura a que se caracteriza pela gerência eficiente das vias, dos terminais, dos equipamentos e dos veículos, objetivando tornar mínimos os custos operacionais e, conseqüentemente, os fretes e tarifas, e garantir a segurança e confiabilidade do transporte.

da atividade é a operação de um sistema viário, que se constitui em um serviço público. Essa conclusão é reafirmada pela literalidade do disposto no seu art. 28, I, *verbis*:

Art. 28 A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos artigos 13 e 14, visando que:
I – a exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas.

Da leitura do dispositivo legal supratranscrito decorre que a exploração da infraestrutura está submetida aos mesmos princípios operativos da prestação dos serviços públicos sintetizados na Lei 8.987, de 13.12.1995, art. 6.º, § 1.º.¹⁸⁸

De outra parte, a partir da Lei Complementar 100, de 2.12.2000, art. 3.º, item 101, atualmente Lei Complementar 116, de 31.07.2003, itens 22 e 22.1,¹⁸⁹ a exploração de rodovias mediante a cobrança de pedágios aos usuários, com a prestação de serviços de conservação, manutenção e afins, é fato gerador do Imposto Sobre Serviços (ISS), de competência municipal, nos termos do art. 156, III, da CF.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Art. 6.º Toda a concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e nos respectivos contratos.

§ 1.º O serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

¹⁸⁹ O rol de serviços, item 22.01, prevê expressamente que: “Serviços de exploração de rodovias mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo a execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramento para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoramento, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais”.

¹⁹⁰ Nesse sentido, transcrevemos ementa do julgamento da Apelação Cível 770.792-5/2-00, 15.ª-B Câmara de Direito Público, TJSP, j. 21.08.2009:

APELAÇÃO CÍVEL. Apela o Dersa contra a incidência de ISSQN sobre o pedágio alegando, resumidamente, que o fato gerador do tributo é a prestação de serviço e o contribuinte é o prestador, o que não ocorre com o apelante porque não presta nenhum serviço.

[...]

Do fato gerador e do contribuinte do ISSQN

Pela LC 116/03, o fato gerador é a prestação do serviço (*caput* do art. 1.º) sendo o prestador o contribuinte (art. 5.º), todavia, anteriormente a exploração de rodovia não se constituía serviço tributável, motivo pelo qual a própria lei prevê (§ 3.º do art. 1.º) que o ISSQN incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

O rol de serviços também prevê expressamente o seguinte:

22.01 – Serviços de exploração de rodovias mediante a cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo a execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para a adequação de

Conforme premissa anteriormente adotada, a noção de serviço público é essencialmente evolutiva e “*varia* segundo as exigências de cada povo e de cada época,¹⁹¹ e o que caracteriza determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.¹⁹²

Ademais, existe a possibilidade de o legislador ordinário alçar à categoria de serviço público uma dada atividade, considerada essencial à satisfação das necessidades coletivas em dado momento, desde que respeitados os limites constitucionais para tanto.

Dentro dessa ordem de ideias, constatamos que o legislador infraconstitucional elevou a atividade de gestão e operação de rodovias à categoria de serviço público, o que se deu sob o influxo da decisão político-administrativa de transferência do exercício dessa atividade ao setor privado.

Pensamos que está presente no caso (na atividade de operação e gestão da malha viária) um serviço de interesse geral, com vínculo orgânico com o Estado e sujeito a regime especial.

capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou permissão ou em normas oficiais.

Em duas hipóteses há a incidência do imposto em mais de um Município, sendo que uma delas é justamente o caso dos de ‘exploração de rodovias mediante a cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo a execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para a adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou permissão ou em normas oficiais’, uma vez que considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja a extensão de rodovia explorada.

[...]

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação” (grifos no original).

¹⁹¹ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.295.

¹⁹² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 153.

III

O ENQUADRAMENTO DAS CONCESSÕES NO SETOR RODOVIÁRIO DE INFRAESTRUTURA COMO CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

1 Características das concessões no setor rodoviário brasileiro

A retomada das concessões de rodovias no Brasil, conforme já exposto inicialmente, está inserida em um contexto de crise fiscal e financeira do Estado de caráter conjuntural. Nesse sentido, o Estado brasileiro utilizou a concessão não só como forma de financiamento dos projetos, mas, igualmente, como instrumento de captação de recursos públicos.¹⁹³

O fenômeno pode ser percebido pela adoção, como regra, do critério da maior oferta para a seleção da proposta mais vantajosa ou deste com outro de natureza técnica; raramente adotou-se o critério exclusivo da menor tarifa.¹⁹⁴

As concessões no setor têm por base uma infraestrutura já existente (visam, principalmente, à operação e à manutenção de rodovias), mesmo considerando a implementação de obras de grande vulto como a pista descendente da Rodovia dos Imigrantes, o prolongamento da Rodovia dos Bandeirantes, as marginais da Rodovia Castelo Branco, a duplicação da Rodovia Presidente Dutra, a construção da Terceira Ponte de Vitória e a construção da Linha Amarela.

¹⁹³ Nesse sentido, Marçal Justen Filho. Concessões de rodovias: a experiência brasileira. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 240. “[...] a concessão das rodovias funcionou, em inúmeros casos, como instrumento de captação de recursos públicos para compensar déficits públicos relevantes.”

¹⁹⁴ As licitações relativas às concessões já outorgadas pelo Programa de Concessões de Rodovias Federais foram definidas pela menor tarifa, critério que será observado também nas licitações que constituem a Segunda Etapa desse Programa; as realizadas pelos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro optaram pelo maior valor da outorga; no caso do Paraná e do Rio Grande do Sul, a seleção teve por base o trecho assumido para manutenção pelo licitante” (Eduardo Augusto Guimarães. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil*. In: Mario Gomes Schapiro (Org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121).

Referido fato (as concessões abarcarem rodovias cuja infraestrutura básica já estava pronta) pode também explicar, com a questão fiscal-orçamentária, a adoção do critério da maior oferta para a seleção da proposta mais vantajosa, pois as concessionárias receberam grande parte da infraestrutura pronta, não necessitando investir, de imediato, em grandes obras de infraestrutura.

As concessões no setor rodoviário, até o presente momento, não só partiram, como regra, de uma infraestrutura básica preexistente, como tiveram por objeto rodovias autossustentáveis.¹⁹⁵

Em razão desses fatores, as outorgas se deram por intermédio das modalidades concessórias instituídas pelas Leis federais 8.987/1995 e 9.074/1995, ou seja, da chamada “concessão comum”, segundo a terminologia adotada pela Lei 11.079, de 30.12.2004.

Citamos como exemplos de programas de concessão rodoviária pautados no modelo autossustentável de rodovias os que se deram nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo, além do programa federal.

O programa de concessões de rodovias no Rio Grande do Sul teve início em 1995. Os lotes de rodovias foram definidos por polos. O polo, no caso, consiste na definição de um ponto central para o qual convergem pelo menos três rodovias com cobrança de pedágio. Adotou-se o modelo de subsídio cruzado, em que as rodovias com menor volume de tráfego são mantidas, também, por aquelas que apresentam volumes maiores. Em 1996, os polos foram localizados em 25% do território do Estado, em uma área que inclui aproximadamente 50% da população e do PIB.

A tarifa foi determinada pelo Poder Concedente, e o vencedor da licitação foi quem ofereceu a maior rede de rodovias a ser atendida no polo. Foram licitados 8 (oito) polos.

Segundo dados obtidos junto à Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias e ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, foram licitados no Rio Grande

¹⁹⁵ Serviço-público econômico autossustentável.

do Sul os polos de Carazinho (250,4 km de rodovias, tarifa no ano de 2009 de R\$0,0958/km), Caxias do Sul (173,7 km de rodovias, tarifa no ano de 2009 de R\$ 0,1381/km), Gramado (144,9 km de rodovias, tarifa no ano de 2009 de R\$0,1387/km), Lajeado (317,8 km de rodovias, tarifa para o ano de 2009 de R\$0,1133/km), Metropolitano (535,9 km de rodovias, tarifa para o ano de 2009 de R\$0,0447 km), Santa Cruz do Sul (208 km de rodovias, tarifa para o ano de 2009 R\$0,0865/km), Santa Maria (256,2 km) e Vacaria (132,7 km de rodovias, tarifa para o ano de 2009 de R\$0,1356/km). O prazo dos contratos para todos foi fixado em 15 anos.

O Paraná iniciou as concessões de rodovias no ano de 1997. Foram licitados seis lotes de rodovias. O critério para determinar o vencedor foi o da maior oferta de quilômetros em trechos de acesso, sem elevar a tarifa. Os prazos dos contratos foram fixados todos em 24 anos.

O Estado de São Paulo, por sua vez, apresenta o maior programa estadual de concessões de rodovias. A partir de 1998, foram transferidos à iniciativa privada 5.215 km de rodovias.¹⁹⁶

O objetivo das concessões foi viabilizar investimentos em infraestrutura rodoviária por meio da recuperação, ampliação, manutenção, conservação e operação das rodovias autossustentáveis, permitindo o investimento público em rodovias que não sejam viáveis para o investimento privado.

A 1.^a Etapa de concessões constitui-se de concessões onerosas (tarifa fixada pelo Poder Concedente, com pagamento de outorga pela concessionária ao Estado pelo direito de explorar o serviço). O critério para licitação foi definido como o da oferta de maior outorga. Esta 1.^a etapa foi composta de 12 trechos, com 3.500 km no total. Os contratos foram firmados com prazo de vigência de 20 anos, exceto em relação a um dos trechos, cujo prazo foi estabelecido em 28 anos.

No ano de 2005, em razão da necessidade de reequilibrar a equação econômico-financeira dos contratos, os seus prazos foram ampliados, com aumento de um a 8 anos em média, excetuando-se dois contratos cujos prazos não foram alterados.

¹⁹⁶ Artesp, 2009.

A 2.^a etapa do programa de concessões de rodovias em São Paulo teve início com a licitação do Rodoanel Mário Covas – Trecho Oeste, em março de 2008. Foi utilizado o modelo de concessão onerosa. O valor da outorga fixa de R\$ 2 bilhões, a ser pago em dois anos pela concessionária vencedora da licitação e utilizado, segundo o programa de concessões, na construção do Trecho Sul do próprio Rodoanel, atualmente em via de finalização (construído com recursos do Estado e da União).

Em outubro de 2008 foi realizada a 2.^a fase da 2.^a etapa do programa de concessões paulista, com cinco lotes de rodovias, totalizando 1.715 quilômetros de rodovias principais e 917 quilômetros de rodovias vicinais. O valor auferido de outorga fixa foi de R\$ 4,2 bilhões, que deverão ser pagos em dois anos.

Em 28.12.2009 foi publicado o Decreto estadual 55.268, autorizando a concessão onerosa dos serviços públicos de exploração da infraestrutura de transportes, que compõe o Trecho Sul, e a construção do Trecho Leste do Rodoanel. O processo de licitação ainda está em curso.

No tocante às concessões das rodovias federais, a 1.^a etapa do programa se deu em 1995, com cinco trechos rodoviários. As outorgas foram gratuitas, ou seja, sem a cobrança de ônus pelo direito de explorar o serviço. Esta 1.^a etapa apresentou contratos com prazos diferentes.

Licitado em 1998 pelo governo estadual do Rio Grande do Sul, o Polo de Pelotas teve sua regulação transferida à esfera federal no ano de 2000. Com a transferência, o prazo da concessão, que anteriormente era de 15 anos, foi prorrogado por mais dez anos, além de receber um incremento de 2,33 anos para sanar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O tempo decorrido entre a assinatura do contrato, em 1998, e o início da concessão, em 2000, e a inserção de 72 km na extensão total do polo, foram os fatos causadores do desequilíbrio.

O leilão da 2.^a etapa do programa federal de concessões de rodovias se deu no ano de 2007, cujo critério da outorga foi o da menor tarifa. O leilão realizado na Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) contou com a participação de 29 grupos de investidores, que fizeram suas ofertas em sete lotes rodoviários, totalizando 2.600 km.

A 3.^a etapa do programa federal de concessões rodoviárias iniciou-se em janeiro de 2009. A ANTT licitou as rodovias BR-116, BR-324, BA-526 e BA-528, todas na Bahia, com 680,6 km de extensão. O prazo contratual foi estabelecido em 25 anos. O leilão foi realizado na Bovespa e contou com dois grupos proponentes.

Cabe destacar que razões de natureza econômica e jurídica, entre elas a exigência de investimentos de grande monta em infraestrutura para viabilizar a prestação do serviço, a impossibilidade da amortização e remuneração desse mesmo investimento exclusivamente por intermédio da exploração do serviço, podem justificar a decisão administrativa de outorga do serviço, no setor rodoviário, recorrendo-se não mais à “concessão comum”. Pois bem,

[...] considerando-se que a concessão se aproxima do financiamento de um projeto, com o qual tem analogias, há evidentemente hipóteses em que o projeto – em que se dá a concessão – não oferece necessariamente, ao investidor, todas as garantias que permitam ou justifiquem o autofinanciamento, sem qualquer margem de risco.¹⁹⁷

No setor rodoviário a transferência da exploração do serviço, até o momento, se deu, como regra, na modalidade de “concessão comum”, disciplinada pelas Leis federais 8.987/1995 e 9.074/1995. De qualquer sorte, a depender do caso concreto, à luz dos fatos e circunstâncias, em regra ligados à rentabilidade do empreendimento, referida outorga pode perfeitamente seguir as regras instituídas pela Lei federal 11.079/2004.

2 A concessão de rodovias como concessão de serviços públicos

A questão da qualificação da atividade, gestão e operação da malha viária como serviço público é relevante, pois da sua inclusão ou exclusão na espécie concessão de serviço público advém diferentes consequências, relativas ao regime jurídico no qual se encaixa (por exemplo, a possibilidade de responsabilidade objetiva do concessionário, art. 37, § 6.º, da CF/1988).¹⁹⁸

¹⁹⁷ Arnaldo Wald; Luiza Rangel de Moraes; Alexandre de M. Wald. *O direito de parcerias e a lei de concessões*: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 95.

¹⁹⁸ Flavio Amaral Garcia explica que “a responsabilidade do concessionário prestador de serviço público perante os usuários é objetiva, a teor do disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. Significa dizer que prescinde de comprovação e culpa do agente, bastando a demonstração do dano e do nexo causal. Portanto, o que se vê é que o regime de responsabilidade extracontratual se identifica com a noção

Sob esse aspecto, caracterizada como concessão de serviço público a delegação¹⁹⁹ da exploração das rodovias à iniciativa privada – serviço público de operação rodoviária –, os usuários estariam protegidos não só pela Lei consumerista, mas, igualmente, pela norma protetiva da Lei de Defesa do Usuário, prevista no art. 37, § 3.º, da CF/1988, que disciplinará, quando editada, especialmente as matérias elencadas nos incisos do mesmo artigo constitucional.²⁰⁰

Outra consequência não menos importante de considerar que a exploração da malha rodoviária não se ajusta à espécie concessão de *serviço público* é a desoneração do Poder Concedente e do concessionário do dever de modicidade das tarifas, inerente ao regime jurídico da prestação dos serviços públicos. Nos dizeres de Flavio Amaral Garcia,

[...] o entendimento de que as rodovias administradas por particulares seriam meras concessões de uso produziria uma consequência nefasta: a não aplicação do regime instituído pela Lei n.º 8.987/95, que, por ter uma sistemática e um tratamento negocial, é a mais apropriada para concessões de grande porte, como é o caso das que envolvem rodovias.²⁰¹

Decorre, igualmente, da qualificação da concessão de referida atividade como de serviço público, ou não, a sua identificação dentro do capítulo da “Ordem Econômica”, ou seja, se estará adstrita ao disposto no art. 175 ou ao art. 173 da CF.

Afastando a concessão da malha viária como concessão de serviço público e identificando-a com a modalidade exploração de bem público,²⁰² a prestação a ela (concessão da exploração de bem público) agregada terá a natureza de atividade econômica em sentido estrito.

de Administração Pública em sentido objetivo, ou seja, com a atividade administrativa desenvolvida, não transmutando-se em razão do sujeito que exerce a função administrativa (Administração Pública em sentido objetivo). A responsabilidade do Estado, na qualidade de Poder concedente, é de natureza subsidiária, ou seja, somente na hipótese do concessionário não dispor de meios próprios para arcar com a indenização é que o ente público será responsabilizado” (*Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 116).

¹⁹⁹ Terminologia adotada pela Lei federal 8.987/1995, art. 2.º, II.

²⁰⁰ Art. 37. [...]

§ 3.º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informação sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII;

III – A disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

²⁰¹ *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 53.

²⁰² Ou de domínio público.

A regulação estatal²⁰³ será diversa, quer se trate de atividade econômica, quer se trate de serviço público.²⁰⁴

Tratando-se de serviço público, a regulação tem como escopo primordial assegurar ao usuário a prestação de um serviço adequado (art. 175, parágrafo único, IV, da CF). Referido objetivo poderá ser atingido pela competição, nos serviços que assim o permitem, ou por outros mecanismos regulatórios,²⁰⁵ nos casos em que a concorrência é materialmente impossível,²⁰⁶ por exemplo, nos de monopólios naturais.²⁰⁷

²⁰³ Adota-se o conceito, em sentido lato, de regulação formulado por Calixto Salomão Filho, para quem regulação “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia. A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula a sua utilização – impondo preços, quantidade produzida, etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15).

²⁰⁴ Aponta Leila Cuéllar que: “A regulação estatal no domínio das atividades reservadas à iniciativa privada (atividade econômica em sentido estrito), em que há liberdade de iniciativa e de concorrência, circunscreve-se, em princípio, à manutenção das regras de competição entre os particulares.

Já na seara dos serviços públicos, em que há submissão aos princípios relativos ao regime jurídico de direito público, cabe ao Estado disciplinar integralmente a atuação pública, isto é, a prestação do serviço, ainda que desenvolvida por particulares” (*As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 54).

²⁰⁵ A licitação, porquanto pressupõe competição pelo direito de celebrar um contrato com o Poder Público, torna-se instrumento de regulação. A escolha do administrador pelo tipo de licitação, ou melhor, pelo critério de julgamento, também reflete opção regulatória. Por sua vez, a modelagem do contrato de concessão igualmente se configura técnica de regulação.

“De fato, o processo licitatório não é suficiente para impedir que o poder discricionário do concessionário monopolista seja exercido em detrimento do usuário da rodovia – por exemplo, pela não-observância das cláusulas contratuais da concessão ou mesmo pela deterioração das condições de prestação do serviço sem descumprimento do contrato. O recurso a concorrência *pelo* mercado não dispensa, portanto, a ação de supervisão da agência reguladora. Além disso, a atividade reguladora deve ainda substituir a concorrência *no* mercado na sua função de mecanismo de ajuste das condições de operação das empresas e do mercado, em face de eventuais alterações no ambiente econômico – ajuste que, nos mercados regulados, tende a ser bloqueado pelas próprias normas e restrições definidas pelo marco regulatório.

Nesse sentido, a ação regulatória do Poder Público deve contemplar os dois mercados, observando diferentes enfoques em cada um deles.

Em relação ao mercado do uso das rodovias (que envolve a disponibilização de infra-estrutura para o deslocamento de veículos), a atuação governamental deve (i) traduzir-se na supervisão da operação do concessionário, tendo em vista coibir o exercício ilimitado do seu poder de monopólio e proteger o usuário, aproximando-se assim do enfoque de defesa do consumidor, bem como (ii) substituir a concorrência na função de mecanismo de ajuste do mercado ante mudanças no ambiente econômico, tendo em vista preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço” (Eduardo Augusto Guimarães. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil*. In: Mario Gomes Schapiro (Org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119-120).

²⁰⁶ Quer em razão dos custos na exploração da atividade, quer em razão de aspectos físicos do setor, por exemplo, existência de fontes de insumos únicas.

²⁰⁷ Monopólio natural é espécie do gênero monopólio. Monopólio, em linhas gerais, é a estrutura em que existe um único fornecedor do produto no mercado, sem que este possa ser substituído. Há controle da oferta do produto pelo agente econômico. Monopólio natural dá-se quando o suprimento do mercado por intermédio da produção de uma única empresa permite minimizar o custo do bem ou serviço produzido.

Em matéria de concessão de rodovias, a sua exploração pela iniciativa privada se dá em regime de privilégio, exclusividade. Nesse sentido, Eduardo Augusto Guimarães:

[...] ao longo das últimas décadas, a construção das rodovias pelo setor público e seu uso gratuito têm dado lugar, pontualmente, à cobrança de pedágio e, complementarmente, à privatização, por meio da construção e/ou exploração da rodovia por concessionários. A cobrança de pedágio transforma o uso da rodovia em mercadoria e, portanto, dá origem a um mercado – que se caracteriza como um monopólio natural.²⁰⁸

Por outro lado, a regulação nas atividades econômicas tem distinto objetivo, qual seja o de assegurar a livre iniciativa, proteger o consumidor, preservar a competição e garantir a livre concorrência.²⁰⁹ A competição também passou a integrar o regime de exploração indireta de serviços públicos, passando, atualmente, o regime de privilégio a ser excepcional.

A exploração de concessão de uma rodovia é atividade econômica (em sentido amplo) distinta da elaboração de projetos e execução de obras rodoviárias; o gerenciamento de obras rodoviárias compõe, sem dúvida, as muitas atividades cuja responsabilidade é transferida ao particular, administrador da rodovia.²¹⁰

Cuidando do tema, Flavio Amaral Garcia aduz que, quer durante a execução das obras, quer após o seu término, em matéria de concessão de rodovias, existe sempre a exploração de um serviço,

[...] já que o núcleo da atividade do concessionário passa a ser a operação de um determinado sistema viário. Essa noção de operação engloba a conservação e manutenção da rodovia, a realização de melhoramentos para

²⁰⁸ Eduardo Augusto Guimarães. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In: Mario Gomes Schapiro (Org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109.

²⁰⁹ Arts. 1.º, 170 e 173, todos da CF/1988.

²¹⁰ Dificilmente, hoje, haveria uma obra pública que pudesse ser explorada sem o correspondente serviço. A ampliação da demanda, provocada pelo crescimento da população, paralelamente ao aumento do nível de exigência dos usuários, faz com que a manutenção e a operação da obra venham a se constituir no serviço desejado pelo público, sem o qual seria impossível a utilização da própria obra. Veja-se o exemplo da Ponte Rio–Niterói: o número de veículos que dela se utilizam é tão intenso que o controle do tráfego precisa ser feito com extremo cuidado, com utilização de computadores, painéis eletrônicos, socorros de emergência etc., de forma a possibilitar a sua plena utilização pelos usuários. O mesmo acontece com as estradas, viadutos, túneis e a maioria das obras públicas destinada ao uso dos cidadãos: sem o serviço correspondente à sua adequada manutenção e operação torna-se inviável a sua utilização (Eurico de Andrade Azevedo; Maria Lúcia Mazzei de Alencar. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18).

adequação de capacidade e segurança de trânsito, assistência aos usuários, prestação de serviços adicionais (tais como guincho, reboque etc.) e outros mais definidos no contrato.²¹¹

Conforme salientado, a legislação cuida da exploração da malha rodoviária no Brasil, especialmente no âmbito federal, como concessão de serviço público. A Lei federal 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, em seu art. 1.º, estatui:

Art. 1.º Sujeita-se ao regime de concessão, ou quando couber, de permissão, nos termos da Lei n.º 8.987/95, 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

[...]

IV – vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública.

Flavio Amaral Garcia considera que não faria sentido nenhum interpretar a expressão legal, constante do inciso IV da referida Lei – “vias federais” –, como sinônimo de obra, sob pena do completo esvaziamento da expressão final “precedidas ou não da execução de obras públicas”.²¹²

No Estado de São Paulo, as concessões de rodovias também são disciplinadas como concessão de serviço público, o que ocorre desde o final da década de 70.

Os Decretos 12.000 e 12.001, ambos de 02.08.1978, que dispunham sobre a concessão de trechos de rodovias à Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S.A., estabeleciam textualmente que o objeto da concessão era a execução do serviço público estadual rodoviário.²¹³

O mesmo se deu nos Decretos 27.962, de 15.12.1987, e 33.692, de 21.08.1991, que também dispunham sobre a concessão de trechos de rodovias ou de rodovias à Dersa, respectivamente nos arts. 7.º e 6.º.²¹⁴

²¹¹ *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 48-53.

²¹² *Idem*, *ibidem*, p. 50.

²¹³ Art. 6.º Na execução do serviço público estadual rodoviário objeto do presente Decreto, observar-se-á, também, no que couber, os termos do contrato de concessão n.º 2.288, de 30 de setembro de 1969, constante do processo 133.281-DER-69.

²¹⁴ Art. 7.º Na execução do serviço público estadual rodoviário objeto do presente Decreto, observar-se-á, também, no que couber, os termos do contrato de concessão n.º 2.288, de 30 de setembro de 1969, constante do processo n.º 133.281-DER-69.

A Lei estadual 7.835, de 08.08.1992, que dispõe sobre o regime de concessões de obras públicas, de concessão e de permissão de serviços públicos, atribui ao Governador do Estado a competência para tomar as decisões quanto às áreas de atuação estatal suscetíveis de serem dadas em concessão, conforme art. 3.º, parágrafo único.²¹⁵

Assim, o Decreto estadual 40.000, de 16.03.1995, instituiu o Programa Estadual de Participação da Iniciativa Privada na Prestação de Serviços Públicos e na Execução de Obras de Infraestrutura, estabelecendo como um de seus objetivos propiciar à iniciativa privada a prestação de serviços públicos e a execução de obras de infraestrutura, sob o regime jurídico administrativo adequado (art. 2.º, I),²¹⁶ cabendo ao Governador do Estado a determinação dos projetos que integram o programa (art. 5.º).²¹⁷

O Decreto estadual 40.633, de 16.01.1996,²¹⁸ inseriu no Programa de Desestatização cinco rodovias, autorizando a abertura de licitação, na modalidade concorrência, de âmbito internacional, para a concessão onerosa dos serviços públicos de exploração da malha rodoviária, nos termos da Lei federal 8.987/1995 e da Lei estadual 7.835/1992.

Foi, então, criada pelo Decreto 40.672, de 16.02.1996,²¹⁹ a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Contratos de concessões onerosas dos serviços públi-

Art. 6.º Na execução do serviço público estadual rodoviário objeto do presente Decreto, observar-se-á, também, no que couber, os termos do contrato de concessão n.º 2.288, de 30 de setembro de 1969, constante do processo n.º 133.281-DER-69.

Parágrafo único. Dentro de 120 dias, contados da publicação deste decreto, a Secretaria da Infra-estrutura Viária, à vista da Legislação Estadual específica, promoverá a atualização dos termos do contrato de concessão referido neste artigo, cuja minuta submeterá à aprovação do Senhor Governador do Estado.

²¹⁵ Art. 3.º A concessão de obra e de serviço público, subordinada à existência de interesse público previamente justificado, será sempre precedida de licitação, na modalidade de concorrência.

Parágrafo único. O Governador do Estado, mediante ato próprio ou por delegação, definirá o objeto a área de atuação o prazo e as diretrizes que deverão ser observados no edital de licitação e no contrato, inclusive as situações de eventual ocorrência de subconcessão de serviços.

²¹⁶ Art. 2.º São objetivos do Programa:

I – propiciar à iniciativa privada a prestação de serviços públicos e a execução de obras de infra-estrutura, sob o regime jurídico administrativo adequado.

²¹⁷ Art. 5.º O Governador do Estado, mediante ato próprio, determinará os projetos que deverão integrar o Programa.

²¹⁸ Art. 1.º Fica autorizada a abertura de licitação, nos termos do art. 5.º, da Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e do art. 3.º, parágrafo único, da Lei Estadual n.º 7.835, de 8 de maio de 1992, na modalidade de concorrência, de âmbito internacional para a concessão onerosa dos serviços públicos de exploração da malha rodoviária pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER, composta dos seguintes trechos: [...]

²¹⁹ Que dispõe sobre Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos dos Sistemas Rodoviários.

cos para a exploração dos sistemas rodoviários, nos termos exigidos pelo art. 36 da Lei estadual 7.835, de 08.05.1992.

Seguiu-se uma sucessão de decretos que têm por objeto a aprovação dos respectivos Regulamentos das Concessões dos Serviços Públicos de Exploração dos Vários Sistemas Rodoviários que compõem a 1.^a e a 2.^a etapas do Programa de Concessão Rodoviária do Estado de São Paulo, sempre cuidando do tema como concessão de serviços públicos.

Seguindo a mesma trilha, foi editada a Lei Complementar estadual 914, de 14.01.2002, que cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp), cuja finalidade é regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria do Estado de Transportes, art. 1.^o, sendo de sua competência, entre outras, a atividade de regulação dos contratos que têm por objeto a prestação dos serviços públicos de exploração da malha rodoviária, na forma do Decreto estadual 46.708, de 22.04.2008.

O art. 3.^o da Lei Complementar estadual 914/2002 estabelece os objetivos fundamentais da Artesp e, entre eles, está o de estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Exatamente como no âmbito federal, os princípios que regem a exploração da infraestrutura rodoviária no Estado são os mesmos princípios operativos da prestação dos serviços públicos sintetizados na Lei 8.987, de 13.12.1995, art. 6.^o, § 1.^o.

Da leitura dos editais e contratos referentes ao setor rodoviário no Estado infere-se que o serviço público de exploração de rodovias se constitui em diferentes atividades, e entre elas estão a execução de obras de infraestrutura, bem como a implementação de sistema interligado de câmeras de televisão, controladores de tráfego, estações meteorológicas, telefones de emergência, painéis de mensagens interligados por redes de fibra óptica e centro de controle operacionais. Além do serviço de atendimento ao usuário (SAU), deve contar, 24 horas/dia, com inspeção de tráfego, socorro médico e mecânico, guinchos leves e pesados

e veículos para a apreensão de animais, cabendo à concessionária o dever de fiscalizar a rodovia que envolve, inclusive, as divisas dos imóveis lindeiros.²²⁰

A prestação do serviço de exploração da malha rodoviária, portanto, envolve uma grande variedade de ações por parte do gestor. Nos contratos de concessão recentemente firmados pela União e por diversos Estados,²²¹ consta um conjunto de tarefas a serem cumpridas pela concessionária, englobando a realização de investimentos com escopo de recuperação e/ou ampliação da malha, da operação da rodovia e da prestação de serviços inerentes às necessidades dos usuários, com padrões de qualidade, em troca de sua exploração, em regra, pela cobrança de pedágio, por um prazo fixo que varia de 20 a 30 anos.²²²

²²⁰ Disponível em: <www.artesp.sp.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2009.

²²¹ A.C. Pinheiro. Reforma regulatória na infra-estrutura brasileira: em que pensamos? In: L.H. Salgado; R.S. Motta. *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005. 163-197, p. 169.

²²² Citam-se como exemplo de serviço público de operação de rodovias os descritos nos arts. 4.º e 5.º do Decreto estadual 52.467, de 11.12.2007, que aprova o regulamento da concessão do Trecho Oeste do Rodoanel Mario Covas.

Artigo 4.º Os serviços e demais atividades operacionais a serem executadas no Sistema Rodoviário são classificados em:

- I – Delegados;
- II – não Delegados;
- III – complementares.

Artigo 5.º São serviços delegados, de competência específica da concessionária:

I – serviços correspondentes a funções operacionais, compreendendo especialmente:

- a) operação de sistema integrado de supervisão e controle de tráfego;
- b) operação dos postos de pedágio, incluindo a arrecadação da tarifa, o controle do tráfego de veículos e o controle financeiro e contábil dos valores arrecadados;
- c) operação dos postos fixos e móveis, de pesagem estática e dinâmica de veículos, incluindo a pesagem propriamente dita;
- d) prestação de apoio aos usuários, incluindo, entre outros, primeiros socorros e atendimento médico a vítimas de acidentes de trânsito, com eventual remoção a hospitais; atendimento mecânico a veículos avariados; guinchamento; desobstrução de pista; operação de serviço de telefonia de emergência e orientação e informação aos usuários;
- e) inspeção de pista, da faixa de domínio e de áreas remanescentes, sinalização comum e de emergência e apoio operacional aos demais serviços;
- f) elaboração e implantação de esquemas operacionais extraordinários, incluindo operações especiais para atendimento de pico, desvios de tráfego para a execução de obras, operações especiais para o transporte de cargas excepcionais e de cargas perigosas e esquemas especiais para eventos esportivos e outros, no Sistema Rodoviário;
- g) elaboração e implantação de planos e esquemas operacionais para atendimento a situações de emergência, tais como incêndios, neblina, acidentes com produtos perigosos, desabamentos, inundações e outros que possam afetar diretamente a fluidez e a segurança do tráfego ou vir a provocar consequências ambientais;
- h) monitoração das condições de tráfego na rodovia;

II – serviços correspondentes a funções de conservação, compreendendo especialmente:

Analisando a legislação da União e a do Estado de São Paulo, conclui-se, na esteira de Flavio Amaral Garcia, que:

[...] em matéria de rodovias, a prática, tanto na esfera federal como nos principais estados da federação, tem sido a adoção do contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública. Isto porque, ao serem delegadas, as rodovias, com raras exceções, encontram-se em estado lastimável, necessitando de urgente reparo, recuperação e melhoramento de suas condições. Logo, se o concessionário realiza alguma obra na rodovia,

a) conservação de rotina dos elementos que compõem o Sistema Rodoviário incluindo: pavimento, drenagem, túneis, obras de arte especiais, sinalização, dispositivos de segurança rodoviária, revestimentos vegetal e demais elementos da faixa de domínio sistemas de controle e automação, sistemas de telecomunicação, instalações prediais, pátios operacionais e de suporte, sistemas de eletrificação e sistemas de iluminação;

b) conservação especial de todos os elementos que compõem o Sistema Rodoviário, relacionados na alínea 'a' deste inciso, visando à preservação do empreendimento original, incluindo serviços de recapeamento de pista, recuperação de pavimento de concreto, recuperação de obras de artes especiais, substituição de sinalização vertical e horizontal, substituição de equipamentos de controle, arrecadação, comunicação e automação, reforma de instalações e outros similares;

c) conservação de emergência visando repor, reconstruir ou restaurar, de imediato, às condições normais, trecho de rodovia que tenha sido obstruído, bem como instalações e equipamentos e demais elementos da rodovia, danificados por qualquer causa;

III – serviços correspondentes a funções de ampliação, compreendendo especialmente:

a) as obras de ampliação, nos termos e condições a serem definidos no Edital de Licitação;

b) equacionamento de interferências com os sistemas de infra-estrutura e de serviços públicos existentes e futuros, especialmente os sistemas viários e o estabelecimento de acessos a sistemas de transporte;

c) implantação ou adequação aos níveis de serviço ou às normas de segurança, de acessos, intersecções e dispositivos de segurança, durante todo o período da Concessão;

d) implantação de marginais, de pistas reversíveis, de faixas adicionais e de faixas de aceleração e desaceleração, principalmente aquelas necessárias ao atendimento de aumento de demanda ou de necessidade de controle de tráfego;

e) implantação e readaptação de praças de pedágio e pesagem;

f) implantação e readaptação de instalações de uso nas atividades de fiscalização e policiamento de trânsito e transporte;

g) implantação e readaptação de instalações e equipamentos de uso nas atividades de operação de sistema integrado de supervisão e controle de tráfego;

h) implantação de sistema de pedágio eletrônico;

i) implantação de sistema de controle de peso para veículos de carga, incluindo pesagem dinâmica e balanças móveis;

j) implantação de sistema de comunicação e de chamada para usuários;

l) implantação de dispositivos de segurança;

m) implantação de paisagismo.

Artigo 8.º Para execução dos serviços delegados, especialmente no que se refere à operação de sistema integrado de supervisão e controle de tráfego, arrecadação e controle do pedágio, sistema de controle de peso de veículos e sistemas de comunicação, a Concessionária deverá implantar sistemas tecnologicamente atualizados, que permitam integral automatização e maior segurança das operações.

Parágrafo único. Os sistemas de controle e automação a que se refere este artigo deverão permitir integral aplicação dos serviços não delegados, especialmente no que se refere à fiscalização de trânsito (Disponível em: <www.al.sp.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2009).

é certo que o conceito do art. 2.º, III, da Lei n. 8.987/95 é-lhe plenamente aplicável.²²³

É também possível afirmar da análise de legislação do setor que hoje há um novo conceito sobre rodovias, passando de bem público para serviço público, nesse sentido:

A metamorfose sofrida pelo instituto – de servidão para restrição pública – em grande parte foi causada pela adoção de um novo conceito sobre rodovia. Pelo fato de ela, contemporaneamente, ter passado a ser vista como serviço público. Liberta de seu suporte físico de natureza patrimonial.²²⁴

Letícia Queiroz de Andrade traça um panorama das concessões vigentes no setor rodoviário, demonstrando que os modelos contratuais apresentam diferenças significativas,²²⁵ mas que em todos eles há a previsão de realização de obras de ampliação, de recuperação ou de melhoria da infraestrutura preexistente, bem como de serviços a serem prestados pela concessionária.

Registra que “os serviços prestados pelas concessionárias relacionam-se à manutenção, gestão e operação da rodovia, dentre os quais se incluem os serviços de atendimento pré-hospitalar e socorro mecânico aos usuários das rodovias”.²²⁶ Demonstra a irrestrita aplicação do regime instituído pela Lei 8.987/1995 e legislação correlata a todos os contratos.

Deixa evidente seu entendimento de que a concessão rodoviária configura concessão de serviço público quando anota que,

[...] conquanto se admita que o serviço de manutenção das rodovias, precedidos ou não de execução de obra pública, possam ser isoladamente enquadrados na figura contratual da concessão administrativa, também prevista na Lei 11.079/2004, alguns serviços de gestão e, sobretudo, os serviços de operação das rodovias têm, em nosso opinião, nítida feição de **serviços públicos**, que não podem ser objeto da denominada “concessão

²²³ *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 49.

²²⁴ Fábio Marcelo de Rezende Duarte. *Aspectos jurídicos das rodovias: tutela do uso comum, concessões rodoviárias, responsabilidade civil e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p. 41.

²²⁵ Decorrentes não só do modelo licitatório adotado para a contratação, como das obrigações estabelecidas no contrato.

²²⁶ A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: Carlos Ari Sunfeld (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 253-275.

administrativa”, figura destinada à contratação de serviços ordinários, com relação aos quais não há delegação pública.²²⁷

Perfilhamos seu entendimento quanto à natureza de serviço público da atividade de gestão e operação de rodovias. Discordamos da conclusão, ou seja, de que por essa razão não poderia ser objeto de concessão administrativa, porquanto esta modalidade concessória estaria reservada à contratação de serviços ordinários. Na verdade, na hipótese em que o Poder Público é usuário indireto, estão em voga, exatamente, os serviços públicos do art. 175 da CF.

Luís Roberto Barroso pontua que é entendimento pacífico da doutrina que as concessões rodoviárias são disciplinadas pela Lei 8.987/1995, que trata diretamente do tema e tem natureza de norma específica.²²⁸

Arnoldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, ao discorrerem sobre o instituto da concessão como instrumento de privatização dos serviços públicos de infraestrutura, tratam as concessões no setor rodoviário como concessões de serviço público, submetidas à disciplina da Lei federal 8.987/1995. Evidenciam que as concessionárias, ao adquirirem o direito de exploração de determinado trecho rodoviário, têm a obrigação de prestar um serviço público (operação das vias rodoviárias), submetido ao princípio da modicidade das tarifas.²²⁹

Antônio Carlos Cintra do Amaral, ao discorrer sobre o tema da liberdade de escolha e da existência de serviço público alternativo e gratuito para os usuários nas concessões de rodovias, deixa evidente seu entendimento no sentido de que as concessões de rodovias se constituem em concessões de serviço público ou em concessões de serviço público precedida da execução de obra pública, disciplinadas, em qualquer dos casos, pela Lei 8.987/1995.²³⁰

²²⁷ A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: Carlos Ari Sunfeld (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. 232-253, p. 271.

²²⁸ Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 15, p. 99-100, jul.-set. 2006.

²²⁹ *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 635-648.

²³⁰ “Vale enfatizar, se por liberdade de escolha se entendesse, no caso de concessões de rodovias, a possibilidade de optar por uma via alternativa de livre trânsito, gratuita, ter-se-ia que entender que, para se cobrar tarifa pela prestação de serviços públicos de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado,

Em sentido contrário posiciona-se Floriano de Azevedo Marques Neto, que considera a concessão da malha rodoviária como concessão de bem público,²³¹ por não existir uma necessidade pública a ser atendida pela produção de uma dada comodidade ou utilidade de fruição coletiva, que caracterizaria o serviço público de operação de rodovias. As concessionárias não prestam serviço público propriamente, apenas realizam serviços necessários à plena utilização do bem pela população. Segundo ele, as atividades de conservação e manutenção do bem e de apoio ao usuário não são nucleares. Assevera que:

Em suma, exploração de rodovia não é serviço público coisíssima nenhuma. A atividade de exploração nenhuma relevância coletiva tem. A exploração da rodovia, enquanto tal, interessa apenas ao particular e é contrapartida que o concessionário tem por conservar, ampliar, manter e gerir a coisa pública rodovia.

Se entendermos, como de fato entendo, que o substrato material necessário à caracterização do serviço público deve ser uma necessidade pública a ser atendida pela produção de uma dada comodidade ou utilidade de fruição coletiva, tem-se que a exploração (enquanto atividade) em si não possui relevância coletiva, interessando primordialmente ao particular. Não pode caracterizar, assim, serviço público.²³²

Discordamos do raciocínio do autor. A exploração de rodovias envolve atividades heterogêneas (conservação, manutenção, apoio ao usuário e o uso da via trafegável), perfazendo um todo cuja finalidade é a operação do tráfego rodoviário, de relevante interesse público, porquanto tem reflexo não só no custo do transporte de pessoas e cargas, como

seria necessária a existência de um serviço público de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado, prestado, gratuitamente, pelo Poder Público, o que seria inconcebível.

Isso porque a legislação atual – repito – disciplina indistintamente, a concessão de serviço público e a concessão precedida da execução de obra pública (concessão de obra pública).

Liberdade de escolha, portanto, não se refere à existência alternativa de um serviço público gratuito prestado ao usuário, e sim à existência de mais de um prestador, já que, pelo menos em princípio, a lei estabelece a não exclusividade da concessão” (Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 11-33, p. 31).

²³¹ “Registramos, desde logo, nosso entendimento no sentido de que, quando tratamos de rodovias, estamos cuidando primacialmente de concessão de bem público que envolve, como toda a concessão do direito de uso de um bem, a realização de atividades ancilares (conservação, aperfeiçoamento, organização de uso, ampliação do bem). Ao usuário importam as características e as condições do bem – v.g., estrada. A operação, conservação, os serviços de apoio servem de incremento de adjudicação ao objeto principal: o leito trafegável, o bem público rodovia” (Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 17, n. 4, p. 245-257, abr. 2001, p. 248).

²³² Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 40, p. 180, 2002.

na sua segurança. Influencia, ademais, diante da alta dependência do modal rodoviário, no desenvolvimento econômico e social das diversas regiões do País. Assim, não se pode afirmar que o interesse no tráfego rodoviário seja do particular.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, “a concessão de uso de bem público implica, sempre, privilégio a um particular, mas sem a exclusividade na utilização do bem. O caráter privativo do uso, elemento caracterizado da concessão do bem, não deve ser entendido portanto como sinônimo de exclusividade”.²³³

Observa o autor que nas hipóteses em que o Poder Público concede o uso de um ginásio esportivo ou de um parque, por exemplo, apenas a concessionária poderá explorar comercialmente os bens públicos, mas qualquer do povo pode adentrar em referidos bens, pagando preço, ou não.

Entendemos que os exemplos citados pelo autor não se igualam à concessão de rodovias, porquanto nos exemplos citados (ginásio ou parque), embora o bem público esteja sendo concedido sem exclusividade de uso ao particular, não está presente o **interesse público que determine a sua disponibilização e universalização**, ou de qualquer atividade relacionada a toda a coletividade. Embora o bem possa ser utilizado por todos que paguem a tarifa estipulada, não há exigência constitucional ou infraconstitucional para que o Poder Público os disponibilize e universalize à população em geral.

Lembramos que os princípios que regem a exploração da infraestrutura rodoviária tanto no âmbito federal como no estadual são os mesmos princípios operativos da prestação dos serviços públicos sintetizados na Lei 8.987, de 13.12.1995, art. 6.º, § 1.º, uma vez que os serviços relacionados à sua operação são de crucial interesse da população e devem ser colocados à disposição pelo Poder Público.

Inferimos, portanto, que o instituto da concessão de uso de bem público não se coaduna com a concessão de rodovias.

²³³ Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 40, p. 168, 2002.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao distinguir concessão de serviço público de concessão de uso de bem público, ressalta o beneficiário do instituto, ou melhor, a quem se destina o proveito captado, a utilidade extraída. Nos casos em que ela se destina à população em geral estaremos diante de concessão de serviço público, na hipótese de proveito próprio, haverá concessão de uso. Exemplifica a concessão de uso com a outorga da exploração de potencial hidráulico com escopo de produzir energia elétrica exclusivamente para alimentar a própria indústria.

O bem oferecido ao concessionário o é com base geradora de um **bem de consumo seu**, ao passo que na concessão de serviço público – quando pressuposta a utilização de um bem público – este aparece como um bem de produção, ou seja, enquanto condição necessária para instrumentá-lo à prestação à **coletividade** daquele serviço concedido.

Outras vezes, todavia, a concessão de uso de bem público é outorgada para que o concessionário comercialize o resultado de sua exploração (e não para que esgote consigo mesmo a utilidade material dela resultante) fazendo-o, contudo, **sem o caráter de oferta ao público efetuada com a universalidade característica da concessão de serviço público** (destaque no original).²³⁴

Marçal Justen Filho, por seu turno, pontifica que a construção de rodovias e obras assemelhadas, em que há o dever de atividades complementares posteriores, atinentes à manutenção das obras e bens públicos, assim como a prestação de serviços aos usuários, é concessão de obra pública.

Afirma que até o advento da Lei 8.987/1995 era pacífico que obras e serviços não se confundiam. Contratar a execução de uma ponte nunca foi considerado como contrato de serviço, nem mesmo de engenharia. A diferença era claramente estabelecida, inclusive no campo específico de conservação de rodovias.

A jurisprudência reputava que a conservação de rodovia era obra não serviço. Tanto que, para fins tributários, era inconstitucional a instituição de taxa de serviço, sendo viável apenas a contribuição de melhoria (vinculada constitucionalmente à realização de obra pública).²³⁵

A situação se alterou após o advento da Lei de Concessões, que conferiu o mesmo tratamento jurídico a ambos os institutos.

²³⁴ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 660.

²³⁵ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 100.

Atribuem-se certos encargos a um particular, o qual arcará com investimentos destinados a propiciar a satisfação de interesses coletivos. A remuneração a esse particular não se fará mediante pagamento realizado diretamente por recursos saídos dos cofres públicos, mas por meio de tarifas arrecadadas dos usuários do serviço ou da obra. Mesmo quando se tratar da execução de obra pública, a forma de remuneração do particular residirá na exploração do bem. Atribui-se ao particular a faculdade de gestão do bem público por ser esta a forma para assegurar a ele a obtenção dos proveitos econômicos por meio dos quais amortizará os investimentos realizados e obterá o seu lucro.²³⁶

A verdade é que a Lei 8.987/1995 realmente conferiu idêntico tratamento jurídico à concessão de serviço e de obra pública. A distinção entre os institutos da concessão de serviço público e da de obra pública não deixou, por isso, de ter interesse prático, porquanto o ordenamento constitucional dispensou tratamento apenas à concessão de serviço público, arts. 175 e 37, § 3.º, ambos da CF.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello,²³⁷ respondendo à consulta formulada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) relativa à natureza jurídica do pedágio, faz um apanhado quanto ao tratamento dispensado na doutrina comparada à concessão de rodovias.

Cita registro de André de Laubadère²³⁸ e Auby e Ducos-Ader²³⁹ de que antes da Revolução Francesa frequentemente pontes eram edificadas com recurso a concessões de obras públicas, instituto que teve grande desenvolvimento no curso do século XIX, **com caráter misto de concessão de serviço público**, que emergia da missão confiada ao concessionário de construir a obra e operar o serviço sobre ela assentado.²⁴⁰

²³⁶ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 99-100.

²³⁷ Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 11-13.

²³⁸ *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 5. ed. Paris: LGDF, 1970. v. 2, p. 280. Apud Celso Antônio Bandeira de Mello. Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 11-13.

²³⁹ *Précis de Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1967. p. 427. Apud Celso Antônio Bandeira de Mello. Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 11-13.

²⁴⁰ Antônio Carlos Cintra do Amaral, recorrendo a Franck Moderne e Pierre Delvové, registra que “a jurisprudência francesa tem tratado as concessões de auto-estrada e parques de estacionamento como concessões simultaneamente de serviço público e de obra pública, englobando-as na categoria, ampla, de *concessão de serviço público*”. Assevera, ainda, que “a *concessão de obra pública* é simultaneamente uma *concessão de serviço público*. Certamente foi a percepção desse fato que levou o legislador brasileiro a distinguir dois tipos de concessão de serviço público, passando a discipliná-los, a seguir de maneira uniforme” (*Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39-41).

Acrescenta que Georges Vedel e Pierre Devolvé²⁴¹ entendem que a concessão de rodovias é *simultaneamente* concessão de obras e de serviços públicos, e que Charles Debbasch²⁴² observa que a concessão de serviço e de obra pública comumente *se imbricam*. Faz alusão, por fim, ao entendimento de René Chapus,²⁴³ para quem toda vez que o concessionário tem o encargo de construir as obras necessárias à execução do serviço a concessão é simultaneamente de obra e de serviço público.

Conclui Celso Antônio Bandeira de Mello que:

[...] ambos os institutos têm autonomia conceitual própria, muitas vezes ocorre, de fato, como que uma superposição deles. Isto sucede, por exemplo, quando em concessão de rodovias para as obras de construção, reparos ou simplesmente de manutenção delas, o concessionário está igualmente obrigado a certos serviços acessórios, *exempli gratia*, os de assistência e socorro aos veículos e passageiros, os de instalação e funcionamento de postos de reparo ou de oferta de comunicação telefônica, e/ou de informações aos usuários sobre o tráfego nas sobreditas rodovias. São estes traços fundamentais, encontradiços nos dois institutos, que levam à sua parificação no que concerne a aturadas cautelas, que na *formação* do vínculo constitutivo das concessões em apreço, que no reconhecimento de ampla *disponibilidade do concedente* sobre o objeto entregue à compita do concessionário, quer no regime que lhe dispensa, de tal sorte que são *institutos gêmeos* (destaques no original).²⁴⁴

Sob outro enfoque, Floriano de Azevedo Marques Neto, ao defender que a concessão de rodovias é concessão de uso de bem público, salienta que:

Em nenhum texto legal vemos prevista a existência de tal serviço público, bem entendido aqui como atividade material fruível diretamente pelos particulares.

Na Constituição Federal não colhemos previsão da existência de um serviço público de exploração rodoviária [...]

No prisma infraconstitucional também colhemos disposições a reforçar nosso entendimento. A Lei federal n. 9.074/95 prevê a possibilidade de

²⁴¹ *Droit Administratif*. 12. ed. Paris: Thémis, 1992. t. 2, p. 769. Apud Celso Antônio Bandeira de Mello. Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 11-13.

²⁴² *Droit Administratif*. Paris: Cujas, 1968. p. 196. Apud Celso Antônio Bandeira de Mello Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 11-13.

²⁴³ *Droit Administratif Général*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992. t. I, p. 427. Apud Celso Antônio Bandeira de Mello. Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 11-13.

²⁴⁴ Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 12-13.

exploração no regime de concessão de “vias federais” e não de “serviços públicos afetos a rodovias federais”. Ou seja, a exploração autorizada pela lei é do bem (“vias federais”) e não de qualquer atividade (“serviço”) afeta a elas.²⁴⁵

Discordamos desse posicionamento, porquanto, no que se refere à Lei 9.074/1995,²⁴⁶ o *caput* do art. 1.º dispõe sobre serviços e obras públicas, não havendo menção a uso de bem público; o inciso IV do mesmo artigo menciona **vias federais, precedidas ou não de obras públicas**. Daí concluímos que, para a Lei, vias federais são serviços públicos. Reforçando tal argumento, a Lei aplicou à concessão de exploração de rodovias o regime de concessão de serviço público, ou seja, a Lei 8.987/1995, que regulamenta a concessão e permissão da prestação de serviço público previsto no art. 175 da CF.

De outro lado, entendemos que é possível a criação de serviços públicos por via legislativa. Para tanto, basta que o serviço instituído seja da competência do ente federal instituidor e que haja respeito aos limites constitucionais. Assim, a Leis 9.074/1995 e a Lei Complementar 100/1999, legitimamente, caracterizaram a operação de rodovias como serviço público.

Pensamos que para caracterizar a concessão da malha rodoviária como concessão de serviço público é preciso considerar que o núcleo da atividade do concessionário é a **operação da rodovia**,²⁴⁷ não o simples uso do bem público.²⁴⁸

Sob esta perspectiva, o que o Poder Concedente espera do concessionário é que opere a contento a rodovia,²⁴⁹ produzindo um resultado eficiente para o usuário, não só sob

²⁴⁵ Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 40, p. 180, 2002.

²⁴⁶ Art. 1.º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da união:

IV – vias federais, precedidas ou não da execução de obras públicas; (destacamos)

²⁴⁷ São exemplos de serviços de operação rodoviária os seguintes: monitoração de tráfego e intervenção no caso de ocorrência nas rodovias; assistência e comunicação com o usuário; prestação de primeiros socorros e transporte de acidentados para hospitais conveniados; socorro mecânico e serviço de guinchos; sinalização das rodovias e instalação de dispositivos de segurança (Letícia Queiroz de Andrade. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 271).

²⁴⁸ A rodovia, a estrada.

²⁴⁹ De acordo com o disposto no artigo 6.º, § 1.º, da Lei 8.987/1995, o serviço público adequado é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

o aspecto do estado de conservação do leito carroçável, mas, igualmente, quanto à fluidez e segurança do tráfego²⁵⁰ e qualidade dos serviços agregados.²⁵¹ Na mesma trilha, Flavio Amaral Garcia:

Este tipo de contrato assume a feição de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública, nos termos do art. 2.º, III, da Lei n. 8.987/95. Após a execução das obras, o que se tem é a exploração de um serviço público, **já que o núcleo da atuação do concessionário passa a ser a operação de um sistema viário**²⁵² (grifos nossos).

De outro lado, mesmo considerando o suporte físico de natureza patrimonial, o bem público (a rodovia) nada impede que uma dada atividade de infraestrutura possa ser classificada como serviço público e prestada sob o influxo de uma relação jurídica de serviço público.

As mais diversas concepções de serviço público na doutrina nacional contêm, em regra, um elemento comum, qual seja o da prestação de atividades consideradas pelo ordenamento jurídico, em um dado momento histórico, como essenciais à satisfação das necessidades coletivas.²⁵³

²⁵⁰ Compreendendo a operação das vias, manutenção, restauração, adequação de capacidade e ampliação.

²⁵¹ Acessos a postos de combustíveis e conveniências, serviço de guincho, de socorro mecânico, de socorro médico e de resgate aos usuários, de *call box*, entre tantos outros a serem definidos no contrato de concessão que trazem, indiscutivelmente, segurança e conforto ao usuário do sistema.

²⁵² *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 60.

²⁵³ “Utilizando distinção feita por Ruy Cirne de Lima, pode-se dizer que esse regime, *quood extra*, no tocante às relações estabelecidas com os usuários, é predominantemente de direito privado, mas *quood intra*, no concernente às relações entre delegante e delegado, é de direito público, sendo assim, de qualquer modo, visualizado o regime em seu conjunto, exorbitante do direito comum, o que bastará para qualificá-los como especial, ou como de Direito Privado Administrativo, como preferimos dizer.

Parece-nos, pois, que o serviço de telecomunicações prestado em regime privado, por várias empresas concorrentes, com liberdade para fixação de preços, não deixa, só por isso, de ser Serviço Público, uma vez que é de interesse geral, prestado mediante delegação do Poder Público e sujeito a regime jurídico especial. Reúne, em consequência, os requisitos que integram o conceito de serviço público. [...]

Não se desqualificam, entretanto, como serviço público, pois (a) apresentam vínculo orgânico com o Poder Público, expresso na autorização como ato de delegação dos serviços, (b) são de interesse público, ainda que este tenha cor mais fraca do que aparece em outras hipóteses de transporte coletivo de passageiros (c) sujeitam-se a regime especial, de Direito Privado Administrativo. [...]

Por outro lado, certas imposições, como o da obrigatoriedade de universalização de alguns serviços públicos, considerados absolutamente essenciais, revelam-se altamente democráticas, pelo fim que perseguem de estabelecer maior coesão social e territorial. Entretanto, a par desses serviços essenciais e sujeitos à obrigação de universalização, que forma o que se poderia chamar de ‘núcleo duro’ dos serviços públicos, são oferecidas outras modalidades, cujo leque cada dia se amplia pelo avanço tecnológico, sem aquelas obrigações, mas que atendem aos interesses e necessidades dos destinatários que, neste caso, são mais clientes do que usuários.

É inegável que as atividades de infraestrutura no setor rodoviário²⁵⁴ importam ao progresso e ao desenvolvimento do País, bem como à satisfação de comodidades e utilidades coletivas (satisfação de interesses gerais ou coletivos). Sua caracterização como serviço público não pode ser rechaçada e traz inúmeros benefícios aos usuários.²⁵⁵

Nessa trilha, considerando tratar-se de concessão de serviço público as relativas à infraestrutura de transportes, Bruno Vianna Espírito Santo:

Lado outro, a própria concepção das concessões de serviço público, **notadamente as relativas à infraestrutura de transportes**, decorre da premissa lógica de que o Estado não tem forças para arcar exclusivamente ou prioritariamente com os custos de investimento e manutenção atrelados à sua prestação.

Face tal constatação, faz-se oportuna a utilização de mecanismo capaz de balizar e distribuir o encargo entre a entidade estatal e os usuários diretos do serviço público a ser prestado. Note-se que tal mecanismo consubstancia-se em um critério de julgamento para a licitação, que aproveita as condições específicas do objeto.

Em se tratando de nova modalidade de concessão em que a fonte da receita das concessionárias é dúplice, nada mais natural que se utilizar de critério de julgamento das propostas dos licitantes que se firme sobre o binômio contraprestação pecuniária/tarifa de pedágio, atendendo às peculiaridades do caso concreto, sobretudo à “capacidade contributiva” dos envolvidos²⁵⁶ (grifos nossos).

Nesse sentido posicionou-se o Tribunal de Contas da União,²⁵⁷ que enquadrou as concessões para exploração de rodovias federais como espécie de concessões de serviço público precedidas de obras públicas.

De qualquer maneira, ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegado a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o da responsabilidade extracontratual de que trata o § 6.º do art. 37 da Constituição Federal” (Almiro do Couto e Silva. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 68-71, out.-dez. 2002). Grifos nossos.

²⁵⁴ A disponibilização de infraestrutura para o deslocamento de veículos.

²⁵⁵ “É inegável, entretanto, que o que não é considerado como serviço público visto isoladamente, dentro da prestação estatal, pode ser alçado a, dependendo do contexto em que se exerça a atividade. É possível, assim, que a infra-estrutura possa ser tratada como serviço público ou como mera melhoria. Assim, o próprio exemplo da instalação de semáforos pode estar compreendido dentro do serviço público de operação de tráfego urbano, no caso da cidade de São Paulo, prestado pela Companhia de Engenharia de Tráfego (CET)” (Lucas de Moraes Cassiano Sant’Anna. O federalismo e o financiamento de infraestrutura. A experiência do setor de infra-estrutura de transporte rodoviário. *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 49, p. 7, maio 2008).

²⁵⁶ Inovações na licitação das parcerias público-privadas. *Biblioteca Digital, Fórum de Contratação e Gestão Pública, FCGP*, Belo Horizonte, n. 89, maio 2009, p. 4.

²⁵⁷ Quando arguida sobre o tipo de concessão adequada ao modelo das concessões rodoviárias, verifica-se que a Lei 8.987/1995 distingue as concessões de serviço público das concessões de serviço público

A noção de serviço público, conforme premissa adotada neste estudo, não encontra desenho cerrado na Constituição, porquanto é basicamente evolutivo, “varia segundo as exigências de cada povo e de cada época”.²⁵⁸ Cabe ao legislador ordinário a tarefa de elevar à categoria de serviço público uma dada atividade, considerada essencial à satisfação das necessidades coletivas em dado momento, desde que respeitados os limites constitucionais para tanto.

Dentro dessa ordem de ideias, constatamos que o legislador ordinário alçou a atividade de gestão e operação de rodovias à categoria de serviço público, o que se deu sob o influxo da decisão político-administrativa de transferência do exercício dessa atividade ao setor privado.

A literalidade da legislação federal e do Estado de São Paulo (o estudo se resumiu à legislação desse Estado) permite essa conclusão, visto que adotam a disciplina da Lei federal 8.987/1995 e os princípios que regem o funcionamento dos serviços públicos para disciplinar a relação Poder Concedente/concessionária/usuário, o que também se deu nos respectivos instrumentos de outorga (decretos, editais e contratos), o que é suficiente para salvaguardar uma estrutura jurídica mínima capaz de configurar como concessão de serviço público as concessões de rodovias.

Está presente no caso um serviço de interesse geral, com vínculo orgânico com o Estado (ato de delegação) e sujeito a regime especial.

Não pretendemos negar que a concessão de serviço público no setor rodoviário geralmente compreende ou implica também uma concessão de obra pública (atividades relacionadas a obras de infraestrutura propriamente dita, construção ou melhoramento das pistas, passarelas, obras de arte, etc.), enquadrando-se no disposto no art. 2.º, III, da Lei federal 8.987/1995 e pressupondo o uso de um bem público.

precedidas de obras públicas. Notadamente, as concessões para exploração de rodovias federais têm se enquadrado na segunda modalidade, porque, via de regra, o início da cobrança de pedágio geralmente requer investimentos nas rodovias anteriormente ao início a cobrança do pedágio, assim são previstos melhoramentos e obras durante todo o prazo da concessão. Acórdão 1277/04. Rel. Min. Augusto Shermer Cavalcanti, *DOU* 03.09.2004.

²⁵⁸ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 295.

O que afastamos é a tese de que a gestão/operação da malha rodoviária, serviço que exige uma grande variedade de ações por parte do gestor, seja reputada como mero incremento de adjudicação do objeto principal, qual seja o direito de uso de um bem público.

Procuramos demonstrar que, especialmente pela preponderância da *função de atribuição* na concessão de uso, que a exploração das rodovias não se amolda a essa espécie concessória, porquanto está inserto no contrato de concessão o dever de o concessionário atender as necessidades ou conveniências do público em geral, principalmente do usuário da rodovia.

A exploração de rodovias pela iniciativa privada se dá sob regime jurídico público e sob o influxo dos princípios norteadores da exploração do serviço público, nos moldes das diretrizes traçadas pelo art. 175 da CF e Lei Geral das Concessões; também por essa razão não pode ser considerada como simples exploração comercial decorrente do uso de um bem público.

Nessa linha, extraímos do julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em ação indenizatória movida em face de concessionária administradora de rodovias, abaixo transcrito, que a Concessionária não obteve êxito em sua tese de que na utilização de infraestrutura pública não há serviço público sendo prestado, mas apenas o uso de bem público.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – Ação fundada no Código de Defesa do Consumidor, pela má qualidade do serviço prestado. Recurso improvido.

Rodovias das Colinas S.A. deduziu agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face da r. decisão que, em ação indenizatória, reconheceu que a questão em discussão decorre de relação de consumo, nos termos do artigo 3.º da Lei n. 8.078/90 (fls. 129/130).

Discorre sobre a inexistência de relação de consumo entre as partes. Diferencia as figuras do usuário de serviço público e do permissionário do uso de bem público. **Argumenta que a autora não mantém qualquer relação de consumo, vez que não é usuária dos serviços públicos prestados. Assevera que na utilização de infra-estrutura pública não há serviço público, mas uso de bem público.** Cita doutrina na defesa de sua tese. Daí pretender a reforma do r. ato decisório (fls. 02/14).

[...]

Como bem assentado pelo MM. Juiz de Direito da causa, “a relação entre a autora e a ré é sem dúvida de consumo. **A autora é usuária da passarela e a ré se enquadra no art. 3.º da Lei 8.078/90. A ré não construiu a passarela em questão gratuitamente; na verdade a ré é concessionária**

do serviço de manutenção da estrada e para tanto, em troca da tarifa de pedágio, tem a obrigação de deixar a estrada em boas condições²⁵⁹ (grifos nossos).

3 A utilização da parceria público-privada no setor rodoviário

A escolha entre a outorga por intermédio de concessão comum ou por meio das modalidades concessórias instituídas pela Lei federal 11.079, de 30.12.2004, para a construção e/ou exploração de rodovias à iniciativa privada não é livre, apesar de se constituir inegavelmente em política pública, dado que reflete opção administrativa sobre a forma de condução do serviço público.²⁶⁰

Referida decisão, apesar de atender a critérios de conveniência e oportunidade, é limitada não só pelo princípio da eficiência, como pelo da excepcionalidade da adoção das modalidades concessórias introduzidas pela Lei de “PPP”.

Para adoção de uma das modalidades concessórias previstas na Lei de PPP, necessariamente o empreendimento não deve oferecer um objeto suficientemente atrativo para justificar os riscos assumidos pelos investidores privados, ou seja, deve ter por objeto rodovias de baixa rentabilidade.

Apenas nas hipóteses em que haja a comprovação de que o investimento público é necessário e imprescindível para tornar viável o investimento privado em infraestrutura e o ganho marginal social na exploração do serviço pela iniciativa privada é superior à exploração do mesmo serviço diretamente pelo Estado, considerando, inclusive, questões atinentes ao equilíbrio orçamentário, a decisão administrativa pela outorga da concessão,

²⁵⁹ Agr. Instr. 911.226-5/7-00, 7.^a Câmara de Direito Público, TJSP, j. 31.08.2009.

²⁶⁰ “Naturalmente, o subsídio público das tarifas exige uma avaliação política ideológica anterior, ligada à alocação de recursos públicos. Diante da limitação de capacidade financeira (a chamada *reserva do possível*), O Estado – não a administração, mas toda a sua estrutura normativa e concreta, incluindo a Constituição e o Poder Legislativo – deve optar por alocar os recursos do modo mais eficiente. Deverá perguntar-se, p. ex., se o modo mais adequado de realizar os valores constitucionais consiste em subsidiar a tarifa do pedágio ou assegurar transporte coletivo mais eficiente e barato. Ou ambos, cada qual de modo parcial. O subsídio público para as tarifas – ou mesmo o subsídio cruzado, interno ao serviço – pressupõe uma decisão consistente sobre esse ponto” (Cesar A. Guimarães Pereira. A posição do usuário e a estipulação da remuneração por serviços públicos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 15, p. 53, out.-dez. 2006).

mediante as modalidades concessórias introduzidas pela Lei federal 11.079, de 30.12.2004, é justificada.

De fato, a opção pela gestão do serviço sob a forma de concessão, mesmo que se trate de concessão comum, deve ser justificada, em razão do princípio da motivação que consta expressamente do art. 5.º da Lei federal 8.987/1995. Considerando as modalidades instituídas pela Lei de PPP, a decisão administrativa deve ser especialmente motivada, conforme art. 10, I, “a”, da Lei 11.079/2004.

Em razão do dever de bem administrar o patrimônio público, não há para o administrador uma liberdade absoluta na escolha da forma de gestão do serviço, pois este precisa justificar a **conveniência e oportunidade** da delegação, quer se trate de concessão comum, quer de parceria público-privada, fazendo uso da terminologia da Lei.

Desta forma, a discricionariedade que resta para o administrador é residual e demanda que, no caso concreto, haja duas possibilidades igualmente ótimas; do contrário, o administrador estará vinculado àquela solução que, no cotejo com as peculiaridades do caso, apareça como a que melhor atende ao interesse público objetivado.

O administrador terá que fazer uma ponderação de valores para verificar se o fim de interesse público será mais bem alcançado com a gestão direta do serviço ou com a delegação. Neste caso, a depender do montante de investimento exigido, dos riscos, da autossustentabilidade (possibilidade de viabilizar com a tarifa²⁶¹ o retorno do investimento do concessionário, o custeio da operação e da atualização do serviço, bem como garantir uma margem de lucro razoável para o setor privado), e dos ganhos marginais, se a outorga se dará por concessão comum (Lei 8.987/1995) ou por parceria (Lei 11.079/2004).

A opção administrativa atende a preocupações de diversas ordens e decorre, obrigatoriamente, da capacidade da rodovia em gerar receita²⁶² e do montante de

²⁶¹ Somada às fontes complementares, alternativas ou acessórias de receita, por exemplo, os serviços de postos de gasolina, restaurantes e painéis publicitários em estradas, bem como a de projetos associados (art. 11 da Lei 8.987/1995).

²⁶² Volume de tráfego capaz de gerar receitas suficientes para cobrir os custos da exploração, com tarifas limitadas em valor ao menos equivalente à economia operacional proporcionada aos usuários pela melhoria e implementação de novas vias.

investimento²⁶³ que será exigido da concessionária. Os investimentos abarcam, além das obras (infraestrutura), as exigências relativas às condições de operação da empresa, ou seja, da qualidade do serviço a ser prestado, do seu custo de implementação, expansão e manutenção.

Por sua vez, a capacidade da rodovia em gerar receita tem relação direta com a renda dos usuários, com o volume de tráfego em potencial e com a previsão de possíveis fontes de receitas alternativas ou provenientes de projetos associados.²⁶⁴

Há riscos potenciais na eleição de uma ou outra modalidade de outorga, aqui considerada a concessão comum, as modalidades patrocinada e administrativa. É preciso que a eventual contraprestação pecuniária por parte do Poder Público, admitida nas modalidades disciplinadas pela Lei 11.079, de 30.12.2004, não esconda uma possível ineficiência do concessionário (nem o usuário nem o Poder Público devem ser chamados a suportar o ônus da ineficiência do prestador), nem mesmo possibilite a ele um lucro anormal.

Por outro lado, é inegável o ganho que o uso desse instrumento legal pode trazer, porquanto há uma parte da malha rodoviária já existente que não tem tráfego suficiente para viabilizar o financiamento dos investimentos necessários a sua recuperação e manutenção, bem como há regiões do País que necessitam que sejam implementadas novas rodovias, mas

²⁶³ A construção de rodovias, em regra, envolve investimentos elevados e não recuperáveis.

“Custos não recuperáveis (*sunk cost*) são investimentos, incorridos pela empresa, para exercer determinada atividade econômica e/ou atuar em um mercado específico, que não podem ser recuperados por meio da venda desses ativos a terceiros ou de sua utilização em outra atividade ou mercado, se a empresa abandonar a atividade ou o mercado original” (Eduardo Augusto Guimarães. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil*. In: Mario Gomes Schapiro (Org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108).

²⁶⁴ “A viabilidade da privatização está condicionada, no entanto, à capacidade da rodovia em gerar receita e lucro, o que depende do volume potencial de tráfego e da tarifa, esta última afetada não apenas pela renda do usuário potencial e pela existência de serviços substitutivos, mas também por considerações de ordem política. A capacidade da tarifa exequível em uma rodovia de garantir a viabilidade econômica do empreendimento condiciona, ainda, a escolha entre a concessão comum e a concessão patrocinada. A concessão comum é viável nos casos em que a receita esperada assegura a rentabilidade do empreendimento. A concessão patrocinada amplia, no entanto, a possibilidade de transferir ao setor privado a prestação do serviço ao prever o subsídio do usuário e a mobilização de outros mecanismos destinados a induzir um aumento da rentabilidade do serviço concedido” (Eduardo Augusto Guimarães. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil*. In: Mario Gomes Schapiro (Org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116-117).

sem as condições necessárias para que essa expansão se dê, exclusivamente, por intermédio da cobrança de pedágios.²⁶⁵

A possibilidade de repartir o financiamento de novos projetos rodoviários entre o setor público e o privado também traz a vantagem de diminuir o custo do pedágio, não tornando o uso das rodovias proibitivo em razão do seu elevado valor.²⁶⁶

Ponderando os riscos envolvidos na escolha pelo Poder Público de uma entre as modalidades concessórias introduzidas pela Lei das PPPs, Gustavo Binenbojm encontra como justificativa da adoção do modelo de concessão patrocinada,

[...] o exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum. Rodovias cuja receita com pedágio não cubra os custos de operação e manutenção (ou o investimento inicial na construção, recuperação ou ampliação da infra-estrutura), embora não sejam rentáveis para a iniciativa privada, podem vir a proporcionar um retorno econômico e social extremamente positivo. Daí ser justificável a previsão de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, como forma de criar o ambiente de atratividade necessário para seduzir os investidores particulares.

²⁶⁵ “Embora se reconheça que a privatização não pode alcançar todas as rodovias e que o pedágio não é uma solução eficaz em todos os casos, não há dúvida que, para o setor de infra-estrutura rodoviária, abrangendo estradas, pontes e túneis, a utilização da concessão e da parceria na operação das vias rodoviárias certamente suscita um importante progresso econômico e possibilita uma nova divisão de responsabilidades entre os vários setores públicos (União, Estado e Município) e privados, além de garantir uma redução de custos e uma diminuição e descentralização dos encargos do Poder Público e de fazer cair determinados encargos sobre os principais interessados e não sobre toda a coletividade, o que representa relevante elemento de justiça social. A par disso, a melhoria das vias de transporte representa fator de desenvolvimento de atividades econômicas, com a abertura de novos negócios para as regiões envolvidas, além de reduzir a possibilidade de acidentes devido a defeito na pista.

[...]

Há, no entanto, um considerável número de estradas que têm importância política e social, mas não assegura uma rentabilidade suficiente ao operador para serem exploradas por concessão. Para esses casos, os recursos poupados com a manutenção e operação das rodovias concedidas, suportadas pelos seus usuários, podem ser direcionados para a aplicação nas rodovias não viáveis para outorga de concessão, o que servirá para cobrir parte de seus custos de manutenção e operação” (Arnoldo Wald; Luiza Rangel de Moraes; Alexandre de M. Wald. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 642-644).

²⁶⁶ “A PPP tem várias qualidades, sendo três em especial dignas de nota. [...] Terceiro, ela permite limitar o aporte de recursos públicos à parcela do investimento relativo à diferença entre os retornos privado e social do projeto. Vale dizer, uma rodovia ou obra de saneamento que tenha externalidades positivas que tornem o seu retorno para a coletividade elevado, mas que não possa ser financiada exclusivamente por meio da cobrança dos serviços oferecidos, pode ser subsidiada pelo Tesouro na parte do investimento que não puder ser financiada pelas tarifas. Igualmente importante, os seus usuários pagarão por uma parcela do investimento, o que em geral é mais eficiente do que deixar toda a conta para o contribuinte” (Armando Castelar Pinheiro; Jairo Saddi. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005. p. 328).

Os projetos de PPPs, na modalidade de concessão patrocinada, são aqueles que exibem grandes *externalidades positivas*. No caso da rodovia de baixa rentabilidade, a externalidade positiva consiste no montante em que o benefício social marginal supera o benefício privado marginal do empreendimento.²⁶⁷

Considerando a modalidade administrativa, pondera que a lógica econômica assemelha-se à da concessão patrocinada, por envolver serviços econômicos não autossustentáveis. A diferença é que, na modalidade administrativa, por razões técnicas, políticas ou econômicas, não se afigura viável a cobrança de qualquer tarifa dos usuários, o que justifica que a contraprestação do concessionário fique a cargo do Poder Público, total ou parcialmente (caso haja receitas alternativas suscetíveis de serem geradas).

A adoção de referidas modalidades de concessão (patrocinada ou administrativa) deve atender a justificativa jurídica imposta pelo legislador. Seu uso deve ser “excepcional e especificamente motivado”, como o tipo de contratação que melhor atenda ao interesse público, consideradas as circunstâncias do caso concreto (Lei 11.079/2004, art. 10, I, “a”).²⁶⁸

²⁶⁷ As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. In: Gustavo Binenbojm. *Temas de direito administrativo constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 124.

²⁶⁸ Nesse sentido, registramos que foi acompanhado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) processo de outorga de PPP, na modalidade concessão patrocinada, objetivando a restauração, manutenção, operação e aumento da capacidade de trechos rodoviários da BR-116 e BR-324, localizadas no Estado da Bahia. Referido processo foi o primeiro do gênero submetido ao TCU.

Analisado o processo de outorga, o TCU proferiu acórdão 101/2007-TCU, Plenário, Processo TC-014.654/2006-5, aprovando a primeira etapa do procedimento e fazendo as seguintes recomendações ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a serem implementadas nas fases seguintes do procedimento de outorga:

9.1.1 encaminhar a este Tribunal, tão logo seja apreciado definitivamente pelo Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP, cópia da documentação que comprove o atendimento aos preceitos de responsabilidade fiscal previstos na Lei Complementar 101/2000 e na Lei 11.079/2004, em especial o disposto no art. 10, inciso I, alínea *b* e *c*, II, III, IV e V, e no art. 22 desta última Lei, acompanhada das premissas e da metodologia de cálculo utilizadas, quando aplicável, bem como do pronunciamento de que trata o art. 14, § 3.º, incisos I e II, da Lei 11.079/2004;

9.1.2 *omissis*

9.1.4. faça constar do edital de licitação a exigência de que, ao término do contrato, e em razão da previsão de execução, no prazo da concessão, de serviços inicialmente previstos para os anos 3 e 4 posteriores ao contrato, as rodovias concedidas apresentem IRI (índice da medição da irregularidade longitudinal), TR (Trincamento) e SNC (número estrutural do pavimento) mais rigorosos em relação às projeções de evolução de tais critérios de desempenho sem a antecipação dos serviços referidos, constantes dos estudos apresentados;

9.2 *omissis*

9.2.2 nos futuros estudos de viabilidade de implementação de PPP envolvendo rodovias federais, pormenorize as premissas financeiras adotadas, indicando clara e expressamente, nas planilhas eletrônicas

Vale a pena transcrever os ensinamentos de Gustavo Binenbojm:

[...] diante do **comprometimento contratual de recursos públicos** no longo prazo com determinados projetos, foi essencial a exigência constante do art. 10, I, “a”, da Lei n. 11.079/2004, de que qualquer contratação de PPP esteja lastreada em estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada. Dado o caráter excepcional da PPP, em tal estudo deverá ser demonstrado que a opção por tal forma de contratação é aquela que, comparativamente às demais existentes, é a que melhor (ou mesmo a única) capaz de *alavancar* os investimentos necessários ao desenvolvimento de determinado projeto, propiciando, ainda, a mais otimizada maneira de dispêndio dos recursos públicos envolvidos *vis-à-vis* do grau de benefício econômico e social trazido para a população. Assim concebido, o contrato de PPP me parece ser uma solução legislativa que permite o alcance, conforme as circunstâncias do caso concreto, de um maior grau de concretização do princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*).²⁶⁹

pertinentes, as implicações e condicionamentos provocados por tais premissas (Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2010).

O projeto BR-116/324 foi reavaliado pelo Governo Federal antes de sua efetiva implementação e passou de concessão na forma de PPP, modalidade patrocinada, para concessão comum, regida pela Lei 8.987/1995.

O novo modelo diferencia-se do anterior, segundo dados da ANTT, nos seguintes aspectos:

- a) o prazo de concessão, que era de 15, passou para 25 anos;
- b) o valor dos investimentos passou de R\$1,1 para 1,9 bilhão;
- c) a receita bruta antes estimada em R\$ 2,7 bilhões passou para R\$ 6,4 bilhões;
- d) o critério de julgamento da licitação deixou de ser o de menor valor da contraprestação pública para o menor valor da tarifa quilométrica a ser cobrada do usuário;
- e) a estrutura tarifária foi alterada de forma a aumentar as receitas de pedágio;
- f) a modelagem da Taxa Interna de Retorno (TIR) foi adequada à utilizada nos Sete Lotes;
- g) foram considerados os benefícios fiscais do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura (REDI);
- h) o prazo máximo para a duplicação de 83 km da BR 116, entre o entroncamento com o contorno Sul de Feira de Santana e o entroncamento com a BR-242, passou do 7.º para o 3.º ano de concessão;
- i) foi incluído o conceito de “gatilho” para a duplicação da rodovia, que consiste em atrelar o investimento ao crescimento do volume de tráfego.

O novo projeto foi submetido ao TCU, que prolatou o acórdão 2104/2008-TCU-Plenário, processo TC-016.189/2008-9, com as seguintes recomendações:

9.2.1.1 corrija as inconsistências entre os estudos técnicos e o Programa de Exploração Rodoviária (PER), especificando melhor os locais das praças de pedágio, fazendo constar no PER a referência das localidades vizinhas às referidas praças, além do respectivo código do Plano Nacional de Viação (PNV) do trecho, complementando, assim, as indicações de quilometragem;

9.2.1.2 inclua cláusula prevendo a revisão periódica da tarifa a fim de repassar os ganhos de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, de acordo com o § 2.º do art. 9.º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei 8.987/95 (Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2010).

²⁶⁹ As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. In: Gustavo Binenbojm. *Temas de direito administrativo constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 128-129.

A repartição dos riscos e a remuneração híbrida proporcionadas pelas modalidades de concessão patrocinada e administrativa não podem ser instrumento de compensação da ineficiência operacional do concessionário, porque se assim o for, o uso desvirtuado do instrumento conferido pela Lei 11.079/2004 tornará viciado o ato de outorga, por infringência ao princípio da boa administração e da eficiência que devem orientar as ações de todos os agentes públicos.

Evidenciamos, com isso, que a decisão administrativa pela modalidade de outorga, apesar de discricionária, está sujeita a contornos e parâmetros diretamente ligados ao objetivo de alcançar o ponto ótimo com a prestação do serviço.

Inferimos, portanto, que, além do cuidado na escolha da modalidade concessória (se adstrita às regras da “concessão comum” ou das “parcerias”), é preciso, no caso de uma decisão administrativa ser pela utilização da parceria público-privada, uma atenção especial para que não haja distorção na modelagem do contrato que propicie a transferência indevida de recursos públicos à iniciativa privada ou, mesmo, o uso populista do patrocínio, coma garantia de tarifas excessivamente baixas, comprometendo, indevidamente, a saúde financeira do Estado – responsabilidade fiscal; a questão passa a ser de equilíbrio orçamentário.

As parcerias público-privadas, espécie do gênero concessão, inegavelmente dotam o Estado de instrumento jurídico hábil para garantir o prosseguimento dos investimentos em infraestrutura.

Cabe ao Estado, no entanto, assegurar, por meio do planejamento, controle, fiscalização e regulação adequada, o efetivo alcance das metas estabelecidas, relativas à expansão e qualidade dos serviços. Tem o dever de coibir possíveis distorções que possibilitem o uso inadequado do instituto, que é mais um instrumento para se atingir a eficiência e possibilitar a obtenção de novos capitais necessários à expansão e melhoramento dos serviços,²⁷⁰ jamais um prêmio à ineficiência.

²⁷⁰ “A participação estatal deve orientar-se a evitar que a dimensão dos riscos e encargos assumidos pelo particular se traduzam em encargos excessivamente elevados para determinados (ou todos os) segmentos de usuários [...] A aplicação de recursos da iniciativa privada pode ser a única alternativa para evitar o colapso de determinados serviços públicos. E a impossibilidade de remuneração por meio de tarifa, no modelo clássico da concessão, não pode ser obstáculo à adoção de um sistema que permita a participação do capital privado para o desenvolvimento de atividades de interesse coletivo. Isso se passará no tocante a atividades que exijam a participação estatal, especialmente porque não se revelam aptas a produzir

Em suma, é essencial, acima de tudo, uma atuação responsável, prudente e ponderada do Poder Público no momento da concepção e implementação do sistema de delegação do serviço público de gestão e operação da malha rodoviária. É preciso também ter presente a lição de Marçal Justen Filho no sentido de que a segurança das contratações está diretamente relacionada com a transparência e a efetiva participação da sociedade civil na contratação.²⁷¹

A concessão rodoviária, que tem por objeto a transferência para a iniciativa privada da gestão e operação de rodovias e que exige investimentos vultosos em infraestrutura pública, constitui-se em concessão de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da CF. O investimento em infraestrutura pública viabiliza a prestação do serviço.

É possível, assim, a depender das especificidades do caso concreto, adotar a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de PPPs, em qualquer de suas modalidades, a patrocinada ou a administrativa para outorga à iniciativa privada do serviço público de gestão e operação de rodovias.

resultados econômicos lucrativos. O dever do Estado é de intervir e arcar com parcelas dos custos, se a sistemática de tarifas for insuficiente para proporcionar uma solução satisfatória” (Marçal Justen Filho. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 90).

²⁷¹ “A segurança jurídica derivará da legitimidade política, econômica e social das contratações. A lei e cada ato concreto de outorga deverão impor e permitir a participação das instituições de controle e da sociedade civil na concepção e na fiscalização das contratações” (A PPP brasileira e as lições do passado. In: Eduardo Talamini, Monica Spezia Justen (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 18).

IV

ASPECTOS JURÍDICOS DA REMUNERAÇÃO NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS

1 O pedágio

Pedágio é a designação atribuída à cobrança passível de ser exigida dos usuários de via pública, a fim de custear despesas de construção, conservação, bem como os serviços complementares disponibilizados a quem dela se utilize.²⁷²

Este tipo de cobrança é historicamente muito antigo, e Hely Lopes Meirelles²⁷³ aduz que o pedágio teve sua origem em Roma e foi utilizado com grande frequência na Inglaterra até o século XIII, sendo cobrado de todos que transitavam com carruagem por estrada sujeita à conservação pela coroa.

Entre nós a figura jurídica do pedágio foi constitucionalizada em 1946, como taxa, mantida a mesma configuração em 1967, que vedava a cobrança de tributos interestaduais ou intermunicipais, com exceção do pedágio para atender ao custo de vias de transportes.

A Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969, suprimiu a exceção feita ao pedágio. Em razão dessa alteração, Hely Lopes Meirelles²⁷⁴ passou a considerar o pedágio como tarifa, porquanto, nessa qualidade, desnecessária seria autorização constitucional para sua cobrança, quer pelo Poder Público, quer por concessionário seu.

A Constituição Federal de 1988 faz menção ao pedágio no seu art. 150, V.

²⁷² Celso Antônio Bandeira de Mello. Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 11.

²⁷³ Pedágio: condições para sua cobrança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 430, p. 33, ago. 1971.

²⁷⁴ Idem, *ibidem*.

Considerando as concessões públicas de rodovias, o pedágio é a principal fonte de remuneração dos concessionários, custeando as obras, a operação e conservação das rodovias, e os serviços complementares prestados ao usuário.

O pedágio como fonte de remuneração das concessionárias atende tanto ao princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, possibilitando o lucro justo da concessionária, como ao princípio da modicidade tarifária, que determina a fixação de valores não proibitivos à utilização do serviço pelo usuário.

Sob outro enfoque, o pedágio pode ser utilizado como mecanismo de redução de congestionamentos e controle da poluição, desencorajando os motoristas de utilizar seus veículos nos centros urbanos.

2 A natureza jurídica do pedágio

A natureza jurídica do pedágio é controvertida na doutrina (se taxa ou preço público), e, mesmo com substrato fático e jurídico diverso, essa discussão já foi objeto de análise pelos tribunais superiores,²⁷⁵ ou seja, quando da instituição do selo-pedágio nas rodovias federais (Lei 7.712/1981).

A discussão não é meramente acadêmica, porquanto atribuir natureza jurídica tributária ou “contratual”²⁷⁶ ao pedágio produz consequências práticas, considerando o regime jurídico distinto aplicável às taxas e as tarifas.

²⁷⁵ RE 181.475-6/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.06.1999; RS 194.862/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 04.05.1999; ADIn 800-5/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.11.1992.

²⁷⁶ Há discussão doutrinária quanto à natureza jurídica da tarifa. A dúvida reside em saber se teria natureza puramente contratual (apenas podendo ser alterada por acordo entre as partes) ou, ao contrário, se estaria incluída nas cláusulas regulamentares do contrato de concessão (sujeita a alteração unilateral do Poder Concedente).

Conforme registra Jacintho Arruda Câmara, “é ponto convergente a respeito da matéria a possibilidade de alteração unilateral do regime tarifário desde que, ao final, seja respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão como um todo” (*Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47).

A doutrina está dividida entre os que defendem a natureza jurídico-tributária do pedágio,²⁷⁷ os que a negam²⁷⁸ e os que, dependendo da hipótese, ora o consideram tributo, ora tarifa.²⁷⁹

O fundamento da tese que defende a natureza jurídico-tributária do pedágio é, em apertada síntese, o quanto disposto no art. 150, V, da CF,²⁸⁰ visto que esta norma integra o capítulo referente ao Sistema Constitucional Tributário, precisamente inserida na seção das limitações ao poder de tributar.

Argumentam, ainda, para sustentar a natureza tributária do pedágio com o fato de sua cobrança dever-se à utilização de vias conservadas pelo Poder Público, considerando por conservação a manutenção da via pública, não sua construção (obra inaugural), que possibilitaria a cobrança de contribuição de melhoria, condicionada à valorização imobiliária, fruto da obra de construção.

Para tanto, enquadram o pedágio na espécie tributária taxa,²⁸¹ pois a cobrança se constitui em uma taxa de serviço posto à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa em efetivo andamento.

Para defender a configuração da cobrança do pedágio como taxa de serviço público, alegam que a exação preenche os requisitos conceituais dessa espécie tributária, quais sejam: (i) está vinculada à contrapartida (manutenção da estrada e prestação de serviços

²⁷⁷ Geraldo Ataliba e Aires Barreto. Pedágio federal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 46, p. 90, out.-dez. 1988; Roque Antonio Carrazza. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1994; Luciano Amaro. *Direito tributário brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001; Pinto Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 5.

²⁷⁸ Hely Lopes Meirelles. *Direito municipal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001; Flávia de Azambuja Berti. *Pedágio natureza jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁷⁹ Antônio Carlos Cintra do Amaral. Concessão de rodovias e cobrança de pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 21-33; Celso Antônio Bandeira de Mello. Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 11-20; Sacha Calmon Navarro Coêlho. *Comentários à Constituição de 1988*. 7. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998. p. 69.

²⁸⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou municipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização das vias conservadas pelo Poder Público.

²⁸¹ As taxas, como sabido, são espécie do gênero tributo e podem ser instituídas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte e postos à sua disposição (art. 145, II, da CF c.c. o art. 77 do CTN).

de telefonia, mecânico, socorro médico, entre outros); (ii) é obrigatória, porquanto, em regra, inexistente rota alternativa não pedagiada para se chegar ao destino pretendido; (iii) o serviço é plenamente divisível, sendo possível especificar e mensurar a parte fruída e devida pelo contribuinte/usuário, o qual é perfeitamente identificável (art. 79, II, do CTN).

Argumentam também que há serviços próprios do Estado, chamados serviços essenciais, que, mesmo tendo a sua execução transferida à iniciativa privada, manteriam a natureza jurídica tributária de sua contraprestação, uma vez que somente ensejariam remuneração mediante taxa, não admitindo a cobrança de preços públicos (tarifas), forma de remuneração viável, segundo referida corrente doutrinária, apenas sob a égide da Constituição de 1946, pois nela havia referência a *outras rendas oriundas dos serviços públicos*, que não os tributos.²⁸² Assim, para Roque Carraza:

[...] se o legislador quiser fazer ressarcir, pelos usuários, serviços públicos específicos e divisíveis efetivamente prestados ou postos à disposição, só poderá fazê-lo por meio de taxa (de serviço no caso). [...] Este quadro não se altera se os serviços forem prestados mediante concessão ou permissão. *A política tarifária*, a que alude o art. 175, parágrafo único, III, do Diploma Fundamental, deve ser realizada *não* pelo utente do serviço público, *mas* pela pessoa política que o concedeu ou permitiu. Melhor dizendo, o *destinatário imediato* dessa norma constitucional não é o fruidor do serviço público concedido ou permitido, mas o Poder Público concedente ou permitente.²⁸³ Grifos no original.

Para os que negam a natureza jurídico-tributária do pedágio, o fato de estar a norma constante do art. 150, V, da CF inserida no capítulo do Sistema Tributário Nacional não atribui, por si só, a natureza de tributo ao pedágio, porquanto, se assim o fosse, a Contribuição para o Salário-educação, art. 212, § 5.º, da CF, e a Contribuição para o Programa

²⁸² “O pedágio aparece na Constituição de forma insólita. O art. 150, V, ao proibir o estabelecimento de limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressaltou a ‘cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público’.

Essa disposição deu legitimação constitucional expressa ao pedágio. Além disso, reconheceu-se a natureza tributária (por oposição à idéia de que ele traduziria um preço público), pois essa figura está referida num dispositivo que cuida de tributos, e com exceção a um princípio que limita a criação de tributos.

A Constituição, ademais, relaciona o pedágio com uma atuação estatal específica, pois ele tem por fato gerador a utilização de vias conservadas pelo Poder Público. Não é a construção de uma estrada, de per si, que embasa a exigência do pedágio; essa obra pública pode dar ensejo à contribuição de melhoria. Já o pedágio é cobrado de quem trafega pela via pública, e, por isso, frui a utilidade proporcionada pela obra do Estado” (Luciano Amaro. *Direito tributário brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.90). Grifos no original.

²⁸³ Roque Antonio Carraza. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 558-559.

de Integração Social, art. 239 da CF, não teriam natureza jurídica tributária, pois ambas estão fora do capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional e não estão compreendidas no art. 195 da CF/1988.

Bem ao contrário dessa interpretação “restritiva”, há unanimidade doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza tributária, quer da contribuição para o Salário-educação, quer da contribuição para o Programa de Integração Social. Assim, a localização da norma constitucional não é indicativo seguro da natureza jurídica do instituto.

Invocam, ademais, o fato de não estar a conservação das vias públicas legitimadora da pretendida exação (considerando aqui a “taxa de pedágio”) a cargo do Poder Público, pelo menos não diretamente, porquanto, atualmente, o serviço público de conservação das estradas tem sua execução transferida, como regra, ao setor privado por meio de concessão, nos termos do art. 175 da CF.²⁸⁴

Assim, por não ser a Administração Pública quem faz a cobrança vinculada do referido valor (pedágio), a ele não pode ser atribuída natureza jurídica de tributo sem que com isso não sejam desrespeitados os requisitos constantes do art. 3.º do Código Tributário Nacional (CTN), pelo qual “tributo é toda prestação pecuniária, compulsória, instituída em lei, que não sanciona ato ilícito do particular e é cobrado de modo vinculado pela Administração”.

Argumentam ainda que a cobrança do pedágio não é vinculada, porquanto a concessionária, empresa privada, em algumas ocasiões pode, caso entenda conveniente, deixar de arrecadar o pedágio sem que necessite de autorização legislativa para tanto; ao contrário, a Administração tem as atividades de lançamento, cobrança e arrecadação das

²⁸⁴ “Realmente, é uma empresa privada, sem qualquer participação de capital público, que responde pela prestação dos serviços inerentes à conservação da estrada, tais como a pintura de faixas no asfalto, o corte de mato na margem da rodovia, a colocação e reposição de placas de sinalização, a preservação do asfalto com a tapagem de buracos e recapeação de trechos que demandem tal iniciativa, a colocação à disposição dos usuários de serviços de atendimento médico, ambulâncias, caminhões-guicho, sanitários e informações turísticas, meteorológicas, bem como sobre as condições de tráfego nas rodovias etc. Ou seja, não é o Poder Público quem faz a manutenção das estradas pedagiadas, embora possa fiscalizar a execução dos serviços referidos, alterando unilateralmente cláusulas do contrato de concessão, impondo multas e outras sanções à concessionária etc.” (Flávia de Azambuja Berti. *Pedágio natureza jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 177-178).

receitas tributárias como ato vinculado, nos termos dos arts. 150, I, da CF e 97, I e II, do CTN.

Ao afastar a natureza jurídico-tributária do pedágio, argumenta-se que os regimes jurídicos e os princípios aplicáveis às taxas, espécie tributária em que, para os que defendem a natureza de tributo, se enquadraria o pedágio, são bem distintos dos aplicáveis ao pedágio,²⁸⁵ que se constituiria em uma tarifa,²⁸⁶ espécie de preço público.²⁸⁷

Asseveram que há na Constituição duas espécies de taxa: a decorrente do poder de polícia e a cobrada em razão da prestação, ou disposição, de serviços públicos divisíveis.

Em relação à primeira espécie citada não há o que discutir, pois é evidente a ausência do exercício do poder de polícia autorizador de sua cobrança na atividade em questão.

No tocante à segunda espécie, alegam que há fatores que impedem a conceituação do pedágio como taxa, porquanto embora sua cobrança esteja legitimada por uma lei (a que

²⁸⁵ “A distinção da taxa, relativamente ao preço, que é motivo de grande número de doutrinas e de especial preocupação dos especialistas, perde toda a dificuldade desde que se aceite que a prestação de atividades inerentes à soberania só pode dar lugar a taxas e que todas as outras somas de dinheiro que se exijam como contraprestação de um bem, concessão de seu uso ou gozo, execução de uma obra ou a prestação de um serviço de natureza econômica, só pode dar lugar a preços que serão privados, quase privados ou públicos” (Hector Villegas. Verdades e ficções em torno do tributo denominado taxa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 323-339, jul.-set. 1971, p. 329).

²⁸⁶ “As tarifas, por sua vez, destinam-se a remunerar serviços públicos de fruição voluntária prestados em regime de direito público, o que acarreta, dentre outras conseqüências, o dever de modicidade na sua fixação.

Neste ponto, a tarifa difere do preço público, posto que este é fixado sem preocupação com a modicidade e sem ter seus insumos integralmente regulados pelo Poder Público. Decorre de verdadeira relação com o mercado (ex.: ingresso em estádio de futebol, remuneração pelo uso de bens públicos equivalente a um aluguel). Abrange tanto os serviços públicos prestados em regime privado como as atividades econômicas exploradas pelo Estado” (Flavio Amaral Garcia. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 146-147).

²⁸⁷ A maioria dos doutrinadores não distingue a tarifa dos preços públicos (Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 110; Arnaldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald. *O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 174-178).

Antônio Carlos Cintra do Amaral distingue tarifa, preço e preço semiprivado ou quase-privado. Para o autor, “a tarifa é a remuneração cobrada por concessionária pela utilização efetiva de serviço público concedido. O preço é a remuneração correspondente à contraprestação paga por uma das partes a outra pelo cumprimento de obrigação de dar ou fazer, quer nos contratos privados, quer nos contratos administrativos. O preço semiprivado ou quase-privado, por sua vez, é a remuneração paga pela concessionária ao poder concedente pela outorga da concessão”. (*Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 23).

autoriza a concessão), o valor efetivo da cobrança é fixado no contrato de concessão, o que contraria o art. 150, I, da CF; mencionado valor não está sujeito ao princípio da anterioridade tributária, art. 150, III, “b”, da CF, quer para o início de sua cobrança, quer para eventuais reajustes ou readequações, nem mesmo à “noventena”, ou anterioridade nonagesimal, introduzida no sistema tributário pela EC 42/2003; por fim, é devido a uma pessoa jurídica de direito privado ou a um consórcio de pessoas jurídicas, não ao Estado.

Portanto, ao se atribuir natureza tributária ao pedágio é preciso também concordar que, mesmo sendo tributo da espécie taxa, não está sujeito à anterioridade tributária; ocorre que as hipóteses constitucionais de exceção ao princípio constam da própria Constituição nos arts. 148, I, 150, § 1.º, e 195, § 6.º. É evidente que, se a receita (pedágio) tiver natureza tributária, deverá estar sujeita a todas as limitações constitucionais ao poder de tributar; ao passo que, se tiver natureza “contratual”, haverá maior liberdade em seu manejo.

Ademais, o produto da arrecadação do pedágio não integra o rol das receitas públicas e não é inserido na lei orçamentária anual, aqui sempre considerando tratar-se de rodovias concedidas.

Filiamo-nos à corrente que sustenta que a natureza jurídica do pedágio pode ser tributária ou “contratual”, a depender de o serviço estar sendo prestado diretamente pelo Estado, caso em que se configura taxa de serviço, nos termos do art. 145, II, c.c. o art. 150, V, ambos da CF, porquanto consiste em pagamento devido ao Poder Público, ou por particulares, por intermédio do instituto da concessão, caso em que configura tarifa,²⁸⁸ constituindo-se na remuneração do concessionário, nos termos do art. 175 c.c. o art. 37, XXI, ambos da CF/1988.²⁸⁹

²⁸⁸ “A doutrina emprega como sinônimo as expressões preço público e tarifa. Todavia, parece-nos que esse entendimento não tem supedâneo no texto constitucional. O § 3.º do art. 150 da CF reza que a imunidade recíproca referida na alínea *a*, do inciso VI, e no § 2.º, não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. [...] Assim, observe-se que o dispositivo constitucional refere-se a preços ou tarifas. Todavia, no inciso III do parágrafo único do art. 175 prescreve que a lei disporá sobre a política tarifária da prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão. Assim, entendemos que a Constituição reservou o termo tarifa para significar a receita decorrente da prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão. Disso resulta que as demais receitas contratuais não devem ser denominadas de tarifa, mas de preços” (Luiz Emygdio F. da Rosa. *Direito financeiro e direito tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233).

²⁸⁹ “Dentro desse quadro conceitual é que deve se analisar se o *pedágio* pago pelo usuário de rodovia é *taxa* ou *tarifa*. Entendo, coerentemente com o que foi exposto até aqui, que tanto pode ser *taxa* quanto

Aduz Celso Antônio Bandeira de Mello que, nos casos em que o Estado diretamente presta serviço público ou patrocina obras públicas, deve submeter-se ao regime tributário, o que é evidente em relação aos serviços públicos.²⁹⁰

No que se refere às concessões de serviço ou de obra pública, a solução é outra, porquanto o texto do art. 175 da CF fala em *política tarifária* deixando claro que a remuneração das concessionárias se faz, em regra, por tarifa, como algo distinto das taxas, estranho às figuras de tributo e de regime tributário.

Assim, seja porque nas concessões de obra pública frequentemente o serviço e a obra se fundem, seja porque a Lei 8.987/1995 tratou unificadamente de ambos os institutos (concessão de serviço e de obras públicas), não há dúvida que a retribuição do concessionário é uma tarifa, não uma taxa, porquanto pedágio é a denominação da retribuição do concessionário de obra viária, que é revisível pelo Poder Concedente sem as limitações aplicáveis aos tributos.²⁹¹

O que torna certa a conclusão de que a retribuição do concessionário de serviço ou de obra pública tem que ser efetuada por tarifa, *por regime estranho ao regime constitucional tributário brasileiro*, é o fato de que, caso assim não o fosse, *não poderiam existir nem a concessão de serviço nem a concessão de obra pública*, contrariando as normas contidas nos arts. 175, 21, XI e XII; 25, § 2.º; 30, V, e 223, todos da CF.

tarifa. Se a rodovia é explorada diretamente pelo Poder Público, o pedágio pago pelo usuário é *taxa*. Se a rodovia é explorada indiretamente, mediante concessão, com fundamento no art. 175 da Constituição, o pedágio pago pelo usuário à concessionária é *tarifa*” (Antônio Carlos Cintra do Amaral. Concessões de rodovias e cobrança de pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 27).

²⁹⁰ “Com efeito, o Texto Constitucional vigente (art. 145, II), tal como ocorria na Carta de 1969 (art. 18, I) e na de 1967 (arts. 18 e 19, II), prevê que o Estado poderá instituir taxas pela ‘prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos à sua disposição’. Demais disto, como os artigos em questão prevêem, igualmente, taxas em razão do exercício do poder de polícia, por esse tipo de atuação nas rodovias, se algo coubesse, seria uma taxa. Parece, então, plausível depreender que o mesmo ocorreria com a cobrança pela utilização de vias públicas administradas pelo próprio Estado” (Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 14).

²⁹¹ “Assim, seja porque nas concessões de obra pública freqüentemente serviço e obra estão imbricados (cf. n. 2 e 3), seja porque, na atualidade, a Lei n. 8.987/95, disciplinadora das concessões de serviços e de obras públicas, tratou unificadamente os dois institutos, não há dúvida que, em tais casos, a retribuição do concessionário é uma ‘tarifa’ e não uma taxa” (Pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 15).

Acrescenta o fato de os tributos estarem adstritos aos princípios constitucionais da legalidade, da anterioridade e da anualidade, na forma do art. 150, I e III, *a e b*, da CF, princípios esses que *são visceralmente incompatíveis* com a concessão de obra ou de serviço público, pois não se coadunam com as exigências de garantia do equilíbrio econômico-financeiro, que é um traço característico e inafastável de referidos contratos administrativos (arts. 37, XXI, CF e 9.º, § 4.º, da Lei federal 8.987/1995).

Sacha Calmon Navarro Coêlho e Flavio Amaral Garcia aduzem que o pedágio será taxa quando cobrado pelo próprio Poder Público, ou seja, fora do regime de concessão, e tiver como fato gerador a prestação de serviço público para conservação, manutenção e operação da estrada.

Afirmam, outrossim, que ao Poder Público é vedado estabelecer pedágio com natureza jurídica de taxa para financiar a construção de uma rodovia (obra pública) ou simplesmente cobrá-lo pelo uso do bem público, porquanto nessas hipóteses não haveria serviço público sendo prestado, inexistindo o fato gerador da taxa de serviço público.

Concluem que ou o Poder Público executa a obra com recursos próprios (impostos), ou delega ao particular, utilizando-se da concessão de serviço público precedida da execução da obra pública (art. 2.º, III, da Lei federal 8.987/1995), a atividade de construir a rodovia, quando, então, o concessionário será remunerado por intermédio da cobrança de tarifa (pedágio).²⁹²

Sustentamos que o *pedágio* pago pelo usuário da rodovia tanto pode ser *taxa* quanto *tarifa*, a depender do caso concreto. Nos casos em que a rodovia é explorada diretamente pelo Poder Público, o pedágio pago pelo usuário é *taxa*. Se a rodovia é explorada

²⁹² “Com efeito, o fato de o pedágio figurar como ressalva ao princípio constitucional da vedação à limitação do tráfego de bens, no capítulo do sistema tributário, não permite concluir, em absoluto, que sempre será uma taxa. A ressalva constitucional autoriza a cobrança de pedágio como taxa, mas não exclui sua cobrança como tarifa à luz do disposto no artigo 175 da Constituição Federal, que confere aos entes públicos o poder discricionário de optarem pela forma de prestar os serviços públicos, ou diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão” (Flavio Amaral Garcia. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 150).

“Modernamente o pedágio tanto pode ser preço como taxa, dependendo do regime jurídico que venha a ser adotado para instituí-lo e cobrá-lo.

O pedágio não pode ser instituído ao fundamento de construir estradas. Esse fato não é serviço, é obra. Ora, as obras públicas no Brasil são estipendiadas com recursos gerais do Tesouro” (Sacha Calmon Navarro Coêlho. *Comentários à Constituição de 1988*. 7. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998. p. 69-70).

indiretamente, mediante concessão, com fundamento no art. 175 da Constituição, o pedágio pago pelo usuário à concessionária é tarifa.

Acreditamos, igualmente, que não é permitido ao Poder Público instituir taxa para financiar a construção de uma rodovia, nem mesmo cobrá-la pelo uso do bem público. Cabe ao Poder Público financiar diretamente a construção das rodovias, utilizando os recursos advindos da cobrança de impostos, ou optar por conceder a atividade ao particular, hipótese em que ele será remunerado por tarifa ou receita alternativa, acessória, complementares ou advindas de projetos associados, nos termos do art. 11 da Lei federal 8.987/1995.

A cobrança do pedágio com natureza jurídica de taxa depende da presença da *prestação de um serviço público específico e divisível, prestado aos contribuintes ou postos à sua disposição*, pelo Estado.

2.1 *A questão da bitributação*

Na hipótese de a cobrança do pedágio se constituir em uma taxa, ou seja, quando cobrado diretamente pelo Estado em razão da prestação do serviço de conservação e operação de rodovias, não há que falar em bitributação.

O fato gerador da taxa (pedágio) não guarda relação com o do imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA), previsto no art. 155, III, da CF.

Referido imposto é da competência dos Estados e do Distrito Federal. A taxa de pedágio, por sua vez, poderá ser instituída pela União, Estados ou Municípios, a depender de a estrada ser bem de titularidade de uma dessas pessoas públicas ou de sua administração, e a operação estar sob a responsabilidade de um desses entes federados, como ocorre com alguns trechos de rodovias federais, cuja exploração foi delegada a entes federados em razão da Lei federal 9.277/1996.

A questão já chegou ao Supremo Tribunal Federal:

A hipótese de incidência do IPVA é a propriedade de veículos automotores (CF, art. 155, III) e o sujeito passivo do IPVA é o proprietário do veículo. Registre-se: a propriedade do veículo e não o veículo que se constitui em hipótese de incidência do IPVA. Já a hipótese de incidência do pedágio é a conservação da estrada ou rodovia e ocorre quando da utilização das rodovias federais, pontes e obras de arte especiais que as integram (Lei n. 7.712, art. 1.º). Contribuinte do pedágio é o usuário da rodovia (Lei n. 7.712/88, art. 2.º).²⁹³

Outra questão não menos importante é que o IPVA é um imposto e, como tal, sua receita não pode estar vinculada à despesa pública (no caso manutenção e conservação de rodovias). A vedação de vinculação da receita de impostos é expressa na Constituição Federal, art. 167, IV.

Nos casos em que o pedágio tiver a natureza jurídica de tarifa, com maior razão afasta-se a tese de bitributação, porquanto a tarifa não tem natureza jurídico-tributária, mas contratual.

2.2 *A questão da violação ao direito de liberdade de locomoção e da obrigatoriedade de via alternativa*

Em razão da atual opção governamental pelo modelo de financiamento das infraestruturas por meio do instituto da concessão, com a crescente instituição de pedágios nas rodovias, têm surgido questionamentos, mediante ações civis públicas e ações populares, quanto à constitucionalidade da cobrança do pedágio, sob o fundamento de que referida cobrança violaria o direito de liberdade de locomoção, art. 5.º, XV, da CF.

Sob outro prisma, ainda em linha contrária à cobrança de pedágio, sustenta-se a impossibilidade de cobrança da tarifa na inexistência de via alternativa não pedagiada.

Em relação à primeira questão, é sabido que os direitos fundamentais não são absolutos e que podem sofrer condicionantes que restrinjam o seu exercício. No caso em apreço, a própria Constituição, nos arts. 175 e 150, V, permite a cobrança de pedágio, seja na forma de tarifa, para remunerar a concessionária prestadora de serviços públicos, seja

²⁹³ Recurso Extraordinário 194.862/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 04.05.1999.

na de taxa, como contraprestação pela *utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição*.

Assim, a cobrança de pedágio pelo Estado ou pelo particular em colaboração, utilizando-se a terminologia de Celso Antônio Bandeira de Mello, não impede ou mesmo restringe o direito à liberdade de locomoção, porquanto não está o Estado condicionando o exercício de referido direito a alguma autorização específica.²⁹⁴

A respeito ponderam Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho, respectivamente:

Além disto, dependendo do que as leis estabeleçam, o uso comum pode ser gratuito ou remunerado.

Assim, a circulação de veículos nas estradas é livre, mas seus condutores, para fazê-lo, terão que pagar pedágio acaso estabelecido.

Ao dizer-se que o uso é livre, está-se caracterizando que ele independe de algum ato administrativo reportado a alguma individualização especificadora de tal ou qual utente. Assim, *verbi gratia*, o pagamento de pedágio, a que se vem de aludir, é condição geral impositiva a quaisquer condutores de veículos – e não decisão individualmente tomada à vista deste ou daquele usuário.²⁹⁵

Assim, por exemplo, a liberdade de ir e vir não assegura ao indivíduo o direito de fruir gratuitamente o transporte público. Não é juridicamente defensável o argumento de que, como todo o indivíduo pode deslocar-se livremente no espaço geográfico, haveria o direito de valer-se da frota de transporte público sem o pagamento da tarifa correspondente. [...] Não se passa diversamente com a rodovia, que se configura em uma utilidade gerada, construída pelo Estado.²⁹⁶

A instituição de pedágio não afronta o direito de locomoção, e o ente público tem liberdade constitucionalmente outorgada de optar pela gestão direta ou indireta dos bens e serviços públicos (discricionariedade administrativa), desde que o faça nos limites da

²⁹⁴ “Tome-se, a título de exemplo, o Direito à educação, que é Direito Fundamental da categoria dos Direitos Sociais (art. 6.º, da CF), e que traz em si o Direito à Cultura. Por acaso a cobrança de tarifas para o acesso aos Museus mantidos pelo Poder Público tem como requisito a disponibilização de um outro museu, com outras obras menos célebres, ou mesmo com meras reproduções, porém gratuito, para que não seja lesado o Direito Fundamental de Acesso à Cultura? O absurdo do argumento fala por si próprio. Ora, com o pedágio se passa a mesma coisa: não se está a impedir ninguém de se dirigir ao lugar que bem entenda; não está o Estado a limitar esse deslocamento a quaisquer autorizações específicas” (Luiz Guilherme Marinoni; Carlos Gustavo Andrioli. Ação que ataca a cobrança de pedágio sob o argumento de que estaria sendo ferido o direito de ir e vir. Tutela antecipatória. Descabimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 777, p. 119, jul. 2000).

²⁹⁵ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 764.

²⁹⁶ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 187-188.

Constituição e das leis, o que, no caso das concessões de rodovia, encontra amparo no art. 175 da CF e em âmbito ordinário nas disposições da Lei federal 8.987/1995.

Analisando a segunda questão, que antes do atual ordenamento constitucional e da edição da Lei 8.987/1995 já despertou aguda polêmica,²⁹⁷ e que, atualmente, deve ser analisada em face da legislação em vigor, acreditamos que o pedágio, quer sob a forma de taxa, quer de tarifa, pode ser exigido sem a necessidade de que exista via alternativa, de livre trânsito, franqueada ao usuário.

Não há, em nenhum de seus dispositivos, norma que estabeleça que a cobrança de tarifa está condicionada à existência e disponibilidade de serviço alternativo ou gratuito.

A Lei apenas estabelece que a concessão, a princípio, não terá caráter exclusivo, art. 16 da Lei federal 8.987/1995,²⁹⁸ com a ressalva de o ter nas hipóteses de inviabilidade técnica ou econômica, as quais devem ser justificadas no ato a que se refere ao art. 5.º da mesma Lei.²⁹⁹

²⁹⁷ Antônio Carlos Cintra do Amaral cita que na vigência da Constituição de 1967, EC de 69, a Dersa solicitou pareceres quanto à constitucionalidade e legalidade da cobrança de pedágio na Via Anchieta e Rodovia dos Imigrantes, tendo incluído referidos pareceres em uma publicação específica sob o título Pedágio – Constitucionalidade e legalidade.

Aduz não ter encontrado em nenhum de referidos pareceres referência a fundamento constitucional ou legal que justificasse o condicionamento da cobrança de pedágio à existência de via alternativa.

Cita, como exemplo, o parecer de Arnoldo Wald, datado de 21.11.1969, destacando o seguinte trecho: “Embora os textos legais referentes ao pedágio nenhuma referência expressa faça à necessidade de alternativa, a possibilidade de utilização gratuita de outra via, anteriormente existente, é condição tradicional da cobrança do pedágio em outras legislações. A esse respeito, esclarece Assis Ribeiro que o público americano aceitou o princípio de que no custo do transporte se inclui, também, o custo da estrada, partindo da permissão da opção entre auto-estrada paga e estrada tradicional e gratuita”.

Cita, também, trecho do parecer de Hely Lopes Meirelles: “No caso particular do pedágio de rodovia, exige-se que a estrada apresente condições especiais de tráfego (via-expressa de alta velocidade e segurança), seja bloqueada e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino), embora em condições menos vantajosas de tráfego. Estes requisitos são hoje considerados indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional”.

Assevera Cintra do Amaral que não entende juridicamente viável a obrigatoriedade da existência de via alternativa apenas com supedâneo em outras legislações que não a nacional, ou em doutrina rodoviária estrangeira ou nacional, porquanto ao jurista cabe interpretar normas postas, a conclusão juridicamente sustentável é a que se infere do Direito positivo (Concessão de rodovias e cobrança de pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 32-33).

²⁹⁸ Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5.º desta Lei.

²⁹⁹ Art. 5.º O poder concedente publicará, previamente ao edital da licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando-se o seu objeto, área e prazo.

Enumera a Lei no seu art. 7.º os direitos e obrigações dos usuários, prevendo no inciso III, com redação determinada pela Lei 9.648, de 27.05.1998, que é seu direito *obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviço, quando for o caso, observadas as normas do Poder Concedente*.

A nova redação do artigo apenas veio explicitar o que já decorria da interpretação sistemática da referida Lei, mesmo na redação original do dispositivo,³⁰⁰ qual seja que a liberdade de escolha não se refere ao serviço (gratuito ou tarifado), mas sim ao fornecedor (liberdade de escolha entre prestadoras em liberdade de competição); o dispositivo tem relação direta com a regra da ausência de exclusividade da concessão.

Nesse sentido é o posicionamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

A exclusividade, que se assegurava com freqüência às concessionárias, passou a ser exceção com o advento da nova legislação sobre o regime das concessões.

De um lado, erigiu-se em direito do usuário do serviço público a escolha (art. 7.º, III, da Lei n. 8.987/95) e, paralelamente, estabeleceu-se legalmente a regra da não exclusividade da outorga de concessão (art. 16 desse mesmo diploma legal).

O dispositivo normativo em vigor, no qual se dispõe que a concessão “não terá caráter de exclusividade, salvo [...]”, não se encontra bem acomodado no Capítulo V da Lei n. 8.987/95, que cuida “da licitação”.

Esse deslocamento topográfico do dispositivo não infirma a validade do que nele é exposto, até mesmo por causa do direito do usuário, que se lhe antecede naquele mesmo documento normativo e que é determinante da inocorrência da exclusividade (art. 7.º, III).

Há que ser referido, ainda, quanto ao tema, o preceito contido no art. 15 da Lei n. 9.074/95, que estabelece que “respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões *serão feitas sem exclusividade* de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior de 10.000 KW [...]”. E o art. 16 dessa mesma Lei cuida de encarecer que: “É livre a escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior de 3.000 KW, atendidos sem qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.³⁰¹

³⁰⁰ Art. 7.º, III – redação original: obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente.

³⁰¹ *Concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 82.

Antônio Carlos Cintra do Amaral,³⁰² analisando a questão, aduz que em certos casos o usuário tem direito de escolher uma alternativa em relação ao serviço público que lhe é prestado. Cita, como exemplo, o gás canalizado, cujo serviço público é de titularidade do Estado (art. 25, § 2.º, da CF), podendo ser explorado diretamente, quando caberia a instituição de uma taxa, ou por intermédio de concessão, quando lhe seria cobrada uma tarifa. O usuário, nesse caso, pode escolher entre o gás canalizado, serviço público, e o engarrafado (GPL), cujo fornecimento não se constitui em serviço público, mas em atividade econômica.

Esclarece que, se o Estado presta diretamente o serviço de gás canalizado e o usuário opta pelo GPL, estará, mesmo assim, sujeito a pagar taxa pelo gás canalizado, que lhe é posto à disposição, embora não utilizado, e o preço privado pelo fornecimento efetivo de GPL, o que não ocorre se o referido serviço for prestado indiretamente pelo Estado, porquanto a concessionária somente pode cobrar tarifa se o serviço for efetivamente prestado, não posto à disposição.

Assim, “é estritamente nesse sentido que se pode falar em *facultatividade* do serviço prestado mediante pagamento de *tarifa*. Em outras palavras: a *facultatividade* está em que posso ou não utilizar o serviço, somente pagando *tarifa* se efetivamente utilizá-lo, ao contrário da *taxa*, cujo pagamento pode ser *obrigatório* pelo simples fato de estar o serviço à *minha disposição*”³⁰³ (grifos do autor)

Sob outro enfoque, José Afonso da Silva entende que nos casos de inexistência de via alternativa restaria configurada a natureza jurídica tributária do pedágio, uma vez que restaria presente a compulsoriedade da cobrança. E enfatiza:

O pedágio não era considerado tributo, mas uma forma de preço público. Agora ao fazer a ressalva dele em relação aos tributos, fica ainda maior a dúvida quanto à sua natureza. Enfim, ele está definitivamente no limiar do conceito de tributo, tudo dependendo de se dar ou não opção ao usuário

³⁰² Concessões de rodovias e cobrança de pedágio. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. 21-33, p. 30-31.

³⁰³ Idem, *ibidem*, p. 30-31.

quanto a outro via não sujeita ao pedágio; mas a medida que se expande a todas as rodovias, sua caracterização tributária se acentua.³⁰⁴

Portanto, apenas seria possível instituir uma concessão onerosa de serviço ou de serviço precedida de obra se ao usuário da rodovia fosse garantido o direito de optar por outro modo de prestação do mesmo serviço, sem nenhum custo.

Discordamos do raciocínio, pois entendemos que o art. 150, V, da CF deve ser interpretado conjuntamente com o art. 175, também da Constituição Federal, que permite a prestação indireta de serviços públicos por meio de concessão, remunerando-se o concessionário, nos termos da Lei. A Lei federal 8.987/1995 não atribui liberdade de escolha entre serviços alternativos, mas entre prestadores em regime de competição.

A todos os argumentos expostos soma-se a modificação legislativa ocorrida na redação do art. 9.º, § 1.º, da Lei 8.987/1995 pela Lei 9.648/1998. Referida norma reza que *somente nos casos expressamente previstos em lei a cobrança da tarifa poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário*. Inverteu-se, com isso, segundo pensamos, a premissa da tese que sustentava a obrigatoriedade da existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

Sob outro ângulo, aduz Marçal Justen Filho:

Um Estado endividado como o Brasil não dispõe de recursos para construir ou manter rodovias. Nem, muito menos, encontra-se em condições de manter um sistema rodoviário duplicado: um conjunto de rodovias públicas, mantidas pelos cofres públicos para utilização gratuita dos proprietários de veículos, e outro conjunto de rodovias privadas, objeto da concessão. Nem haveria disposição da iniciativa privada para assumir os encargos pertinentes a concessões, diante ou do risco de se reconhecer a nulidade do contrato ou da inviabilidade econômica de competir com rodovias gratuitas não pedagiadas. Logo a defesa da gratuidade do sistema conduz à sua inviabilização e propõe o enorme risco de seu desaparecimento. Nem haverá cobrança de pedágio nem haverá rodovias para trânsito gratuito.³⁰⁵

Não é preciso, segundo pensamos, recorrer a argumento com certo viés ideológico para concluir que não há a obrigatoriedade da existência de via alternativa gratuita para

³⁰⁴ *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 693.

³⁰⁵ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 191.

permitir a concessão da operação de rodovia à iniciativa privada, com a cobrança de tarifa do usuário, porquanto a concessão de rodovias é modalidade de concessão de serviço público ou de serviço público precedida de obra pública, decorrendo do ordenamento jurídico, ou seja, das normas vigentes, a ausência de referida obrigatoriedade.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RODOVIA. PEDÁGIO. SUSPENSÃO. VIAS ALTERNATIVAS. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO EXPRESSA. LEI N. 8.987/95, ARTIGOS 7.º, III, E 9.º, PARÁGRAFO 1.º. PRECEDENTE.

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal visando suspender a cobrança de pedágio na Rodovia BR 227, nos postos indicados, sob a alegação de que tal cobrança em rodovias federais cuja exploração foi concedida à iniciativa privada somente se legitima caso exista via alternativa, possibilitando ao usuário deslocar-se sem o referido pagamento.

A Lei n. 8.987/98, que regula a concessão e permissão de serviços públicos, não prevê a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio, nem mesmo no seu artigo 7.º, III.

Ao contrário, o artigo 9.º, parágrafo 1.º, da mesma lei, é expresso em dispor que “a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário”. Precedente: REsp n. 417.804/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* de 16.05.05. Recurso improvido³⁰⁶ (grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS. 81 E 82, I). CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO.

O Ministério Público está legitimado a promover a ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, **nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes.**

Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança acarreta. [...] Assim, a contrapartida de oferecimento de via

³⁰⁶ REsp 927.810/PR, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.07.2007, *DJ* 16.01.2007.

alternativa gratuita como condição para a cobrança daquela tarifa não pode ser considerada exigência constitucional. **A exigência, ademais, não está prevista em lei ordinária, nomeadamente na Lei 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos.** Pelo contrário, nos termos do seu art. 9.º, parágrafo primeiro, introduzido pela Lei 9.648/98, “a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário”. 4. Recurso especial do Estado do Paraná conhecido em parte e improvido; recurso especial de VIAPAR S/A conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido; recursos especiais do DNER e da União conhecidos em parte e, nessa parte, providos; e recurso especial do DER conhecido e provido³⁰⁷ (grifos nossos).

2.3 *A tarifa de pedágio com valores diferenciados*

A possibilidade de diferenciação das tarifas em razão de características técnicas e dos custos específicos decorrentes do atendimento a distintos segmentos de usuários é prevista no art. 13 da Lei 8.987/1995.³⁰⁸

Há discussão quanto à amplitude de referido dispositivo normativo, especialmente em razão do veto ao art. 12, que constava do projeto de lei que deu origem a Lei 8.987/1995, que dispunha ser “vedado, ao poder concedente, estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários do serviço concedido, exceto se no cumprimento de lei que especifique as fontes de receita”.³⁰⁹

³⁰⁷ REsp 417.804/PR, Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.04.2005, DJ 16.05.2005. No mesmo sentido REsp 617.002/PR, rel. Min. José Delgado.

³⁰⁸ Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

³⁰⁹ As razões do veto foram:

“O impropriamente denominado tratamento privilegiado representa, na totalidade das vezes, medida de cunho eminentemente social, que traduz formas compensatórias de distribuição de rendas através de preços públicos, tendo por motivação os elevados princípios de justiça social que dimanam da Constituição.

Acaso convertido em lei o dispositivo ora vetado, teria ele o condão de revogar (art. 1.º, do Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942) as leis que veiculam esses subsídios sociais por não conterem elas a respectiva fonte de recursos, com graves conseqüências para a classe menos favorecida da população.

Assim, essas pessoas teriam, de inopino, sacrificadas as suas rendas familiares, ao ter que arcar, por exemplo, com o pagamento de energia elétrica e gás liquefeito de petróleo às mesmas tarifas pagas pelos usuários de renda mais elevada; pessoas portadoras de deficiência física e aposentados se veriam privados da gratuidade das tarifas de transporte coletivo.

Ademais, tal modalidade de proteção do concessionário encontra sede mais adequada no contrato de concessão, no qual devem ser claramente definidos os ‘direitos, garantias e obrigações do Poder Concedente e da Concessionária’ (art. 23, V, do projeto), que naturalmente incluem todas as medidas de proteção desta última”.

Parte da doutrina considera que a norma do art. 13 somente autoriza a instituição de tarifa diferenciada para determinados grupos de usuários, em função de características especiais do serviço prestado e dos custos específicos obtidos, não permitindo a diferenciação tarifária pautada exclusivamente em razão de política social.³¹⁰

Entendemos descabida a interpretação restritiva ao dispositivo legal. A referida regra legal encontra fundamento no princípio da isonomia, porquanto os usuários que se encontrem em posições jurídicas distintas devem, igualmente, receber tratamento diferenciado.

No campo das concessões de rodovias a regra tem sido aplicada na distinção dos valores das tarifas em razão da categoria do veículo, em especial o número de eixos; na previsão de valores de pedágio distintos para usuários que residam ou trabalhem nas proximidades da praça de pedágio e que obrigatoriamente têm que fazer uso da rodovia para se locomover diariamente, às vezes mais de uma vez por dia; na fixação de valores de pedágio distintos em razão do horário ou do dia na semana.³¹¹

A definição da política tarifária cabe ao Poder Concedente, desde que respeitados os termos da lei, conforme art. 175 da CF. É indispensável, ainda, que a diferenciação tarifária seja razoável e decorra de uma situação fática que a justifique.

³¹⁰ Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei Alencar. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 49-51.

³¹¹ “No campo das concessões de rodovias, esta norma tem sido aplicada nos valores do pedágio cobrados em razão da categoria do veículo, em especial ao que toca o número de eixos. Assim, o valor do pedágio cobrado de um caminhão, de um carro de passeio e de uma motocicleta é distinto, na medida em que considera a distribuição de peso dos veículos, sendo a tarifa proporcional ao desgaste causado na rodovia.

[...]

Inovação introduzida nesse campo foi a formatação de concessão pelo Estado do Rio de Janeiro (Concessão envolvendo a ligação viária de Rio Bonito-Araruama-São Pedro da Aldeia-Via Lagos) que estabeleceu valores de pedágio diferentes para os dias da semana e para os finais de semana, tendo gerado bastante polêmica entre os usuários da rodovia.

O fundamento legal para essa diferenciação foi o artigo 13 da Lei 8.987/95. No aspecto financeiro, o que autorizou a cobrança de valores distintos, não livre de polêmica, foi o aumento do número de carros no final de semana, já que, no caso de regiões turísticas e de veraneio, a movimentação de veículos é infinitivamente superior a dos demais dias da semana” (Flavio Amaral Garcia. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 165-166).

Tratando-se de rodovias – concessões de serviço público ou de serviço público precedida de obra pública – nada obsta que as tarifas sejam diferenciadas, nos termos e limites do art. 13 da Lei 8.987/1995 e do art. 35 da Lei 9.074/1995.³¹²

Sob outro ângulo, a norma constante do art. 35 (e seu parágrafo único) da Lei 9.074/1995 autoriza a interpretação de que a distinção tarifária (benefício tarifário) não precisa restringir-se às hipóteses de características especiais do serviço que acarretem custos específicos para o seu fornecimento.

Para que sejam respeitados os termos e limites do art. 13 da Lei 8.987/1995 e do art. 35 da Lei 9.074/1995, bem como para que a medida seja razoável e atenda precipuamente ao interesse público, é preciso que o Poder Concedente realize efetivo estudo do universo dos futuros usuários do sistema rodoviário, das características da região que a rodovia atravessa, bem como do impacto da instituição do pedágio e dos custos envolvidos na concessão. Apenas dessa maneira poderá estabelecer, com a seriedade que a questão exige, considerando, inclusive, o princípio da eficiência explicitado no art. 37 da CF, tarifas diferenciadas, podendo atender a aspectos sociais.³¹³

³¹² Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular.

³¹³ “De certa forma, o art. 13 da Lei 8.987/95, adiante examinado, equilibra os interesses públicos envolvidos, de cunho social e de caráter econômico, na medida em que prevê a possibilidade de fixação de tarifas diferenciadas.

Versa o aludido art. 13 sobre a distinção que deve haver entre as tarifas dos serviços públicos, em função dos fatores específicos, de natureza técnica ou de custo, ou, ainda, das diferentes categorias de usuários. Dá-se, nesse dispositivo, guarida ao princípio da isonomia – tratamento igual aos que estejam na mesma situação e diferenciado aos que não se encontrem nas mesmas condições. Daí a necessidade de regramento particularizado de cada uma das categorias de usuários, nos vários segmentos da prestação de serviços públicos” (Arnoldo Wald; Luiza Rangel de Moraes; Alexandre de M. Wald. *O direito de parcerias e a lei de concessões*: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 345-346).

“Como já salientamos, há, na área de influência da rodovia, desde clientes de baixa renda, operários, pessoas de classe média que se deslocam diariamente para o trabalho, escolares até veranistas e turistas de altíssimo nível de vida.

O efetivo estudo desse universo teria conduzido, certamente, ao estabelecimento de tarifas diferenciadas, como, aliás, é previsto no art. 13 da Lei 8.987/94 [...]” (Alice Maria Gonzalez. *Concessões de serviços públicos para exploração de rodovia – Aspectos sociais da política tarifária – Alternativas de procedimentos para sua compatibilização com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro inicial*. *Informativo de*

No âmbito do planejamento, merece destaque recomendação do TCU à ANTT realizada por oportunidade do julgamento do Processo 016.19/2008-9, Acórdão 2104/2008-Plenário:

- 9.3.2.1 avalie o impacto do projeto também sob o ponto de vista dos transtornos causados aos municípios limítrofes à rodovia;
- [...]
- 9.3.2.7 avalie a oportunidade de se implantar um modelo de cobrança de pedágios proporcional à distância percorrida nas vias;

Referidos *benefícios* tarifários devem constar obrigatoriamente do edital da concessão, de forma a permitir que os licitantes possam apresentar as suas propostas já cientes de seus encargos, porquanto integrarão a equação econômico-financeira da futura relação contratual.

O que é vedado ao Poder Concedente é instituir *benefícios* tarifários após a apresentação da proposta, mesmo que estes sejam apenas suplementares aos já constantes do edital sem fazer a previsão da fonte de custeio e de ressarcimento da eventual perda de arrecadação imposta à contratada, porquanto a restauração, nesse caso específico, da equação econômico-financeira do contrato, é obrigatória.³¹⁴

Necessariamente, referida restauração não precisa acarretar revisão da tarifa, ou seja, do valor do pedágio. É possível que a equação seja restabelecida com a diminuição de encargos atribuída à concessionária, com a implementação de receitas *alternativas*,

Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal (IDAF), Curitiba, ano 1, n. 8, p. 712-722, mar. 2002, p. 719).

³¹⁴ “O direito a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é assegurado pela Constituição da República. Seu art. 37, que enuncia os princípios a serem observados pela Administração Pública, determina, no inciso XXI, que sejam ‘mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei’” (Antônio Carlos Cintra do Amaral. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 27, dez. 2009). Grifos no original.

complementares, acessórias ou de projetos associados,³¹⁵ com a dilação do prazo contratual³¹⁶ ou com subsídio do Poder Concedente.

2.4 A isenção do pedágio

A isenção tarifária não se confunde com o direito a uma tarifa diferenciada. No primeiro caso, um segmento de usuários terá o direito de usufruir do serviço prestado sem que isso lhe acarrete o dever de pagar qualquer quantia a título de tarifa, no caso das rodovias, de pedágio.

Da mesma forma que a tarifa com valores diferenciados, a isenção tarifária está adstrita à norma inserta no art. 35 da Lei 9.074, de 07.07.1995, que, por se tratar de norma geral, aplica-se a todos os serviços públicos objeto de concessão, inclusive as rodovias.³¹⁷

³¹⁵ “Ao referir-se a receitas *alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados*, a lei parece utilizar tais expressões como sinônimas, embora não o sejam. Isto porque, de acordo com o dispositivo, todas elas têm por objetivo favorecer a modicidade das tarifas. Há, portanto, o pressuposto de que a tarifa deva ser cobrada sempre.

Os projetos associados podem ser da mais variada espécie, dependendo do tipo de serviço concedido. Nas rodovias e ferrovias podem consistir em utilização de áreas contíguas ou vizinhas que se prestem à exploração de parques temáticos, *shopping centers*, hotéis, postos de serviços automotivos, restaurantes conjuntos habitacionais, estações aduaneiras e outros empreendimentos de natureza semelhante.

No transporte urbano sobre pneus ou sobre trilhos a exploração da publicidade nas estações e nos próprios veículos constitui sempre uma receita complementar.

[...]

Também podem ser deferidos ao concessionário, como receita complementar, os valores das multas impostas aos usuários pela violação das normas regulamentares do serviço, dependendo do que constar do edital e do contrato. Por outro lado, os valores obtidos como ressarcimento dos prejuízos causados por culpa ou dolo dos usuários (v.g., excesso de peso nas rodovias, depredação de bens utilizados no serviço) não podem ser considerados, a rigor, como receita acessória, uma vez que visam a repor o serviço na situação anterior” (Eurico de Andrade Azevedo; Maria Lúcia Mazzei Alencar. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 47-48).

³¹⁶ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello em parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico financeiro do contrato, publicado em *Contratos de concessão de rodovias*: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 51-63.

³¹⁷ “As normas da Lei 9.074 dizem respeito, em sua maioria, à concessão de energia elétrica. Nesse sentido, são normas *federais*, na medida em que o Poder Concedente do serviço público de energia elétrica é a União. Esse artigo 35, porém, contém, inequivocamente, uma norma de caráter *nacional*. Sua finalidade é declaradamente preservar o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público em geral, resguardando-o do impacto de novos benefícios tarifários estipulados pelo Poder Concedente. Trata-se de norma pertinente à *política tarifária*, conteúdo da lei prevista no art. 175 da Constituição Federal (inciso III do § 1.º)” (Antônio Carlos Cintra do Amaral. Validade de leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágio*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2005. p. 125).

O objetivo da lei foi evitar a isenção tarifária sem a previsão de outra fonte de custeio, seja por intermédio de subsídio do próprio Poder Concedente, quando deverá haver previsão e efetiva disponibilidade de recursos orçamentários, seja pela revisão do valor da tarifa.

A diretriz traçada pela lei está em consonância com o princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 37, XXI, da CF) e com a formulação de uma política tarifária (art. 175, III, da CF).

A lei não permite que o benefício tarifário seja singular, podendo ser atribuído apenas a uma classe ou coletividade de usuários do serviço, o que atende ao princípio da impessoalidade a que está adstrita a Administração Pública (art. 37 da CF).

A revisão tarifária não deve ser compreendida simplesmente como elevação do valor da tarifa, mas, sim, como um redimensionamento da própria equação financeira do contrato.³¹⁸

³¹⁸ “Se, durante a concessão, o Poder Concedente estipula benefícios tarifários – logicamente imprevisíveis no momento da celebração do contrato –, isso constitui um fato *do príncipe*, que tem como resultado a redução da tarifa operacional.

Para preservar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o art. 35 da Lei 9.074 *condiciona* essa estipulação:

- a) à previsão, em lei, da origem do recurso; ou
- b) à simultânea revisão da estrutura tarifária (no caso, pedágio).

Vale dizer: a perda de receita operacional pelo concessionário *deve ser* compensada por um dos dois esquemas previstos: substituição por uma dotação orçamentária, ou revisão da estrutura da tarifa (pedágio).

A dotação orçamentária deve não apenas ser prevista, mas tornada disponível. Isso porque entre o momento da *previsão* e o da *disponibilidade* dos recursos orçamentários poderá ocorrer o desequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão, o que será juridicamente inadmissível.

Quanto à revisão da estrutura tarifária, pode ela ser efetuada mediante:

- a) aumento do valor do pedágio;
- b) atribuição ao concessionário de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados;
- c) eliminação ou redução de encargos dos concessionários.

Esses mecanismos podem ser utilizados isoladamente ou em conjunto.

Parece-me claro que essa compensação de receita, sob uma das modalidades previstas na lei, é indispensável à estipulação do benefício tarifário.

Se este surge no mundo jurídico mediante produção de uma lei, o Poder Concedente *deve* compensar a perda de receita, substituindo-a por outra de caráter não-operacional, ou revendo a estrutura da tarifa” (Antônio Carlos Cintra do Amaral. Validade das leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas. In: Leticia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*, São Paulo: ABCR, p. 126-127).

É preciso, no entanto, conforme adverte Antônio Carlos Cintra do Amaral, que o Poder Público procure evitar interferências de tal ordem no contrato que possam acarretar a completa destruição de seu equilíbrio econômico-financeiro, obrigando a injeção de elevados recursos financeiros e, com isso, desnaturando a própria concessão, visto que, nesse caso, o regime tarifário seria substituído por uma remuneração certa e determinada.³¹⁹

A hipótese ofenderia, inclusive, o princípio licitatório, na medida em que a própria modelagem da concessão seria alterada após o certame. Ademais, a prerrogativa de alteração unilateral de condições da concessão pela Administração não lhe permite desnaturar ou desvirtuar o objeto concedido por meio de modificações impostas ao concessionário.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar a questão referente à concessão de isenção e de desconto tarifário à categoria de usuários de rodovia concedida, sem a previsão de fonte de custeio alternativa. Trata-se da ADI 2.733-6/ES movida em face da Lei 7.304/2002, do Estado do Espírito Santo,³²⁰ que excluiu da relação de veículos sujeitos ao pagamento de pedágio as motocicletas, bem como concedeu desconto de 50% incidente sobre o valor da tarifa aos estudantes usuários das rodovias estaduais concedidas.

A ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do relator, Ministro Eros Grau, foi por unanimidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do ato normativo *que avançou sobre a política tarifária estabelecida contratualmente e sobre o controle do Poder Concedente, introduzindo elemento novo na relação contratual entre o Poder Concedente e o concessionário*; reconheceu o Tribunal ter sido violado o art. 175 da CF.³²¹

³¹⁹ “Leis, ou projetos de lei, cujas cópias me foram apresentadas pela consulente, parecem *destruir* – e não *desequilibrar* – a equação econômico-financeira da concessão. Nessa hipótese, a alternativa, prevista no art. 35 da Lei 9.074, de rever a estrutura da tarifa (pedágio), passaria a inexistir. Diante disso, se o Poder Concedente destinasse recursos orçamentários como forma de compensar a perda de receita do concessionário – que nesses casos seria total –, estaria descaracterizando a concessão, transformando-a em *terceirização* de serviços. Isso porque uma das características principais da concessão é o *regime tarifário*. Se não é o usuário que paga, ao concessionário, pedágio pela utilização da rodovia, não há típica *concessão de serviço público*. Se o concessionário recebe do Poder Concedente remuneração (preço privado) pela exploração da rodovia, caracteriza-se um contrato não de *concessão*, mas de *prestação de serviços* à Administração Pública [...]” (Validade das leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas. In: Leticia Queiroz de Andrade. *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*, São Paulo: ABCR, 119-129, p. 127-128).

³²⁰ A Lei impugnada foi fruto de projeto de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador.

³²¹ Segue transcrita parte do voto condutor, proferido pelo Min. Eros Grau na ADI 2.733-6/ES:

“[...] 6. O texto normativo atacado, ao conceder isenções e descontos nos pedágios estaduais altera substancialmente o contrato celebrado entre o Poder Concedente – o Estado do Espírito Santo, por

3 Outras fontes de receitas do concessionário

Entendemos que não há exigência do ordenamento constitucional brasileiro, especialmente da norma contida no art. 175 da CF, de que o concessionário de serviço público seja remunerado exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelo usuário, bem como seja ele o único a arcar com riscos envolvidos na concessão.

O art. 175 e seus parágrafos não exigem que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário, antes ele permite que esta seja uma das formas de remuneração do concessionário.

intermédio do Departamento de Estradas de Rodagens, autarquia vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – e o concessionário de serviço público. Importa, destarte, indevida ingerência do Poder Legislativo em campo próprio da atividade administrativa.

7. A isenção e os descontos contemplados pelo texto normativo frustram as expectativas da contratada, já que reduzem suas receitas sem que seja prevista qualquer forma de compensação por essa redução, o que acarreta desequilíbrio na relação contratual, uma vez que os custos permanecem os mesmos.

[...]

10. Ao conceder descontos e isenções sem prever qualquer forma de compensação, a lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba com a empresa concessionária, Rodovia do Sol S/A. Essa situação de desequilíbrio econômico deve ser corrigida pelo Poder Concedente, o Estado do Espírito. É o que decorre da cláusula ‘mantidas as condições efetivas da proposta’ constante do inciso XXI do artigo 37 da Constituição do Brasil.

[...]

12. Note-se bem que, como observei em outra ocasião, essa preservação não se impõe por razões de equidade, mas por imposição do interesse público; em razão dele é que se faz necessária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração, considerada a relação aceita pelas partes no momento da contratação (a permanência da correspondência entre as prestações no tempo). Há, no caso, alteração dessa relação, do que decorre descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários; a lei avançou sobre a política tarifária estabelecida contratualmente e sobre o controle do Poder Concedente, introduzindo elemento novo na relação contratual entre o Poder Concedente e o concessionário; daí, qual reconhecido por esta Corte na ADI/MC n. 2.299, o artigo 175 da Constituição resulta violado.

13. A afronta ao princípio da harmonia entre os poderes é evidente na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos por estes celebrados, introduzindo alterações unilaterais em contratos administrativos. Permito-me sublinhar a circunstância de aqui aludir não a uma improvável e inconsistente ‘separação’ – que a doutrina atualizada sepultou há várias décadas – mas à harmonia entre os poderes, na linha do que afirmei no meu voto na ADI n. 3.367.

14. Vislumbro, destarte, inconstitucionalidade material no artigo 1.º da lei atacada, e por consequência também nos demais preceitos, por afronta ao artigo 2.º, ao artigo 37, XXI, e ao artigo 175 da Constituição do Brasil.

Julgo procedente o pedido formulado nesta ação direta e declaro inconstitucional a Lei n. 7.304/02 do Espírito Santo” (STF, Plenário, 26.10.2005).

A remuneração do concessionário de serviço público se faz pela exploração do serviço concedido. Embora a tarifa seja o principal instrumento de remuneração do concessionário, não é o único.

As fontes de receitas do concessionário dependem de opções feitas pelo Poder Concedente ao definir a política tarifária.

A utilização de outras fontes de receitas que não exclusivamente a tarifa para remunerar o concessionário está normativamente prevista no art. 11 da Lei federal 8.987, de 13.02.1995.

No curso do planejamento de uma concessão de serviço público é recomendável ao Poder Concedente que detecte fontes outras de receitas que possam, sozinhas ou com a tarifa, compor a contraprestação do concessionário pela prestação adequada do serviço público.

Referidas fontes de receita visam minorar o valor das tarifas cobradas dos usuários, buscando realizar uma das diretrizes da política tarifária, qual seja a modicidade da tarifa.

3.1 Fontes alternativas

A doutrina, em regra, cuida das fontes de receitas elencadas no art. 11 da Lei de Concessões com similaridade, recorrendo a exemplos para identificá-las, sem, contudo, defini-las.³²²

³²² “Exemplificamos, como fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, a possibilidade de exploração de publicidade em ônibus, a de bares e restaurantes em estradas, etc.” (João Carlos Lopes de Souza. Política tarifária e encargos do poder concedente. In: Odete Medauar (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995. p. 103).

“A complementação de receita remuneratória do concessionário por fontes alternativas tem o propósito de assegurar a modicidade tarifária, absorvendo em favor da redução no preço das tarifas todas as oportunidades lucrativas vinculadas à exploração do serviço público na concessão” (As receitas alternativas nas concessões de serviço público no direito brasileiro. *RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 21, jan.-mar. 2008. Disponível em: <www.editoraforum.com.br/bid/defout.aspx>. Acesso em: 15 mar. 2010).

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, utiliza a denominação de “fontes paralelas (alternativas, complementares) de receita do concessionário”, exemplificando com “o direito de exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública para a instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de

Carmen Lúcia Antunes Rocha identifica as receitas alternativas como as provenientes não mais dos sujeitos diretamente participantes da relação jurídica estabelecida (Poder Concedente, concessionário e utentes), mas de toda a coletividade.³²³

As fontes alternativas diferem das complementares ou acessórias, porquanto as primeiras substituem à tarifa como fonte de remuneração do concessionário, ou forma de custeio do serviço público.³²⁴

Nas palavras de Dinorá Adelaíde Musetti Grotti, ao “admitir-se a estipulação de receitas alternativas à cobrança de contraprestação dos usuários com forma de remuneração do concessionário, abriu-se a oportunidade de o Poder Público, ao conceder determinado serviço público, substituir a tarifa por outro meio de remuneração em favor do concessionário”.³²⁵

gasolina, estacionamento de automóveis, galerias, lojas, etc.” (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 732).

Citando Cintra do Amaral, Carmen Lúcia Antunes Rocha exemplifica fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, como “as decorrentes, em uma rodovia concedida, da exploração por terceiros de restaurantes, postos de abastecimento de combustível e outras iniciativas paralelas. Em um aeroporto, restaurantes, hotéis, lojas, guichês de locação de veículos etc.” (*Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51).

³²³ Na lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha: “No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o Poder Concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no artigo 17 desta Lei (art. 11 da Lei 9.987/95). Essas fontes de recursos – definidas legalmente como ‘fontes de receita alternativas’ – captam riquezas que atendem aos interesses de todos os participantes da relação administrativa, que tem como objeto o serviço público a ser prestado. Os instrumentos, por meio dos quais se pode chegar a essas fontes, tanto podem ser de direito público (administrativo ou tributário) quanto de direito privado. O que eles podem propiciar, com certeza, é uma forma remuneratória que desobriga largamente o usuário de assumir sozinho o ônus da prestação recebida, estabelecendo-se um sistema de pluralidade de vantagens (que não se guardam, então, apenas ao prestador e ao recebedor do serviço público, antes, estendendo-se a outras pessoas que não participaram diretamente dessa relação administrativa, mas que por meio delas pode firmar seus interesses) e de participação social difundida entre todos os membros da coletividade” (*Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 111).

³²⁴ “Receita alternativa é a que substitui a decorrente do recebimento, pela concessionária, do preço público. Em tal hipótese, o usuário fruirá gratuitamente o serviço, e a concessionária terá seu investimento remunerado por outra fonte que não a de receita proveniente da cobrança de tarifa [...]. Receita Complementar é aquela apenas complementar do valor cobrado pela concessionária a título de tarifa, sempre que esta tarifa representar um preço político (v. comentários ao artigo 6) e não um preço público, o que ocorre quando a tarifa não é suficiente para remunerar o investimento da concessionária. [...] A receita acessória, embora tenha a mesma finalidade das duas anteriores, distingue-se pelo fato de não ser estranha à atividade objeto da concessão, mas apenas acessória [...]. Receita derivada de projeto associado é aquela que, ao contrário das anteriores, é obtida de projeto associado, mas inconfundível com o que constitui objeto da concessão, podendo ser citado como exemplo o projeto relativo a um centro comercial contíguo a obra pública objeto da concessão, o qual poderá ser administrado e explorado comercialmente pelo concessionário” (Luiz Alberto Blanchet. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 60).

³²⁵ A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 208-209.

Destacamos que referidas receitas são provenientes da própria exploração do serviço, nas palavras de Marçal Justen Filho:

Fontes de receita *alternativa* são as relacionadas com a exploração alternativa, do ponto de vista econômico, do objeto da concessão. Não importam o desenvolvimento de outras utilidades ao público, nem a ampliação propriamente dita do objeto da concessão. Mantido o mesmo objeto, aproveitam-se as oportunidades no desempenho do serviço público para obtenção de receitas que substituem as tarifas. A receita é alternativa para remuneração do concessionário. Assim, ao invés de cobrar tarifa, desenvolverá atividades que propiciarão sua satisfação.³²⁶

A estipulação de receitas alternativas à cobrança de contraprestação dos usuários como forma de remuneração do concessionário abre a oportunidade de o Poder Público substituir a tarifa por outro meio de remuneração em favor do concessionário. E essa assertiva ganha força, dado que o art. 2.º, inciso II, ao conceituar a concessão de serviço público, não faz referência à remuneração paga pelo usuário, como é da tradição do instituto.

A doutrina diverge quanto a se essas formas de receita descaracterizam a concessão. Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera:

Em face do art. 9.º e do art. 11, combinado com o art. 18, VI, pode haver várias possibilidades: a) a forma única de remuneração é a tarifa paga pelos usuários; nesse caso, a tarifa deve ser fixada em função do custo; elevado este, deve ser elevado, na mesma proporção, o valor da tarifa; b) a remuneração básica é a tarifa, que é complementada por outro tipo de receita; isto ocorre quando há necessidade de fixar tarifa módica, conforme art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 8.987; para empregar outra terminologia, poder-se-ia falar em tarifa razoável, ou seja, que atenda às necessidades do concessionário, mas seja acessível para o usuário; nesse caso, a fixação da tarifa atende mais a critérios políticos; na impossibilidade de fixá-la pelo custo, o equilíbrio é assegurado em parte pela tarifa e em parte pela receita complementar; c) a remuneração decorre inteiramente de outro tipo de receita que não a tarifa.³²⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello³²⁸ e Marçal Justen Filho³²⁹ averbam que a remuneração do concessionário decorrente da própria exploração do serviço (exploração

³²⁶ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 373.

³²⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106-107.

³²⁸ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 644-645 e 649.

³²⁹ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 368.

econômica do empreendimento), ainda que não proveniente diretamente de pagamento efetuado pelo usuário, é o traço que distingue a concessão do mero contrato administrativo de prestação de serviços, remunerado pela própria entidade contratante.

Benedicto Porto Neto, em parecer exarado sobre serviços municipais de coleta de lixo, assinala que, na concessão, a responsabilidade direta pela prestação dos serviços pelo concessionário não decorre necessariamente da sua forma de remuneração, sendo suficiente a assunção dessa responsabilidade perante os usuários e terceiros. Para sua existência basta que ele desempenhe a atividade em próprio nome, como pessoa distinta do Estado, titular do serviço, investido em prerrogativas públicas atribuídas pelo Poder Concedente, mantendo relação jurídica direta com os usuários. A distinção entre concessão e contrato de prestação de serviço funda-se na existência de vínculo direto entre a concessionária, que passa a prestar os serviços em próprio nome, e os usuários.³³⁰

Acredita que o Texto Constitucional não inviabiliza a remuneração da concessionária diretamente pelo Poder Público. Por isso, o diploma legal de regência da matéria pode admiti-la, sem desnaturar o instituto da concessão. Além disso, não existe incompatibilidade entre essa forma de remuneração e a Lei Geral das Concessões.³³¹ Aduz, portanto, que não seria necessária a vinculação da remuneração da concessionária com a prestação do serviço em si, bastando a assunção, pela concessionária, da responsabilidade pela prestação do serviço.³³²

Jacinto Arruda Câmara³³³ concorda com a afirmação de que a remuneração da concessionária em uma concessão não precisa decorrer necessariamente de tarifa paga pelo

³³⁰ Concessão dos serviços municipais de coleta de lixo. Remuneração da concessionária diretamente pelo concedente. *RIASP*, n. 5, p. 241 e 244, jan.-jun. 2000.

³³¹ *Idem*, *ibidem*.

³³² “A Administração pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço. É o caso de pagamento de preço diretamente pela Administração à concessionária, ou, ainda, quando a receita deste provém de renda auferida na exploração de projetos associados (art. 11). Neste segundo caso a receita da concessionária pode ser satisfatória enquanto o afluxo de usuários ao serviço seja pequeno, ou o inverso. Deixa de haver relação entre remuneração da concessionária e fruição dos serviços públicos.

[...]

A inexistência de correlação entre remuneração da concessionária e exploração do serviço não desfigura a concessão, porquanto não altera seu regime jurídico” (*Concessões de serviço público no regime da Lei 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 76).

³³³ *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49-58.

usuário, bem como que a sua ausência não desnatura a concessão. Cita como exemplo de concessão, sem que a remuneração do concessionário advenha de tarifa, o serviço de rádio e televisão aberta. Aponta, ainda, para a intelecção da própria norma veiculada pelo art. 11 da Lei 8.987/1998.

No entanto, adverte que a possibilidade de atrelar totalmente a remuneração das concessionárias ao pagamento de um valor preestabelecido contratualmente, a ser suportado diretamente pela administração pública, depende de autorização legislativa específica, polêmica que se arrefeceu com a edição da Lei 11.079/2004, que criou modalidade de concessão (a administrativa) em que a remuneração da concessionária é assumida integralmente pelo Poder Público. Por ser esclarecedor, transcrevemos o posicionamento do autor:

[...] a de se concluir que não há necessidade absoluta de que a tarifa seja paga diretamente pelo usuário para caracterizar um legítimo regime de concessão. Em primeiro lugar, a legislação admite receitas alternativas que podem compor o total das receitas das concessionárias, e em dados serviços chega a eliminar a necessidade de cobrança de tarifas de usuários (é o caso da radiodifusão). Além disso, há tarifas cobradas pelo poder concedente e repassadas às concessionárias, bem como tarifas pagas por outras prestadoras de serviços (prática geralmente acompanhada da segmentação dos serviços). Todavia, é importante ressaltar que o pagamento à concessionária feito exclusivamente por recursos decorrentes de orçamento estatal não pode ser considerado tarifa, apesar de, atualmente, ser expressamente admitido na legislação brasileira (concessão administrativa).³³⁴

Concordamos com o entendimento de que a ausência de cobrança de tarifa ao usuário, nas hipóteses em que são factíveis a previsão e a fixação de receitas alternativas, não descaracteriza a concessão de serviço público. Atualmente, com o advento da Lei 11.079/2004, é possível, inclusive, a configuração de contrato de concessão em que a remuneração advenha integralmente do Poder Público.

As receitas alternativas constituem-se em um importante instrumento de política tarifária, possibilitando ao Poder Público assegurar a universalização do serviço aos usuários.³³⁵

³³⁴ *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 57-58.

³³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo antes do advento da Lei de Concessões, já antevia a possibilidade da realização de obras públicas “a custo zero”, ou seja, sem que o concessionário fosse remunerado pelo Poder Público ou pelo usuário, mediante o pagamento de tarifa (Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo: Malheiros, n. 3, p. 32-41, 1993).

3.2 Fontes complementares ou acessórias

Diferem as fontes complementares ou acessórias das fontes alternativas, porquanto as primeiras se somam à tarifa cobrada dos usuários para juntas comporem a remuneração do concessionário.

Referidas fontes visam reduzir o valor da tarifa cobrada dos usuários permitindo a realização ou a efetivação do princípio constitucional da modicidade tarifária.

Ao concessionário é permitida a exploração de certas atividades econômicas conexas ao serviço público concedido³³⁶ como forma de custear sua prestação adequada e permitir a fixação de tarifas módicas.

3.3 Projetos associados

Os projetos associados e as fontes complementares ou acessórias constituem-se em instrumentos da política tarifária para favorecerem a modicidade das tarifas.

Diferem das fontes complementares ou acessórias porquanto não guardam relação direta com o objeto da concessão.

Segundo Marçal Justen Filho,³³⁷ os projetos associados conduzem à implementação de estruturas empresariais amplas e complexas; por meio deles o objeto da concessão é inserido no âmbito de uma pluralidade de empreendimentos para permitir que os resultados econômicos globais sejam multiplicados.

³³⁶ “A suposta restrição que existiria à livre iniciativa na exploração das atividades econômicas conexas ao serviço público pelo concessionário, em detrimento dos demais particulares (que, em tese, estariam aptos a mesma exploração), justifica-se duplamente sobre o prisma jurídico: primeiro, o lucro auferido não seria em benefício do concessionário, mas do usuário, na medida em que está irremediavelmente atrelado ao favorecimento da modicidade da tarifa que lhe é cobrada; segundo, porque ao guardar conexão com o serviço público – normalmente ensejando a utilização da infra-estrutura ou de bens afetados a sua exploração –, estas atividades, que geram fontes complementares ou acessórias, acabam por serem passíveis de desempenho pelo concessionário mesmo” (Karina Houat Harb. *A revisão na concessão comum de serviço público*. 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 75).

³³⁷ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 373.

A concessão é desenvolvida conjuntamente, de forma associada, às demais atividades econômicas que com ela se inter-relacionam.

Cita, como exemplo de projetos associados, o metrô de Madri, cujas despesas de implementação foram suportadas pela iniciativa privada, sem recursos estatais, em troca da outorga de direitos de exploração das áreas adjacentes, após a conclusão de suas obras.

3.4 *Momento da previsão*

A Administração Pública deve proceder a uma rigorosa e ampla análise com todos os levantamentos técnicos necessários à realização da concessão. O planejamento conduz à identificação, entre outras importantes questões, das possíveis fontes alternativas, complementares ou acessórias, bem como dos projetos associados, permitindo a fixação de uma política tarifária adequada e condizente com a realidade dos usuários e do serviço concedido, aumentando a possibilidade de êxito da concessão, o que atende ao princípio constitucional da eficiência.

Especialmente no setor rodoviário, em que a racionalidade, ou seja, a busca pelo máximo de resultados favoráveis com o mínimo de meios é premente, visto que as concessões têm impacto direto na vida das comunidades vizinhas e, em igual medida, no setor de transporte de cargas que, por sua vez, influencia indiretamente no custo dos serviços e bens colocados à disposição do consumidor, é preciso que o Estado planeje eficientemente a concessão identificando a viabilidade técnica e econômica da outorga, não apenas considerando os aspectos fiscais.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, na Instrução Normativa 27, expedida em 02.12.1998 e alterada pela Instrução Normativa 58 de 2009, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, preceitua que a fiscalização do processo de outorga das concessões de serviços públicos deve ser realizada em quatro estágios, abarcando o primeiro deles a análise

[...] do relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data

de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação de serviços, **bem como sobre eventuais fontes alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados** e, ainda, do relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental (grifos nossos).

Realizados os estudos, caberá ao Poder Concedente estabelecer no edital a possibilidade de obtenção de receitas alternativas, acessórias, complementares e de projetos associados. Acreditamos que referida previsão não deve, como em regra vem ocorrendo, ser genérica, mas precisa especificar e detalhar adequadamente as principais formas de exploração das quais advirão as futuras receitas do concessionário.

Flavio Amaral Garcia apresenta solução interessante para que o Estado possa desenvolver adequadamente os instrumentos marginais de obtenção de receitas, ao propor:

Uma alternativa, além das consultorias que formatam concessão, seria, em momento anterior à realização da licitação propriamente dita, promover-se procedimento administrativo semelhante ao concurso (modalidade de licitação prevista no artigo 22, § 4.º, da Lei n. 8.666 de 1993) para escolher as mais rentáveis e viáveis formas de exploração do potencial econômico da rodovia apresentadas pela iniciativa privada, estabelecendo-se um prêmio ou remuneração para a melhor proposta, cabendo o ônus do ressarcimento ao concessionário vencedor da licitação, a teor do que disciplina o art. 21 da Lei n. 8.987/95).³³⁸

O Estado não pode, em razão da complexidade e de eventuais dificuldades que o processo de formatação de uma concessão possa apresentar, se furtar do dever de planejamento que lhe é imposto tanto pela Constituição³³⁹ como pela Lei 8.987/1995, art. 5.º c.c. parágrafo único do art. 11.

Em sentido convergente, ressalta Flavio Amaral Garcia em comentários ao art. 11 da Lei 8.987/1995:

O que se tem notado, contudo, é uma total inércia na concepção do edital e na formulação da modelagem do contrato, desconsiderando que esta norma não deve ser interpretada como uma faculdade conferida ao poder concedente, mas como verdadeira imposição decorrente do princípio

³³⁸ *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 173.

³³⁹ Arts. 21, IX; 25, § 3.º; 29, XII, 30, VIII, 174 e 175, todos da CF.

constitucional da eficiência, prevista no *caput* do art. 37, da Constituição Federal.

[...]

Nos editais e contratos de concessão envolvendo rodovias, a regra tem sido a autorização genérica de exploração de outras fontes de receitas, transferindo a iniciativa para o concessionário. Este formato não leva em conta o fato de que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato já está delineado com a cobrança da tarifa e que, em tese, o lucro do concessionário já está garantido, não existindo, pois, nenhuma motivação para que sejam desenvolvidas novas formas de remuneração.³⁴⁰

A melhor interpretação da norma constante do parágrafo único do art. 11 é no sentido de que, preferencialmente, essas receitas fossem consideradas no início da relação contratual para que pudessem compor *o inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, porém isso não afasta a adoção de referidas receitas na etapa de execução do contrato, especialmente “com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”.

Quando referidas receitas surgirem durante a execução do contrato, é preciso que sejam contempladas para efeito da recomposição da equação inicial, mediante uma revisão extraordinária, e, em caso contrário, obrigatoriamente, na revisão periódica. Esse também é o posicionamento de Marçal Justen Filho:

É perfeitamente imaginável que, durante o prazo da concessão, surjam novas modalidades de exploração econômica desconhecidas por ocasião da outorga. Não haveria cabimento supor que o concessionário estaria impedido de valer-se de tais fontes de receita apenas porque não previstas no momento inicial da concessão.

Isto seria congelar o modelo de exploração econômica da concessão, impedindo suas modificações, acréscimos e melhoramentos.³⁴¹

Considerando as concessões rodoviárias, existe um potencial de negócio atrelado ao tráfego rodoviário que deve ser conhecido e aproveitado pelo Poder Público para ajudar a melhor equacionar a crise de financiamento estatal, conforme esclarece Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] no caso de um bem público rodovia, existe associado ao bem material (estrada) um bem intangível representado pelo potencial de negócio atrelado ao tráfego rodoviário. E este bem intangível, uma espécie de

³⁴⁰ *Regulação jurídica das rodovias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 178-179.

³⁴¹ Concessão de serviço público e ampliação imprevista de encargos para o concessionário. *Informativo de licitação e contratos*. Curitiba, ano VI, n. 70, p. 940, dez. 1999.

fundo de comércio, pode e deve ser explorado pelo Poder Público, ou por agente delegado seu, de modo a impedir que um excedente econômico criado com recursos da coletividade sirva para beneficiar apenas parcela da sociedade. Estes poderosos mecanismos devem ser incrementados e difundidos, inclusive como forma de minorar a crise de financiabilidade do Estado.³⁴²

Destarte, inferimos que para fixação de receitas alternativas é imprescindível um planejamento prévio que permita a fixação de um modelo de concessão em que a retribuição do concessionário não advenha da tarifa, mas de referidas receitas. Não é factível, portanto, que as receitas alternativas possam ser fixadas ou previstas após a licitação da outorga do serviço, sendo imprescindível que constem do edital e componham o equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão, uma vez que se constituem como forma alternativa à tarifa.

No que se refere às demais fontes de receitas marginais à tarifa, é recomendável que o Poder Concedente as conheça, e as delimite para efeito de integrarem a modelagem da concessão, permitindo a fixação de tarifas menores. Mas, quando isso não acontecer, nada impede que sejam, no decorrer da execução do contrato, previstas e aproveitadas, sempre com intuito de beneficiar o usuário. Por isso é imprescindível que haja uma revisão contratual para considerá-las na equação econômico-financeira da concessão.

³⁴² Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XVII, n. 4, p. 255, abr. 2001.

V

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS

1 Noção

Cuida-se o equilíbrio econômico-financeiro de garantia atribuída ao concessionário de serviço público de que, durante o período de exploração da concessão, a equação econômico-financeira inicialmente ajustada pelas partes será mantida. É uma garantia aplicada aos contratos administrativos em geral, estendendo-se, também, aos contratos de concessão de serviços públicos comum, e disciplinado pela Lei 11.079/2004.

Encontra fundamento e justificativa como contrapartida às prerrogativas excepcionais titularizadas pelo Poder Público em suas relações contratuais, em outras palavras, à possibilidade de alteração unilateral das cláusulas contratuais inicialmente ajustadas.

No dizer de Jacintho Arruda Câmara, ao concessionário “é assegurado, como garantia mínima, que a relação inicialmente estabelecida entre as perspectivas de custo e receita seja preservada mesmo após a alteração unilateralmente procedida pela Administração”.³⁴³

Na ordem constitucional anterior, ao Poder Concedente era atribuído o ônus do restabelecimento integral do equilíbrio econômico, qualquer que fosse o tipo de álea (art. 167 da CF/1967,³⁴⁴ que impunha a fixação de tarifas que assegurassem ao concessionário a justa remuneração pelo capital, o melhoramento e a expansão do serviço e o equilíbrio econômico financeiro do contrato), o que não se repetiu na Constituição Federal de 1988, que não mantém a norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária, art. 175, III.³⁴⁵

³⁴³ *Tarifas nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 165

³⁴⁴ Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I – *omissis*

II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

³⁴⁵ Maria Sylvia Zanela Di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 103-104.

Entendia-se que a Constituição de 1967 garantia o direito à manutenção da margem de lucro do concessionário, porquanto havia exigência da adoção de tarifas que assegurassem “a justa remuneração do capital”. Havia, também, previsão expressa à manutenção do “equilíbrio econômico-financeiro do contrato” e a “realização de revisão periódica das tarifas”.³⁴⁶

A Constituição Federal de 1988, conforme acima citado, não manteve norma sobre tarifa, remetendo a matéria à legislação infraconstitucional (art. 175, III). Não obstante, o art. 37, XXI,³⁴⁷ garante aos contratados da administração pública a manutenção das “condições efetivas da proposta”, garantia que se estende aos concessionários de serviço público.³⁴⁸

Em face da nova ordem constitucional cabe discutir a extensão do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público.

Seu espectro de incidência, nas concessões comuns, decorre da intelecção da norma constitucional, art. 37, XXI, e dos arts. 9.º e 10 da Lei 8.987/1995. Consideramos que não apenas a alteração unilateral do contrato (§ 4.º da Lei 8.987/1995), mas as decorrentes de fatos imprevistos (§ 2.º da Lei 8.987/1995) e fato do príncipe (§ 3.º da Lei 8.987/1995), dão ensejo à recomposição. Ademais, há o direito à manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da CF).

É certo, então, que o contrato de concessão pode vir a estipular mais riscos para o concessionário do que era admitido no regime constitucional anterior,³⁴⁹ dado que havia

³⁴⁶ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Prestação de serviços públicos e administração pública indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 47-48.

³⁴⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I– *omissis*

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienação serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia dos cumprimentos das obrigações.

³⁴⁸ Nesse sentido, Jacintho Arruda Câmara. *Tarifas nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 166. Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 105.

³⁴⁹ O que ocorreu com as modalidades concessórias introduzidas pela Lei 11.079/2004.

direito à **justa remuneração do investimento**, garantia que deixou de existir na Constituição Federal de 1988.³⁵⁰

A norma do art. 10 da Lei 8.987/1995 deixa evidente que haverá desequilíbrio sempre que não forem atendidas as condições do contrato. No entanto, a repartição dos riscos, ou seja, a distribuição dos encargos entre as partes, deve respeitar o disposto no art. 9.º da mesma Lei, ou seja, a presunção de que alguns riscos são inerentes ao concessionário e outros ao Poder Concedente, aqui considerando apenas a concessão comum.

O risco é da essência do contrato de concessão. É inegável a correlação existente entre o risco, ou melhor, a sua repartição, e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Quanto maiores os riscos do concessionário, maiores os custos da concessão.³⁵¹

Em razão disso, é fundamental o conhecimento prévio dos riscos e a definição de uma adequada estrutura de seu compartilhamento, o que só se obtém com planejamento prévio da outorga, para que seja possível encontrar um equilíbrio que não onere excessivamente o usuário do serviço.

O Poder Público deve minimizar os riscos políticos do negócio, antevendo no concessionário um parceiro para consecução e satisfação de uma necessidade pública.

³⁵⁰ Confira-se, nesse sentido: Jacintho Arruda Câmara. *Tarifas nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 168.

³⁵¹ Marçal Justen Filho, discorrendo sobre a teoria dos *custos de transação* de Ronald Coase, aduz que “a decisão empresarial reflete uma avaliação sobre todos os custos – diretos e indiretos – necessários à obtenção da vantagem econômica buscada. Isso significa que o preço praticado por um empresário traduz não apenas os custos dos insumos, mão de obra e outros fatores de produção. Também abrange verbas destinadas a compensar eventos futuros e previsíveis. Mais ainda, a própria insegurança sobre a evolução dos fatos futuros traduz-se nos preços.

Daí se segue que a ampliação dos riscos de um empreendimento qualquer se traduz na ampliação de seus custos. Até se poderia dizer que o empresário realiza uma espécie de *seguro informal*, em que o aumento dos preços reflete a elevação dos riscos.

[...] esse processo somente se desenvolve até certo ponto. A ampliação indeterminada de riscos ilimitados conduz à decisão negativa quanto a um empreendimento. [...]

[...] uma concessão até pode ser modelada de modo a transferir para os concessionários riscos ilimitados [...] até mesmo os riscos extraordinários podem ser impostos ao concessionário.

Mas o resultado prático seria a frustração do interesse público [...]” (*Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 333-334).

O fato é que o equilíbrio econômico-financeiro deve ser preservado durante toda a execução do contrato, o que, admitimos, não é uma tarefa fácil diante do dinamismo e complexidade das concessões rodoviárias.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns e nas Parcerias Público-Privadas decorre de expressa imposição constitucional, art. 37, XXI, e legal, art. 9.º, §§ 2.º, 3.º, 4.º, e art. 10 da Lei 8.987/1995. Conforme lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

[...] embora a Lei 11.079/04 não fale em equilíbrio econômico-financeiro, não há como negar às partes a observância desse direito. Na concessão patrocinada, tal direito decorre da aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, em especial o artigos 9.º e 10. Na concessão administrativa não há disposição expressa nem aplicação subsidiária dos artigos 9.º e 10 da Lei 8.987/95. Mas o direito ao equilíbrio econômico financeiro resulta de princípios como os da equidade, razoabilidade, continuidade, indisponibilidade do interesse público [...].

Além disso, o artigo 5.º, III e IV, da Lei 11.079 prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” e à “forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais”. Trata-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.³⁵²

Referida manutenção também se constitui em forma de assegurar a efetividade dos princípios da continuidade e adequação do serviço público. Leciona Floriano de Azevedo Marques Neto:

Ora, a não-recomposição do equilíbrio contratual ensejaria o desatendimento indireto do princípio da ininterrupção da prestação (pois que não se pode obrigar permanentemente o particular a prosseguir em prestação cujos pressupostos econômicos restam superados por fatores alheios à sua vontade) ou da violação do princípio da adequação do serviço (pois alterados os pressupostos econômicos da concessão, permanecerão a qualidade, a atualidade, a segurança da prestação).³⁵³

Intangível é o equilíbrio econômico-financeiro inaugural estabelecido no contrato, não a fórmula inicial para calcular a equação econômica. As cláusulas contratuais que expressam esse equilíbrio não são imutáveis. Como demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello:

³⁵² *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 154-155.

³⁵³ Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 106, jan.-mar. 2002.

Sem embargo do que foi dito, as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual imutável. O contratual – e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público – é o valor resultante do equilíbrio econômico financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outros. Donde, ao concedente é lícito alterar, como convenha, a grandeza dela, conquanto que, ao fazê-lo, mantenha incólume a igualdade matemática substancial já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui um dos termos, conquanto não necessariamente o único deles.³⁵⁴

Também essa é a lição de Alexandre Santos de Aragão:

Veja-se que, ao contrário do que às vezes pode parecer, a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas econômico-financeiras em si, inclusive as respeitantes à estrutura tarifária. Estas cláusulas podem ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado (ex.: a tarifa pode ser diminuída, mas o equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade dos bens, o aumento do prazo da delegação, etc.).³⁵⁵

O direito do concessionário é ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, e não à fórmula inicialmente pactuada no contrato para expressar esse equilíbrio.

Importante ressaltar para o desenvolvimento do tema que a Lei 8.987/1995 adotou, para calcular a remuneração a que fará jus o concessionário, o método da **tarifa pelo preço**,³⁵⁶ contrapondo-se ao da **tarifa pelo custo**,³⁵⁷ que consiste em fazer incidir uma remuneração sobre os custos da concessionária.

³⁵⁴ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 663.

³⁵⁵ *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 385.

³⁵⁶ O valor da tarifa é dissociado do custo real e efetivo incorrido pelo concessionário na prestação do serviço. Não há garantia do Poder Público de que a remuneração do concessionário seja suficiente para o custeio das despesas e para a percepção de uma margem de lucro. A vantagem desse sistema reside em “remeter o concessionário a um risco relacionado direta e essencialmente com a atividade desempenhada”. (Marçal Justen Filho. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 359).

Esse sistema permite que parcela dos ganhos de produtividade seja absorvida em prol do serviço (modicidade da tarifa) e parcela em prol do concessionário, o que incentiva maior eficiência do operador. “A nova disciplina consagrada a propósito da tarifa permite reconhecer uma relação econômico-financeira de cunho dinâmico. Como dito acima, a idéia de tarifa pelo custo do serviço conduz à necessidade de permanente avaliação da relação de encargos e despesas, para assegurar a identidade da equação ao longo do tempo. A adoção da tarifa pelo preço introduz um outro enfoque para o tema. A equação passa a ser considerada como uma relação dinâmica, que comporta variações constantes de encargos e vantagens. A previsão inicial, formulada por ocasião da proposta, envolve uma estimativa genérica que deverá presidir a relação jurídica em seu todo. O resultado final deverá acompanhar as previsões, mas sem a imposição da necessidade de compatibilidade exata e precisa, ao longo de cada exato momento da concessão” (Marçal Justen Filho. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 361).

³⁵⁷ Nos modelos de tarifa pelo custo há discussão quanto a se esse custo seria o médio ou o marginal, bem como quanto à necessidade, no caso desse último, de subsídio pelo Poder Concedente, ou de subsídio

A tarifa pelo custo é equivalente à figura da administração contratada, que era prevista para obras e serviços no Decreto-lei 2.300/1986, art. 9.º, II, “c”.

O projeto de lei (Projeto de Lei 1491), que redundou na chamada lei das licitações, Lei federal 8.666/1993, mantinha referido sistema (de administração contratada) na norma contida no art. 10, II, alínea “c”. Esse artigo foi vetado pelo Chefe do Executivo. Nas razões do veto constou que o regime de administração contratada “envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela administração” e que “nesse regime de execução interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também os seus ganhos serão maximizados”.

O legislador tentou reintroduzir o sistema de administração contratada (de execução) no Projeto de Lei de Conversão 10, que resultou na Lei 8.883/1994, o qual novamente foi vetado pelo Executivo.

É inegável que referido sistema (de administração contratada, ou remuneração pelo custo) elimina o risco do contratado, portanto não se coaduna com o moderno contrato de concessão de serviços públicos.

A Lei 8.987/1995 disciplinou a política tarifária nas concessões de serviços públicos, em cumprimento ao parágrafo único, inciso III, do art. 175 da CF.

Dispôs que o serviço concedido é explorado sob o *risco* do particular. Em seu art. 9.º estatui que “a tarifa do serviço concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na Lei, no edital e no contrato”. No

interno, traduzido em tarifas mínimas, para tornar o empreendimento atrativo. Há, também, a dificuldade de mensurar corretamente o custo dos investimentos (se o custo histórico ou o de reposição). Há problemas decorrentes da assimetria do mercado (o operador dispõe de maiores e melhores informações do segmento de mercado que o fiscal) e do *lapse regulatório* (o tempo necessário à intervenção do Estado não acompanha a evolução dinâmica da atividade do concessionário).

Com o passar do tempo houve consenso de que a tarifa pelo custo trazia mais problemas que soluções como método para dimensionar a remuneração do concessionário de serviço público, porquanto a “Economia constatou que a tarifa pelo sistema do custo do serviço tende a incentivar a ineficiência e a transferir para o consumidor todas as consequências danosas derivadas da atuação insatisfatória do concessionário” (Marçal Justen Filho. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 357).

modelo legalmente adotado (da tarifa pelo preço), a concessionária exerce o serviço “sob seu risco”, conforme art. 2.º, III, da Lei 8.987/1995.³⁵⁸

A Lei 8.987/1995 atribui à concessionária o risco do negócio, mas, conforme exposto, assegura a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, ou seja, da equação econômica financeira original, o que também é, conforme ressaltado acima, assegurado às PPPs.

Segundo Marçal Justen Filho, a “equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato”.³⁵⁹

Cuida-se a equação da “equivalência”, relação, entre os direitos do contratado e suas obrigações, encargos, estabelecida à época do ajuste pelas partes,³⁶⁰ considerada apta a cobrir o custo da prestação do serviço e o lucro estimado.

Essa garantia de recomposição da equação econômico-financeira original minimiza o risco atribuído ao concessionário. A divisão de riscos é distinta quer se trate de concessão comum, quer se trate de PPPs.

³⁵⁸ Maria Silvia Zanella Di Pietro, discorrendo sobre o equilíbrio econômico dos contratos de concessão de serviço público, aduz que “A Lei 8.987 prevê a revisão das cláusulas financeiras, para restabelecimento do equilíbrio econômico, apenas nos casos de aumento de impostos (fato do príncipe) e de alteração unilateral do contrato (art. 9.º, §§ 3.º e 4.º). Mas é evidente que, em outras circunstâncias aí não previstas, que caracterizem ‘fato da Administração’, ‘fato do príncipe’ ou álea econômica imprevisível e não imputável à vontade das partes, aplicar-se-ão subsidiariamente as normas constantes do art. 65 da Lei n. 8.666, em especial do inciso II, *d*, §§ 5.º e 6.º. E, ainda que não houvesse essa previsão legal, aplicar-se-iam aquelas teorias, com a conseqüente revisão das cláusulas financeiras do contrato, por força dos já referidos princípios da equidade, razoabilidade, continuidade do serviço público, indispensabilidade do interesse público. Trata-se de teorias que autorizam a revisão das cláusulas financeiras, independentemente de qualquer previsão contratual, ao contrário do que ocorre com a hipótese de reajuste, acima mencionado” (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 105).

³⁵⁹ Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 123, dez. 2009.

³⁶⁰ “Lembre-se sempre que a equação econômico-financeira se aperfeiçoa por ocasião da outorga, o que autoriza afirmar a impossibilidade de inovações supervenientes – mas não exclui o cabimento de configuração distinta da tradicional, desde o momento inicial. Nesse caso, os interessados assumirão espontaneamente a participação em modelo contratual que introduz inovações em face das concepções clássicas. Dispor-se-ão a arcar com riscos maiores que os usuais, tendo em vista a perspectiva de resultados mais vantajosos do que poderiam obter no regime anterior” (Marçal Justen Filho. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 361-362).

O legislador adotou a distinção tradicional da doutrina administrativista entre *álea ordinária*³⁶¹ e *álea extraordinária*³⁶² do negócio, no que se refere às concessões disciplinadas pela Lei 8.987/1995, ou seja, não considerando as novas modalidades introduzidas pela Lei 11.079/2004.

A *álea extraordinária* corresponde a fatos que acarretem ao contrato onerosidade excessiva e que a parte afetada não tenha podido evitar, apesar da sua atuação diligente.

A política tarifária, estabelecida pelas Leis 8.987/1995 e 9.074, também de 1995, repousa na equação econômica do contrato de concessão que abrange a receita tarifária (ou as receitas alternativas), que pode ser estabelecida pelo Poder Concedente ou pela proposta, as receitas complementares, acessórias ou de projetos associados, visando à modicidade da tarifa (art. 11 da Lei 8.987/1995), e, de outro lado, os custos, o ônus da concessão (no caso de licitação de maior oferta), a amortização dos investimentos efetuados pela concessionária e o lucro.

³⁶¹ “[...] não é qualquer desequilíbrio que autoriza a revisão do pedágio nos contratos de concessão de rodovias. Isto porque alguns riscos são inerentes à natureza deste ajuste e devem ser suportados pelo concessionário nos limites traçados no edital e no contrato. É o que se costuma denominar *álea ordinária*.

O risco, por exemplo, de redução do volume de tráfego na rodovia é, quase sempre, do concessionário e deve integrar a *álea ordinária* do contrato, salvo se restar comprovado que esta redução decorreu de ato unilateral do concedente que tenha impactado o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Com efeito, a cobrança de pedágio em uma rodovia pode levar os usuários a recorrerem a outros meios de transportes (ônibus ou van em vez de carro articular), ao incremento do transporte solidário (carona) ou mesmo à utilização de outras rodovias que não cobrem pedágios. Todas essas variáveis e expectativas devem (ou deveriam) ter sido introduzidas na proposta do concessionário vencedor, a quem cabe assumir tal risco” (Flavio Amaral Garcia. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 188).

³⁶² Oprejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aquele que, razoavelmente, pudesse ser previsto. É necessário que o dano seja, ao mesmo tempo, imprevisível e insuportável, para que possa receber a cirurgia heróica, convocando-se o juiz, ou autoridade administrativa, para violar a fisionomia do contrato, normalmente intangível.

Os mais recentes estudos sobre o tema confirmam o caráter restrito e extraordinário do reajustamento das cláusulas do negócio jurídico.

Péquinot, examinando as condições gerais de aplicação da teoria da imprevisão, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, indica os seguintes pressupostos essenciais:

a) a indenização não é devida, se a economia do contrato não for substancialmente perturbada, produzindo-se um déficit excedente à *álea* que se deve reputar aceitável;

b) é necessário que o contrato seja atingido por um acontecimento imprevisível;

o acontecimento imprevisível e excepcional que desorganiza a economia do contrato deve ser totalmente estranho à ação dos contratantes (G. Péquinot. *Contenu et effets spéciaux des contrats administratifs*. *Juris Classeur Administratif*, n. 511, p. 34-38, apud Flavio Amaral Garcia. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 188-189).

A equação econômico-financeira compreende, portanto, os encargos e as vantagens previstos no contrato e definidos no curso da licitação. Para fixá-la deve haver um confronto entre os investimentos necessários e o retorno possível de ser obtido. Consideramos retorno possível em uma concessão de serviços públicos aquele que contemple a necessária modicidade tarifária, a prestação adequada do serviço e o lucro “justo” do concessionário (não abusivo).

É evidente que todos esses componentes têm relação estreita com o prazo da concessão que, se não integra, é, pelo menos, parâmetro para a fixação da equação econômica do contrato.³⁶³

O prazo em uma concessão é fixado, entre outros fatores, em razão do tempo necessário à amortização dos investimentos projetados e o lucro do concessionário.

O prazo é elemento que contribui para determinação da remuneração do concessionário, portanto, da tarifa a ser cobrada dos usuários. Deve ser estipulado com base em sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira, o que, infelizmente, nem sempre vem ocorrendo. Adverte Antônio Carlos Cintra do Amaral:

[...] na prática, nem sempre a fixação do prazo tem sido sustentada em um sólido embasamento econômico. O que, logicamente, causa preocupação, já que a fixação do prazo da concessão está intimamente ligada ao estabelecimento da equação econômica inicial do contrato que pode, assim, nascer já desbalanceada.³⁶⁴

A manutenção da equação econômica do contrato é garantida pelo reajuste “que envolve uma previsão de indexação da remuneração devida ao particular a um determinado

³⁶³ “Sabemos que o prazo é elemento determinante da remuneração do concessionário, bem como de a tarifa a ser cobrada dos usuários, e bem por isso é que não deve ser superior tampouco inferior ao prazo necessário à amortização dos investimentos; deve ser o *suficiente*, levando em conta que, em consonância com o regime pátrio das concessões, deve ser a *tarifa dos usuários ‘módica’* e a *remuneração do concessionário, ‘justa’, considerando a obtenção de um ‘serviço adequado’*, razão pela qual a determinação do prazo de uma concessão de serviços públicos é diretamente vinculada à *equação econômico-financeira* do contrato e deve ser pensada e estabelecida em função da mesma, de forma a viabilizar a execução da avença” (Karina Houat Harb. *A revisão na concessão comum de serviço público*. 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 99).

³⁶⁴ *Concessões de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87.

índice, de modo a promover a alteração deles periodicamente, de acordo com a variação de referido índice”.³⁶⁵

O reajuste tem por objetivo recompor o valor proposto pelo licitante em razão do regime inflacionário da economia. Para tanto, em regra, são utilizados índices setoriais para avaliar a variação dos custos (insumos, inclusive mão de obra) incidentes sobre o objeto do contrato. A periodicidade do reajuste é anual, em virtude de determinação legal (Lei 10.192, de 14.02.2001) e contada a partir da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir.

O reajuste nas concessões de rodovias, em razão da complexidade dos referidos contratos,³⁶⁶ deveria ser efetivado por meio de fórmula individualizada, para quantificar o aumento dos custos naquela específica concessão, porquanto é alternativa mais razoável do que a simplista prefixação de um índice que, ainda que setorial, nem sempre reflete as variações pontuais da economia de um contrato específico.

De outro lado, a revisão e a recomposição do contrato têm função de restabelecer a equação econômica inicial do contrato *quando surge fato superveniente e imprevisível contido na álea extraordinária da concessão* (fato da administração, fato do príncipe ou teoria da imprevisão).

É preciso lembrar que, nas concessões de serviço público regidas pela Lei 8.987/1995, a concessionária assume o risco contido na álea ordinária do negócio. É possível que não administre adequadamente sua atividade, gerando custos desnecessários e perdendo produtividade, fatos que desequilibram economicamente o contrato, mas não dão direito à recomposição.

Considerando as concessões de rodovias (submetidas à Lei 8.987/1995), a redução no volume de tráfego em desacordo com as projeções feitas pela concessionária

³⁶⁵ Marçal Justen Filho. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 130, dez. 2009.

³⁶⁶ Lembramos que as concessões de rodovias são muito distintas entre si. Cada segmento de rodovia tem características próprias e significativamente distintas, que refletem nas obrigações assumidas pela concessionária, alterando de forma importante os insumos e a mão de obra empregada, bem como o seu custo.

é risco do negócio que lhe é atribuído por Lei, visto que o ordenamento jurídico protege a concessionária apenas do risco contido na álea extraordinária, ou seja, quando ocorrerem fatos supervenientes, imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, e extraordinários.

A respeito da distribuição de riscos no contrato de concessão de rodovias vale a pena, por ser esclarecedor, transcrever o posicionamento de Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida:

Há, também, hipóteses em que a vontade política poderá repercutir, indiretamente, no objeto contratado. No caso de concessão de rodovia em que à época da licitação o Poder Público não sinalizava com a recuperação ou mesmo a construção de via alternativa. Estaria a Administração Pública impedida de oferecer melhoramentos em outra rodovia? Quem deve suportar a perda de receita da concessionária?

A implementação de políticas públicas não pode ser encarada como um risco do Poder Público, de modo a impedir a melhoria em rodovia “competidora”, sob pena de lhe cair a responsabilidade da perda de receita da concessionária; afinal, se o contrato não disciplinou a matéria e se o concessionário sabia da existência de via alternativa, parece irrazoável o engessamento do interesse público na matéria.

Ademais, o art. 16 da Lei n. 8.987/95 explicita, claramente, que a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica.³⁶⁷

Conforme destacamos anteriormente, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo está previsto no art. 37, XXI, da CF (“mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”). A Lei a que se refere o inciso XXI do art. 37 da CF é a Lei 8.666/1993 (art. 65, II, “d”),³⁶⁸ aplicável às concessões de serviço público, em razão do seu art. 124, **em tudo que não conflite com a legislação**

³⁶⁷ *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35-36.

³⁶⁸ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994.)

específica, Lei 8.987/1995 (art. 9.º, §§ 2.º, 3.º e 4.º, e art. 10)³⁶⁹ e Lei 9.074/1995 (art. 35).³⁷⁰

Referido direito, como já exposto, alcança as modalidades concessórias introduzidas pela Lei 11.079/2004. No entanto, nelas a repartição de riscos é matéria essencialmente contratual. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que:

[...] como o dispositivo, no inciso III, fala em “repartição de riscos entre as partes”, isto significa que, em caso de ocorrência de desequilíbrio econômico financeiro do contrato, a Administração Pública não tem que arcar sozinha com os prejuízos sofridos pelo parceiro privado. Ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos em geral, cada parceiro deverá assumir uma parte do prejuízo, devendo essa repartição de riscos ser disciplinada no contrato. Por outras palavras, os prejuízos se repartem entre os parceiros público e privado. A mesma idéia consta do artigo 4.º, inciso VI, que inclui entre as diretrizes a serem observadas na contratação de parceria público privada a “repartição objetiva de riscos entre as partes”.³⁷¹

A Lei 8.987/1995 atribuiu ao concessionário o “risco” do serviço concedido, ou seja, do negócio, contido na álea ordinária da concessão. Por essa razão afirmamos que o risco é da essência do contrato de concessão comum de serviço público.

Esse risco é, de certa forma, minimizado pelo respeito à equação econômico-financeira inicial do contrato, porquanto esta está “imune” ao desequilíbrio provocado por fatos supervenientes, imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis e extraordinários.

A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, nas concessões comuns, se manifesta nas seguintes situações:

³⁶⁹ Art. 9.º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 3.º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4.º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

³⁷⁰ Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

³⁷¹ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 155.

a) Agravos econômicos oriundos das sobrecargas decididas pelo contratante no uso de seu poder de alteração unilateral do contrato, isto é, impostas ao contratante privado para ajustar suas prestações a cambiantes exigências do interesse público (art. 9.º, § 4.º, da Lei 8.987/1995).

b) Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado “**fato do príncipe**”. O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o uso de uma competência pública que repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular (art. 9.º, § 3.º da Lei 8.987/1995).

c) Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. É a “**teoria da imprevisão**”, por via da qual, modernamente, se retoma o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira (art. 9.º, § 2.º, e art. 10 da Lei 8.987/1995 e art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente).

d) **Agravos econômicos** provenientes das chamadas “**sujeições imprevistas**”. Por exemplo, o encontro de um lençol d’água insuspeitável na escavação de um túnel. Em tal caso, o contratante tem direito à indenização total pelo prejuízo, exatamente por se tratar de encargo suplementar que altera a economia do contrato e que não estava suposto na avença travada. A dicção ampla dos arts. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 e 10 da Lei 8.987/1995 conforta esta hipótese de restauração da equação inicialmente estipulada.

e) Agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual. É a situação que alguns autores denominam “fato da Administração”, exemplificando com retardamentos de pagamento, não liberação tempestiva do início das obras, omissão em efetuar as desapropriações que condicionam a

realização delas etc. Todos estes são exemplos apresentados por Hely Lopes Meirelles e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que os traz à colação citando aquele autor.³⁷²

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o **fato da Administração** como o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles ajustado.³⁷³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷⁴ aduz que, nos casos do fato do príncipe e do fato da administração, o Poder Concedente arca sozinho com os agravos econômicos gerados ao contrato, o que não ocorre no caso da teoria da imprevisão, em que os agravos não são imputados a qualquer das partes. Entende, nesse último caso, possível que o prejuízo se reparta entre Administração e concessionário, como ocorre no direito francês.

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente do risco do negócio, portanto, não dá direito à revisão contratual (que pode ser periódica ou eventual), para restabelecer a equação econômico-financeira inicial.³⁷⁵

Partindo-se da distinção entre o conceito econômico e jurídico de desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial feita por Antonio Carlos Cintra do Amaral,³⁷⁶ é possível enumerar fatos que, apesar de supervenientes e provocadores de desequilíbrio do contrato, não são imprevisíveis, previsíveis, mas de consequências incalculáveis e extraordinários. Recorrendo aos exemplos de Cintra do Amaral, citamos:

a) ganhos ou perdas de produtividades;

³⁷² *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 100.

³⁷³ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁷⁴ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 105.

³⁷⁵ Arnoldo Wald adverte que “as flutuações de mercado geradoras de diminuição de lucro, se previsíveis e evitáveis, devem ser arcadas pela concessionária do serviço, exatamente como no caso do risco do trânsito, atribuído à concessionária que explora rodovias ou pontes” (*O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 182).

³⁷⁶ O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 107, p. 25-31, dez. 2009, p. 27-28.

b) aumentos ou redução dos custos da concessionária que não decorram de **fato da administração, fato do príncipe** ou **teoria da imprevisão**;

c) alteração de cenário econômico;

d) alteração no volume de tráfego ou mudança na sua composição;

e) custo de obtenção dos financiamentos previstos;

f) insolvência da concessionária.

Conforme já exposto, nas novas modalidades de concessão introduzidas pela Lei das PPP, a repartição de riscos não atende a mesma lógica das concessões comuns, porquanto os riscos são objetivamente repartidos entre o parceiro público e o privado (art. 4.º, VI, e art. 5.º, III).³⁷⁷ Em razão da distinta repartição de riscos introduzida pela Lei, adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

Essas normas poderão provocar sérias controvérsias. Ela é aceitável no caso de teoria da imprevisão e na hipótese de força maior, em que o desequilíbrio é causado por álea econômica alheia à vontade de ambas as partes (que, por isso mesmo, devem dividir os prejuízos). Aliás, no direito francês, em que o direito brasileiro buscou inspiração para adoção de todas essas teorias, os prejuízos efetivamente se repartem quando se trata de aplicação de teoria da imprevisão.

O mesmo não ocorre nos casos de fato do príncipe e fato da Administração, em que o desequilíbrio decorre de ato ou fato do Poder Público, seja ele provocado por ato geral não relacionado diretamente com o contrato (**fato do príncipe**, como, por exemplo, a elevação de tributos), seja ela causada por ato praticado pela Administração como parte no contrato (**fato da administração**, como ocorre em hipóteses de inadimplemento por parte do parceiro público). Nas duas hipóteses, é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante. [...]

Em consequência, a norma do artigo 5.º, III, sobre a repartição dos riscos, só pode aplicar-se quando o desequilíbrio decorrer de fato estranho à vontade de ambas as partes, como ocorre no caso de força maior e de álea

³⁷⁷ Art. 4.º Nas contratações de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.

Art. 5.º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

III – a repartição dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

econômica extraordinária; esta última dá margem a aplicação da teoria da imprevisão.³⁷⁸

Salta, pois, aos olhos que um adequado planejamento da política tarifária e da alocação de riscos na concessão é condição essencial para o sucesso do empreendimento e para reduzir as hipóteses de reequilíbrio decorrentes de mau planejamento. Nesse sentido confira-se Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida, referindo-se a Marcos Augusto Perez:

[...] o planejamento não tem o condão de eliminar todos os riscos de uma concessão, mas que sua virtude encontra-se em prevê-los e equacioná-los, tendo em vista a preservação dos fins da concessão e a solução dos impasses criados na eventualidade da eclosão, já que tende a reduzir os conflitos ao longo da execução do contrato, aumentando o grau de estabilidade. Esta medida traz maior economicidade, pois evita discussões futuras quanto à distribuição do prejuízo ocorrido por evento não desejado, o que aumentaria o valor do contrato e o nível de comprometimento em evitar ocorrências que são causadas pela própria parte.³⁷⁹

Oportunas, nesse sentido, as observações feitas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em decisão prolatada nos autos do Processo 016.19-2008-9, acórdão 2104-2008-Plenário, que cuidou do “1.º Estágio de acompanhamento referente à IN TCU n. 46-2004 da outorga de serviço público relativa à concessão para restauração, manutenção, operação e o aumento da capacidade de trechos rodoviários BR-116 e da BR-324 no Estado da Bahia”.

Assentou, a decisão, a necessidade de o levantamento de dados nos estudos prévios ser atual para assegurar a sua confiabilidade, bem como a obrigatoriedade de que as projeções de crescimento de cada rodovia fossem cuidadas de forma individual e autônoma, isoladamente, por serem significativamente distintas as suas características. Determinou o TCU, então, que para as próximas concessões rodoviárias a ANTT:

9.2.2.1 presente, nos estudos de tráfego, as contagens atuais, assim entendidas aquelas realizadas há menos de 18 meses, efetuadas em mais de um período do ano, de forma a permitir uma maior segurança nas estimativas dos volumes anuais, assim como possibilitar a aferição

³⁷⁸ *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 155.

³⁷⁹ *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

destes levantamentos com os dados históricos de volumes de tráfego e sazonalidades disponíveis.

Considerando que a “facilidade de liquidez, a desburocratização dos procedimentos, a execução direta, entre outros fatores, tornam os custos de obras das concessionárias inferiores àqueles percebidos nos ajustes entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares”, determinou o TCU à ANTT que:

9.3.2.3 desenvolva um banco e dados contendo os custos operacionais e de obras rodoviárias praticadas efetivamente pelas concessionárias e, enquanto esse sistema não esteja em operação, desenvolva uma metodologia consistente a fim de orçar referidos custos;

9.3.2.4 apresente a comparação com as referências oficiais, Sicro e Sinapi, dos custos orçados para os serviços mais significativos entre os investimentos em obras, sempre que possível e de forma complementar.

Incertezas no momento da concessão, advindas de um planejamento inadequado, especialmente no âmbito das concessões de rodovias, motivam revisões contratuais que poderiam e deveriam ser evitadas.

Ao longo do tempo de duração de um contrato de concessão seu equilíbrio econômico financeiro sofre, invariavelmente, variações porquanto o contrato administrativo é mutável e deve ser alterado sempre que o interesse público o exigir, fim último da administração. Ocorre que o pacto inicialmente ajustado deve, sendo possível, ser respeitado.

O menor ou maior respeito ao pacto original decorre de sua racionalidade e adequação que, por sua vez, são consequências diretas do planejamento da concessão.³⁸⁰

³⁸⁰ “[...] o adequado planejamento possibilitará, de antemão, pelo menos, fornecer as balizas para a alocação destes riscos futuros no contrato, servindo de base para as *revisões* que se fizerem necessárias durante sua execução. Nas concessões de serviço público o planejamento é, portanto, mais do que um princípio constitucional de observância obrigatória. É, sem dúvida, instrumento hábil para sua realização com êxito, uma vez que da sua adequada elaboração depende o sucesso da licitação, bem como da execução do contrato, na medida em que o conhecimento aprofundado do serviço público ensejará um maior número de licitantes, uma estimativa de custos, de usuários, de obras quando for o caso, de riscos, dentre outros elementos, o mais preciso e suficientemente possíveis, minimizando as incertezas futuras, permitindo, assim, sejam calculados os riscos a ela inerentes e que sejam especificamente previstos e alocados nos contratos, o que refletirá, por sua vez, seguramente, na tarifa estipulada – pois quanto maior o grau de incerteza, maior o risco do concessionário, e maior a tarifa – evitando assim excessivas revisões para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual” (Karina Houat Harb. *A revisão na concessão comum de serviço público*, 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 99).

2 Modelos de equilíbrio econômico-financeiro

Não é pacífico o entendimento quanto ao modelo de equilíbrio econômico-financeiro adotado pelo ordenamento pátrio. A concepção clássica da intangibilidade da equação econômico-financeira é aquela que conduz à estabilização de uma relação estática entre encargos e vantagens.

Conforme Cintra do Amaral, reportando-se a Alberto Santos de Vasconcelos, o modelo estático de equilíbrio econômico-financeiro das concessões baseia-se “na manutenção da equação econômico-financeira **inicial** do contrato durante todo o prazo de sua execução, enquanto o modelo ‘dinâmico’ caracteriza-se pela adaptação dessa equação à realidade econômica cambiante, mediante ajustes realizados nas **revisões periódicas**”.³⁸¹

Para o autor, resulta do art. 37, XXI, da CF, do art. 65, II, “d”, c.c o art. 124 da Lei 8.666/1993, do § 4.º do art. 9.º e do art. 10 da Lei 8.987/1995, que o modelo estático de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos foi o adotado pelo ordenamento pátrio.

Posição diversa é de Marçal Justen Filho que não vislumbra nenhum impedimento jurídico à consagração entre nós do modelo dinâmico. Registra que “não há vedação ao estabelecimento de uma relação dinâmica entre encargos e vantagens, fixando-se que o dever do concessionário reside em ampliar sua eficiência e promover a redução de seus custos”.³⁸²

Economicamente, a adoção do modelo estático de equilíbrio econômico-financeiro pode gerar distorções, como evidenciado por Alberto Santos de Vasconcelos:

Outro estudo que pode ser realizado diz respeito à verificação dos atuais contratos de concessão de rodovias federais, se estariam equilibrados econômico-financeiramente em virtude de suas rentabilidades (TIRs) permanecerem constantes desde o início da execução contratual. Tal questão justifica-se em decorrência da forte alteração do cenário econômico de nosso País, desde que foram licitados os cinco primeiros lotes de concessão de rodovias federais. Assim, uma TIR por volta de 23% a.a. poderia ser compatível com a perspectiva de risco em 1994 ou 1995 – ambiente com

³⁸¹ O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 30-31, dez. 2009.

³⁸² *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 360-361.

inflação não controlada (Plano Real, à época, era incipiente), incertezas políticas etc. No entanto, o cálculo do custo de oportunidade atualmente implicaria taxas de rentabilidade bem mais módicas, ou seja, alterariam-se (sic) as condições “iniciais” em que foi calculada a rentabilidade das concessões em andamento. Então: pergunta-se: com a alteração das condições iniciais, não foi quebrado o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato de concessão? A fim de responder a essa questão deve-se aprofundar-se tanto na doutrina administrativista quanto nos aspectos econômico-financeiros dos atuais contratos de concessão.³⁸³

Para Cintra do Amaral,³⁸⁴ o “modelo dinâmico” de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público não encontra respaldo no Direito brasileiro, esbarrando no inciso XXI do art. 37 da CF e nas disposições das Leis 8.666/1993 e 8.987/1995.

Entendemos, na esteira dos ensinamentos de Marçal Justen Filho, que o modelo dinâmico possibilita a redução das tarifas, bem como a transferência para os usuários dos benefícios advindos da eficiência empresarial, o que não contraria a Constituição Federal,³⁸⁵ nem as leis infraconstitucionais aplicáveis à matéria, Leis 8.987/1995 e 11.079/2004.

Ademais, a sua adoção não importa supressão unilateral das garantias atinentes à imutabilidade da equação econômico-financeira, nem mesmo aos deveres ou encargos das partes. Não se admitem, nesse modelo, condutas abusivas da administração pública nem sacrifício do patrimônio privado para assegurar vantagens à coletividade. As perdas sofridas continuarão a advir do risco ordinário do negócio, considerando que é dever do concessionário ampliar sua eficiência e reduzir seus custos.

³⁸³ *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil*. Brasília: TCU, 2008. p. 262. (Coletâneas de Serviços públicos e controle externo.)

³⁸⁴ O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 30-31, dez. 2009.

³⁸⁵ Conforme premissa adotada, a Constituição de 1988 não faz menção à justa remuneração do concessionário, como ocorria na Constituição anterior. Não há direito à manutenção da margem de lucro do concessionário.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a partir do momento em que o concessionário firma o contrato, ele assume os riscos do empreendimento, o que significa a possibilidade de lucro maior ou menor, não cabendo à Administração o ônus de manter a mesma faixa de lucro durante toda a vigência do contrato, sob o pretexto de manter o equilíbrio econômico-financeiro. A revisão das cláusulas financeiras, a favor do concessionário, só será feita quando se tratar de álea econômica que cause excepcional desequilíbrio econômico-financeiro” (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 105).

Consideramos, inclusive, que esse modelo (de equilíbrio econômico-financeiro dinâmico) deve estar configurado antes da formalização da outorga, momento em que se aperfeiçoa a equação econômico-financeira, porquanto “não pode o concedente reinventar a concessão de serviço público no âmbito do processo de revisão, pois isto viola o princípio da segurança jurídica, legalidade, boa-fé, moralidade e finalidade”.³⁸⁶

O compartilhamento dos benefícios (ganhos) econômicos entre concessionário e usuário é pressuposto do modelo de tarifa pelo preço, acrescido da adoção do modelo dinâmico da equação econômico-financeira contratual. Acrescentamos que nas duas modalidades de parceria público-privada (patrocinada e administrativa) há a expressa previsão de “compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado” (art. 2.º, *caput*, e § 1.º), porquanto “o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5.º, § 2.º), reduzindo, dessa forma, os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado, os quais deverão ser compartilhados com o poder público”.³⁸⁷

Assim, especialmente nos contratos de concessão de rodovias, em que o prazo contratual (de execução), em regra, é bastante extenso, geralmente de 20 a 30 anos, o modelo adotado pelo legislador (de aperfeiçoamento da equação econômico-financeira no momento da outorga) exige que o administrador seja cioso e eficiente ao planejar o serviço concedido, elegendo corretamente o modelo contratual, definindo detalhadamente as condições de execução do contrato que devem constar tanto do edital como do próprio instrumento contratual, bem como a política tarifária e a repartição dos riscos, quer se trate de concessão comum, quer de uma das modalidades introduzidas pela Lei das PPP. É necessário, igualmente, que exerça controle eficiente da execução do contrato, para que seja possível a realização de *seu fim primário*, que é o interesse público.

Os contratos de concessão estão submetidos à revisão extraordinária, destinada a equacionar fatos extraordinários (que pode ocorrer a qualquer tempo), e a revisão

³⁸⁶ Karina Houat Harb. *A revisão na concessão comum de serviço público*. 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 151.

³⁸⁷ Maria Silvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 156.

ordinária, também chamada de periódica,³⁸⁸ necessária em razão do longo prazo de duração de referidos contratos, que, por isso, não podem sujeitar-se apenas às revisões decorrentes da álea extraordinária, até porque, considerando as modalidades de concessão patrocinada e administrativa, a repartição dos riscos é objetiva, incluindo os riscos decorrentes do caso fortuito, da força maior, do fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (arts. 4.º, VI, e 5.º, III), havendo, inclusive, expressa previsão de compartilhamento de ganhos econômicos do parceiro privado originados da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5.º, IX).

Nesse sentido, transcrevemos trecho da decisão do Tribunal de Contas da União, cuidando da essencialidade da revisão periódica, ao analisar o 1.º estágio de acompanhamento da outorga de serviço público relativa à concessão para reestruturação, manutenção, operação e aumento da capacidade de trechos rodoviários da BR-116 e da BR-324, no Estado da Bahia.

Assim, a revisão periódica seria o momento adequado para restabelecer as condições que garantam a justa remuneração do empreendimento. A revisão periódica da tarifa tem amparo legal no parágrafo 2.º do artigo 9.º e no inciso V do artigo 29, ambos da Lei 8.987/95 [...]. O objetivo da revisão tarifária é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato [...]. A instituição da revisão periódica da tarifa de que trata a lei geral das concessões, Lei 8.987/95, é, especificamente no setor rodoviário, imprescindível em razão do longo prazo de concessão, da imprevisibilidade de variáveis impactantes no empreendimento e da suscetibilidade às variações das condições iniciais do contrato, tendo em vista a prestação do serviço público adequado em conformidade com os princípios da continuidade, da eficiência e da modicidade da tarifa.³⁸⁹

Nada impede, por outro lado, desde que não haja desrespeito à Constituição e à Lei, que as cláusulas contratuais relativas à equação econômico-financeira inicial do contrato de concessão sejam renegociadas, ou seja, alteradas bilateralmente, por acordo entre as partes, o que não se confunde com revisão e/ou recomposição, ou reajuste.

³⁸⁸ Nos dizeres de Karina Houat Harb, a revisão periódica é “o processo administrativo pelo qual se dá o acompanhamento contratual na concessão comum de serviço público, a fim de se aferir se a sua execução ocorre em consonância com o planejamento prévio, e do qual resulta a manutenção da equação econômico-financeira, por meio do seu restabelecimento periódico, se necessário” (*A revisão na concessão comum de serviço público*. 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 148).

³⁸⁹ Acórdão 2104/2008-TCU, Plenário, Processo TC-016.189/2008-9. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2010.

3 Mecanismos de revisão ou recomposição da equação econômico-financeira

Há vários mecanismos possíveis para a revisão ou recomposição da equação econômica desbalanceada. É possível que a recomposição se faça por meio da revisão do valor da tarifa, da diminuição dos encargos da concessionária, da atribuição à concessionária de receitas acessórias, complementares ou advindas de projetos associados, por meio do desconto no ônus fixo ou variável (quando estes são previstos), pela atribuição de subsídios pelo Poder Concedente ou pelo aumento do prazo contratual.³⁹⁰

3.1 Modificação do valor da tarifa

A elevação da tarifa é a fórmula mais direta de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O problema da elevação tarifária se coloca em razão dos princípios informadores do serviço público, quais sejam o da *modicidade do montante a ser pago contra a oferta do serviço* e o do seu oferecimento em condições mais favoráveis, ou seja, “dever estatal de torná-lo (o serviço) o mais possível acessível a todos os cidadãos”.³⁹¹

Referidos princípios não impedem o Poder Público de majorar a tarifa (pedágio), apenas impõe o dever à Administração de sopesar todos os valores envolvidos para que a decisão seja proporcional, ou seja, não imponha um sacrifício demasiado a nenhum dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico.

Nas hipóteses em que é faticamente possível evitar que se acarrete aos usuários do serviço um dispêndio suplementar causado pelo incremento tarifário, sem, com isso,

³⁹⁰ Nesse sentido, no âmbito do Estado de São Paulo, há resolução da Secretaria dos Transportes, ST-2, de 11.03.2005, fixando as modalidades para implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desbalanceado, quais sejam:

- I. Prorrogação do prazo de concessão;
- II. Revisão tarifária;
- III. Revisão do cronograma de investimentos;
- IV. Utilização do ônus fixo, ouvido o DER/SP previamente;
- V. Emprego de verbas do tesouro;
- VI. Utilização conjugada de uma ou mais modalidades.

³⁹¹ Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico financeiro do contrato. In: André Castro Carvalho (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 54-55.

causar lesão ao direito do concessionário, grave prejuízo à adequação do serviço ou mesmo crise fiscal, entendemos legítima opção outra que preserve o valor da tarifa ou ao menos impeça que esta sofra uma alteração muito importante.

A decisão administrativa de majoração da tarifa como forma de equilibrar a economia do contrato deve estar pautada em estudo técnico-econômico apto a demonstrar que a decisão é a que melhor atende ao interesse público, porquanto

[...] estando em pauta serviços públicos, o princípio da modicidade apresentar-se-á, então, como imposterável vetor interpretativo a ser mobilizado perante dúvidas exegéticas que se proponham, oferecendo socorro para dilucidá-las e demandando os direcionamentos hermenêuticos aptos a prestigiar sua vigência e viabilizar sua aplicação.³⁹²

3.2 *Diminuição dos encargos da concessionária*

A supressão de obras a cargo da concessionária, por exemplo, pode ser uma forma de reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato; qualquer supressão de encargos da concessionária, na verdade, pode ser capaz de reequilibrar o contrato.

Nessa hipótese, acreditamos que a decisão do Poder Concedente encontra amarras no dever de prestação adequada do serviço público e de garantir a sua continuidade.³⁹³ Assim, nas hipóteses em que a supressão causar prejuízo à adequação do serviço ou mesmo a futura continuidade de sua prestação, o mecanismo não se mostrará adequado à recomposição da equação econômico-financeira do contrato.

3.3 *Atribuição à concessionária de receitas acessórias, complementares ou advindas de projetos associados*

A atribuição à concessionária de novas fontes de receita (art. 11 da Lei 8.987/1995), durante a execução do contrato, é importante forma de buscar restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de rodovia.

³⁹² Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico financeiro do contrato. In: André Castro Carvalho (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 56.

³⁹³ Arts. 6.º, 18, incisos II, VII e IX, e art. 23, inciso V, todos da Lei 8.987/1995.

Com elas é possível redimensionar a equação do ajuste, sem que haja necessidade de majoração do valor do pedágio, o que igualmente atende as diretrizes da política tarifária aplicáveis ao serviço público, qual seja o da modicidade e o da acessibilidade.

Acreditamos que estas fontes de receitas devem ser fomentadas pelo Poder Concedente, a fim de que sejam exploradas todas as potencialidades econômicas da concessão, o que atende ao dever de eficiência.

3.4 *Alteração do valor da outorga*

Há determinadas licitações envolvendo as concessões de rodovias em que o critério de julgamento coloca-se na maior oferta pela outorga. Nesse modelo de concessão, o Poder Concedente recebe um valor do licitante vencedor (que pode ser fixo o variável) pelo direito de exploração do serviço durante o prazo estipulado contratualmente.

A modificação do valor da outorga a ser paga pelo concessionário pode se revelar, no caso concreto, como uma alternativa para recompor a equação econômica do ajuste, sem que haja alteração do valor da tarifa, o que atende à diretriz de modicidade aplicável à política tarifária dos serviços públicos.

É fundamental, no entanto, que não restem violados direitos de terceiros que, sob novas condições, poderiam ter feito melhor oferta (proposta) na licitação. Para tanto, é necessário demonstrar, motivadamente, na hipótese concreta, a adequação da modificação intentada como o melhor mecanismo de preservação da equação econômico-financeira inaugural alterada.

3.5 *Atribuição de subsídio*

Nada impede que haja subsídio³⁹⁴ parcial do Poder Concedente ao concessionário visando à composição³⁹⁵ ou a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

³⁹⁴ A Lei 8.987/1995, em seu art. 17, utiliza a expressão vantagens ou subsídios. A Lei 4.320/1964 se refere a subvenções, categorizando-as na espécie cujo gênero são as transferências correntes (art. 12, § 2.º). As subvenções, segundo a Lei, dividem-se em sociais (art. 12, § 3.º, I) ou econômicas (art. 12, § 3.º, II, c.c. o art. 18, parágrafo único, “a” e “b”), não havendo menção à palavra subsídio.

A Lei 101/2000 (LRF), por seu turno, no capítulo destinado a disciplinar a destinação de recursos públicos ao setor privado, utilizou subvenção como uma de suas modalidades (art. 26) e subsídio como produto recebido na concessão de empréstimos ou financiamentos (art. 27, parágrafo único).

Utilizamos a expressão subsídio como espécie de subvenção econômica para compensar benefícios tarifários concedidos e como forma de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. No mesmo sentido, Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 108).

³⁹⁵ Considerando a Lei Geral das Concessões, especialmente a norma inserta no art. 17, os subsídios advindos do Poder Público podem ser estabelecidos se previstos em lei e se estiverem à disposição de

A atribuição de subsídios seria alternativa ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, sem, contudo, haver majoração da tarifa.

Entendemos, no entanto, que seria a opção que mais se afastaria da essência da concessão rodoviária, visto que a decisão política de transferir a terceiros a gestão e operação da malha rodoviária, decorre, fundamentalmente, da ausência de recursos públicos para custear adequadamente sua prestação.³⁹⁶

Na hipótese de o subsídio compor inicialmente a equação econômico-financeira da concessão, seu incremento, em grande escala, pode desnaturar a própria concessão comum (aqui não considerando a concessão administrativa), reduzindo o risco do negócio, de modo a transmudá-la, porquanto a remuneração do concessionário será certa e determinada.

Não obstante haver riscos, é no caso concreto e por meio de um amplo planejamento que deve ser avaliada a alternativa que melhor atende ao interesse público.

3.6 *Modificação do prazo contratual*

O aumento do prazo contratual³⁹⁷ pode se mostrar, no caso concreto, como a alternativa menos onerosa e mais adequada para restabelecer o equilíbrio econômico

todos os concorrentes. Nesse sentido, Maria Silvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106; Marcos Jurena Villela Souto. *Desestatização, privatização, concessões e terceirização*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 156, 162-163.

³⁹⁶ Nesse sentido, adverte Marçal Justen Filho que, “quando o Estado delibera, por meio de lei, promover a outorga de serviço público à iniciativa privada, visa a estabelecer um sistema em que o usuário arque com o custo do serviço fruído (ou, mesmo, colocado à sua disposição).

Se o próprio Estado intervier para subsidiar o serviço público, destrói-se essa sistemática. Nem haverá necessidade de eficiência do concessionário, nem haverá contribuição individual do usuário para arcar com os efeitos do próprio consumo. Haverá transferência dos encargos relacionados com o serviço para o universo geral dos cidadãos. [...]

Há hipóteses em que se impõe o custeio estatal do serviço público, para evitar que a rigidez dos mecanismos de mercado torne inviável o consumo de uma atividade essencial por parte dos mais pobres. A propósito disso, pode lembra-se uma famosa controvérsia levada à apreciação da Comissão das Comunidades Europeias e o objeto de decisão em 06 de junho de 1994. Tratava-se de um subsídio do governo de Portugal a uma companhia aérea (TAP), como compensação pela obrigação de manter serviço de transporte para regiões autônomas insulares. O governo português assegurava tarifas mais reduzidas para os habitantes da região por meio de subsídios financeiros. Reputou-se que o subsídio em si era admissível, mas era imperioso selecionar o transportador a ser beneficiado por meio de um procedimento licitatório imparcial. [...]. A opção do subsídio estatal significará que o poder concedente remunerará o concessionário pelos serviços prestados aos estratos carentes da população. Essa solução é perfeitamente compatível com o regime da concessão. Evidencia, ademais disso, a incorreção da afirmativa de que a concessão excluiria a possibilidade de o concessionário ser remunerado diretamente pelo Estado” (*Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 339-340).

³⁹⁷ As concessões devem vigorar por prazo determinado, o que se infere das definições legais contidas nos incisos II e III do art. 2.º, inciso I, do art. 18 e do disposto no inciso I, do art. 23, todos da Lei federal

contratual inaugural, visto que, com um prazo mais dilatado, o concessionário conta não só com um período maior para recuperar seus investimentos, como, também, para auferir lucro.

A eleição da melhor forma de recomposição do equilíbrio econômico inaugural deve observar o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Poder Público, motivadamente, demonstrar que a opção por ele escolhida é a menos onerosa possível e a mais adequada na situação concreta analisada. Assevera Marçal Justen Filho:

O princípio da proporcionalidade impede que se imponha ao concessionário o dever de sofrer perda patrimonial tal como exclui a elevação de tarifas que possam colocar em risco e estabilidade econômica da Nação. Também exclui a possibilidade que se constanja o poder público a desembolsar vultosos recursos para indenizar o contratado apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar licitação. Soluções extremadas, que ignoram as conseqüências secundárias da preponderância de um único valor, não são conformes ao Direito.

[...]

Uma alternativa consistiria na ampliação dos prazos da concessão, de modo a assegurar que o prazo mais longo permita a realização dos resultados assegurados ao interessado. A prorrogação é compatível com a constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, de modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais.

Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles.³⁹⁸

Cuida-se, portanto, de alternativa que permite reequilibrar o contrato preservando a tarifa inicialmente pactuada, ou seja, é fórmula substitutiva da elevação de tarifas.

Com a mesma finalidade de preservação da modicidade tarifária é possível o aumento do prazo contratual para possibilitar maior tempo à amortização dos investimentos, acrescidos em razão de fatos supervenientes, por exemplo, os que se fizerem necessários em razão da atualização do serviço.

8.987/1995. O legislador não fixou um prazo máximo de vigência, deixando ao Poder Concedente a sua delimitação, de acordo com as características das obras e serviços concedidos. Há autorização genérica na lei de prorrogação do prazo contratual, art. 23, XII. As hipóteses constituem matéria a ser regulada no contrato.

³⁹⁸ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 406.

Acreditamos possível, em situações peculiares e excepcionais, o aumento do prazo contratual quando, ao final da concessão, em razão de mau planejamento,³⁹⁹ ainda restarem investimentos para amortizar. Trata-se de alternativa à indenização prevista no art. 36 da Lei 8.987/1995, hipótese em que a maior proteção ao interesse público deve estar fartamente demonstrada.

Novamente repisamos que o aumento do prazo contratual deve se mostrar, no caso concreto, como a melhor alternativa para consecução do interesse público almejado. Deve haver estudos técnicos e um planejamento capaz de justificar a decisão administrativa, sob pena de tornar “vitalício” o direito à exploração do serviço público, o que ofende não só o dever de licitar, como o princípio republicano.

Os doutrinadores divergem quanto à necessidade de previsão permissiva na lei, no edital e no contrato para que o aumento do prazo da concessão seja utilizado como mecanismo de revisão da equação econômico-financeira do contrato.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁰ entende que não há necessidade da existência de previsão, quer na lei, quer no edital ou mesmo no contrato, porquanto a medida (extensão contratual para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro) está calçada na norma que determina o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e no princípio prestigiado da modicidade tarifária. Entende, inclusive, que a medida poderia ser utilizada mesmo nos casos em que o edital ou o contrato proíbam genericamente a prorrogação, desde que referida norma não vede expressamente a prorrogação como fórmula substitutiva da elevação de tarifas.

Adverte o autor que é necessário que seja indiscutível, absolutamente certo, o direito do concessionário a um dado reajuste, o qual será substituído pela ampliação do prazo contratual, bem como que esta dilação seja estabelecida na exata medida da compensação da perda de receita, sem nenhuma vantagem adicional.

³⁹⁹ Isto porque o prazo em um contrato de concessão deve ser estabelecido de forma suficiente à amortização dos investimentos, à prestação do serviço adequado, à modicidade da tarifa e à justa remuneração do concessionário.

⁴⁰⁰ Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico financeiro do contrato. In: André Castro Carvalho (Org.). *Contratos de concessão de rodovias*: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 57-62.

Karina Houat Harb⁴⁰¹ anota que, conquanto seja possível a prorrogação do prazo das concessões para restabelecimento da equação econômico-financeira da concessão, mesmo que não se tenham legalmente estabelecidos todos os critérios necessários para tanto, é preciso que a medida esteja prevista no edital e no contrato, sob pena de ofensa à Constituição, seja pela eternização de uma concessão, seja por burla à impessoalidade com a exclusão por um tempo dos demais interessados em prestá-la.

Entendemos que as cláusulas referentes a prazo nos contratos de concessão são regulamentares, ou seja, inserindo-se na parte *mutável* do contrato, o que não significa afirmar que a decisão do Poder Concedente não encontra amarras. Ao contrário, é preciso que o Poder Público motive a decisão, demonstrando cabalmente a adequação e o acerto da opção como a que melhor atende ao interesse público, bem como que não está em causa qualquer medida que atente à impessoalidade e ao direito de terceiros.

A hipótese de prorrogação do prazo do contrato de concessão como medida alternativa à majoração da tarifa, além de excepcional, deve estar prevista, ao menos genericamente, no contrato, em atendimento ao disposto no art. 23, da XII, da Lei 8.987/1995, em que pese o fato de, muitas vezes, se apresentar como a melhor alternativa à consecução do interesse público, como meio de evitar dispêndios vultosos pelo Estado ou para manter a modicidade tarifária.

Na hipótese de o desequilíbrio ser a favor do Poder Concedente, considerando os princípios que regem a prestação do serviço público, o reequilíbrio deve se dar, prioritariamente, mediante a diminuição do valor da tarifa e a expansão quantitativa e qualitativa do serviço prestado, evidentemente aqui considerada a expansão não prevista no contrato como dever da concessionária.

⁴⁰¹ *A revisão na concessão comum de serviço público*. 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 105.

CONCLUSÃO

O recurso às concessões no Brasil no setor de infraestrutura rodoviária, como de resto nos demais setores, a partir dos anos 90, foi considerado pelo Estado como uma alternativa para permitir a retomada de investimentos, ante a carência de recursos públicos, decorrente da crise fiscal e do endividamento estatal.

A adoção do modelo que tem privilegiado as concessões no setor, a par de ser uma decisão discricionária do Estado, não é arbitrária e deve estar fundamentada como a melhor forma de gerir a atividade pública.

A legitimidade da decisão exige autorização legal, planejamento minucioso e adequado, fiscalização e regulação das concessões. O Estado não pode deixar ao privado o exercício da função administrativa, porquanto a prestação indireta do serviço transfere ao privado apenas sua execução, mantendo com o Poder Público a titularidade e o dever de curar para que a concessão seja de fato instrumento hábil à consecução do interesse público.

As rodovias se constituem em um bem público (bem de uso comum do povo), mas sua gestão e operação foram caracterizadas como serviço público, nos moldes do art. 175 da CF, pelo legislador infraconstitucional.

A criação infraconstitucional de referido serviço público ocorreu sob o influxo da decisão estatal de outorgar sua exploração à iniciativa privada, o que tem sido feito, em regra, por contratos disciplinados pela Lei 8.987/1995, concessão comum, na terminologia utilizada pela Lei das Parcerias Público-Privadas, porquanto as concessões abarcaram, até o momento, os serviços autossustentáveis, ou seja, as rodovias com fluxo de veículos e perfil de usuários que possibilitam o custeio do empreendimento por meio de tarifa (pedágio).

Nada impede, no entanto, o recurso às modalidades concessórias introduzidas pela Lei das Parcerias Público-Privadas como mecanismo para financiar a expansão do serviço público de gestão e operação de rodovias, aqui consideradas as atividades de construção, manutenção, gestão e operação de sistema viário.

Não obstante, é preciso que o Poder Público demonstre que o recurso a essa modalidade de gestão indireta do serviço atende ao interesse público, considerando, ainda, o princípio de seu uso excepcional, reservado às hipóteses em que o serviço público não é autossustentável, bem como em que o ganho marginal social com a sua exploração indireta, com injeção de recursos públicos, supera o da prestação direta do serviço.

Cabe ao Estado assegurar, por intermédio do planejamento, controle, fiscalização e regulação adequada, o efetivo alcance das metas estabelecidas, relativas à expansão e qualidade dos serviços. Tem o Estado, ainda, o dever de coibir possíveis distorções que possibilitem o uso inadequado do instituto, que nada mais é que um instrumento para se atingir a eficiência e possibilitar a obtenção de novos capitais necessários à expansão e melhoramento dos serviços, não um prêmio à ineficiência.

Considerando que a concessão de rodovias é modalidade de concessão de serviço público, sua modelagem (planejamento e regulação) deve buscar obter o máximo de benefícios aos usuários ao menor valor do pedágio possível, sem comprometer o sucesso do empreendimento, o direito dos concessionários e os princípios que norteiam a prestação do serviço público. Para tanto, propomos um planejamento de melhor qualidade, considerando a possibilidade de incremento de receitas outras que não a tarifária, na forma do que possibilita o art. 11 da Lei 8.987/1995.

As concessões no setor rodoviário, em regra, não consideram referidas receitas para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que desestimula a exploração da potencialidade econômica da rodovia e não incentiva o desenvolvimento de negócios adjacentes que podem constituir-se em novas fontes de receita.

É dever do Poder Público criar condições para que a economia da concessão favoreça ao usuário e garanta, ao mesmo tempo, a estabilidade do empreendimento, com preservação dos direitos do concessionário, a manutenção e expansão do serviço, o que só se obtém com planejamento sério e regulação eficiente.

Constatamos, de outro lado, que a natureza jurídica do pedágio não é única, dependendo sua correta caracterização do caso concreto, constituindo-se em taxa na hipótese de prestação direta do serviço e em tarifa nas hipóteses de prestação indireta.

Como tarifa, o pedágio representa a principal fonte de receita da concessionária, não sofrendo senão os influxos do regime jurídico advindo do art. 175 da CF e da Lei 8.987/1995, não se lhes aplicando os princípios constitucionais tributários.

Verificamos, também, que, em matéria de concessão de rodovias, as questões jurídicas “polêmicas” têm estreito liame com o desconforto gerado pela proliferação dos pedágios, por exemplo, as referentes à necessidade de via alternativa obrigatória e a instituição de pedágio de valores diferenciados.

Demonstramos que a Lei 8.984/1995 não exige a disponibilização de serviço gratuito, mas apenas confere, nos casos em que isso é possível, o direito ao usuário de escolha entre dois ou mais prestadores do mesmo serviço (em regime de competição).

Considerando que as rodovias se constituem em “monopólios” naturais, o usuário tem apenas a opção de não fazer uso do serviço.

Quanto à instituição de pedágios com valores diferenciados, nos termos do que permite o art. 13 da Lei 8.987/1995, entendemos que pode ser uma alternativa válida para equacionar a situação de usuários que residem próximo às praças de pedágios ou categorias outras que possam merecer tratamento diferenciado. É preciso, no entanto, que o perfil dos usuários seja estudado no momento do planejamento da concessão, para permitir a modelagem adequada do empreendimento.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de rodovias é direito constitucionalmente assegurado (art. 37, XXI, da CF), não podendo ser desconsiderado pelo Poder Público, sendo, inclusive, mecanismo de preservação não apenas do direito do concessionário, mas, igualmente, do Poder Público, porquanto possibilita a continuidade da prestação adequada do serviço.

No entanto, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não significa o dever do Estado de imunizar a concessionária dos riscos inerentes ao negócio, nem mesmo de preservá-la de sua própria ineficiência.

É preciso distinguir o conceito econômico do conceito jurídico de desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial do contrato, nas concessões comuns de serviço público. Há hipóteses em que existirá desequilíbrio econômico do contrato, mas não haverá direito à sua recomposição, porquanto não estarão configurados fatos supervenientes imprevisíveis, previsíveis, mas de consequências incalculáveis e extraordinárias. É possível enumerar alguns fatos que não geram direito ao reequilíbrio. São eles:

- a) ganhos ou perdas de produtividades;
- b) aumentos ou redução dos custos da concessionária que não decorram de **fato da administração, fato do príncipe** ou **teoria da imprevisão**;
- c) alteração de cenário econômico;
- d) alteração no volume de tráfego ou mudança na sua composição;
- e) custo de obtenção dos financiamentos previstos;
- f) insolvência da concessionária.

Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato esteja configurado, a sua recomposição deve considerar os princípios que disciplinam a prestação do serviço público, para permitir que a readequação seja feita preferencialmente sem o recurso à majoração da tarifa, o que pode se dar de diversas maneiras, especialmente com incremento de receitas alternativas, acessórias ou decorrentes de projetos associados e com o recurso ao aumento do prazo contratual inicialmente contratado. Referido mecanismo não deve gerar, porém, o direito a concessões eternas, risco que tem de ser sopesado e neutralizado pelo Poder Concedente.

Concluimos ser legítima a opção pelas concessões públicas de rodovias, reputando a escassez de recursos públicos para realizar os investimentos necessários no setor. No entanto, é fundamental, para legitimar a opção pela atuação indireta, que o Poder Público cumpra o seu dever constitucional de planejar adequadamente o empreendimento, considerando o arcabouço constitucional e legal, bem como que exerça eficientemente a regulação do setor, com fiscalização e controle da prestação do serviço, durante todo o prazo contratual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.
- . *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessões de rodovias e cobrança de pedágio. In: ANDRADE, Leticia Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 21-33.
- . *Concessões de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 25-32, dez. 2009.
- . Pedágio. In: ANDRADE, Leticia Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002.
- . Validade de leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas. In: ANDRADE, Leticia Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágio*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2005. p. 119-129.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ANDRADE, Leticia Queiroz de. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 254-275.
- (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágio*. São Paulo: ABCR, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p.105-145, abr.-jun. 2005.
- . Delegações de serviço público. *Revista Zênite de Direito Administrativo – IDAF*, Curitiba, n. 82, p. 951-983, maio 2008.
- . *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- . ———. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- . ———. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- _____. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, p. 95-127, out.-dez. 2005.
- ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires. Pedágio federal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 46, p. 90-96, out.-dez. 1988.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- AZZARITI, Gaetano; GARRONE, G.B. *La concessione di opera pubblica nelgi ordenamenti italiano e comunitário*. Napolis: Jovene, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios. In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*, São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 11-20.
- _____. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Inaplicabilidade da nova regulamentação sobre licitações a Estados e Municípios e inconstitucionalidade radical do Decreto Lei 2.300/86. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 83, p. 16-28. jul. 1987.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.
- _____. Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo: Malheiros, n. 3, p. 32-41, 1993.
- _____. Parecer. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.
- _____. Pedágio. In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 11-20.
- _____. *Prestação de serviços públicos e administração pública indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.
- _____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-julho>. Acesso em: 8 mar. 2010.
- _____. Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 31, p. 95, jul.-set. 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, p. 11-36, jan.-mar 1972.
- _____. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

- BARROSO, Luis Roberto. Alterações dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia*, São Paulo, v. 15, p. 99-129, jul.-set. 2006.
- BENOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- BERTI, Flávia de Azambuja. *Pedágio natureza jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- BILAC PINTO. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, número especial, p. 257-270, 1995.
- BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. In: ———. *Temas de direito administrativo constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121-141.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 1991.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra, I (1984), II (1986), p. 1099, v. 2.
- CÂMARA DE ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 159-181.
- . *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP Editora, 2009.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. v. 1 e 2.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- , O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 25-32, dez. 2009.
- . Concessão de rodovias e cobrança de pedágio. In: ANDRADE, Leticia Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 21-33.

- . Validade de leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas. In: ANDRADE, Leticia Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres jurídicos sobre pedágios*. São Paulo: ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, 2002. p. 119-129.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 7. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 263-276, jan.-mar. 1990.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 15, p. 197-224, jul.-set. 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- . ———. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- . *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.
- . *Licitação e contrato administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT.
- . *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- . *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- . ———. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- . *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DUARTE, Fábio Marcelo de. *Aspectos jurídicos das rodovias: tutela do uso comum, concessões rodoviárias, responsabilidade civil e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- . *Estudos e pareceres de direito rodoviário*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002.
- DUFAL, Jean. *Droit des travaux publics*, Paris, 1998.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Bocard, 1924-1930. t. 2.

- ESPÍRITO SANTO, Bruno Vianna. Inovações na licitação das parcerias público-privadas. *Biblioteca Digital*, Fórum de Contratação e Gestão Pública, FCGP, Belo Horizonte, n. 89, maio 2009.
- ESTORNINHO, Maria João. Concessão de serviços públicos – que futuro? In: LOPES-MUÑIZ, José Luís Martinez; QUADROS, Fausto de (Coord.). *Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2005. p. 21-36.
- . *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006.
- . *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competências administrativas dos Estados e Municípios – licitações. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 8, p. 24-39, 1994.
- . *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.
- GARCIA, Flavio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GONZALEZ, Alice Maria. Concessões de serviços públicos para exploração de rodovia – Aspectos sociais da política tarifária – Alternativas de procedimentos para sua compatibilização com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro inicial. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal (IDAF)*, Curitiba, ano 1, n. 8, p. 712-722, mar. 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- . Constituição e serviço público. In: ———; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Direito constitucional: estudo em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267.
- . Uso de subsolo de faixa de domínio de rodovias e vias públicas por empresas concessionárias de serviços públicos: servidão administrativa, direito restrito de passagem e preço. Falsa privatização de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 27, p. 75-88, jul.-set. 1999.
- GRECO, Marcelo Aurélio. Aspectos da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 21, p. 53-58, jul.-set. 1972.

- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviços público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 182-231.
- . *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- . A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 647-662.
- . *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- . Parcerias público-privadas: o objeto da concessão administrativa. *Direito das infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*, 2010. No prelo.
- GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107-147.
- HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público*. 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1910.
- . *Principes de droit public*. Paris: Sirey, 1910.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- JÈZE, Gastón. *Les contrats administratifs*. Paris: Marcel Giard, 1927.
- . *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução da 3. ed. francesa por Julio N. San Millán Alamgro. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1.
- JOHNSON, Bruce Baner; SAES, Flávio Azevedo Marques de; TEIXEIRA, Hélio Janny; WRIGHT, James Terence Coulter. *Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas*. Concessão, regulação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Edgard Blücher, 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 17-26.
- . As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, p. 95-136, jan.-mar. 2003.
- . *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- . Concessão de rodovias: a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 232-253.

- . Concessão de serviço público e ampliação imprevista de encargos para o concessionário. *Informativo de licitação e contratos*, Curitiba, ano VI, n. 70, p. 936-947, dez. 1999.
- . *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- . ————. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- . Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativo. *Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público*, São Paulo, n. 107, p. 122-131, dez. 2009.
- . *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. 1.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro* (parte geral e parte especial). 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1939.
- . *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ANDRIOLI, Carlos Gustavo. Ação que ataca a cobrança de pedágio sob o argumento de que estaria sendo ferido o direito de ir e vir. Tutela antecipatória. Descabimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 777, p. 119-141, jul. 2000.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 40, p. 167-181, 2002.
- . Alteração em contrato de concessão rodoviária. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 43, p. 65-79, 2003.
- . A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 228, Rio de Janeiro, p. 13-29, abr.-jun. 2002.
- . As parcerias público-privadas e o financiamento das infra-estruturas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 3, n. 29, p. 3748-3749, maio 2004.
- . As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 291.
- . Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 105-109, jan.-mar. 2002.
- . Concessões de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luis Guilherme da Costa (Coord.). *Temas de direito público: estudos em homenagem ao professor ao Prof. Adilson Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 331-351.
- . Publicidade em faixa de domínio de rodovias: inconstitucionalidade da Lei estadual paulista n. 8.900/94. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n. 10, p. 769-775, out. 2001.

- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977.
- . *Natureza jurídica das concessões de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tradução do original francês de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I.
- MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In: ——— (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995. p. 11-17.
- . *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008.
- . *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: RT, 1997.
- . ———. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- . ———. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aeixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.
- . ———. 36. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aeixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.
- . *Direito municipal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- . *Licitações e contrato administrativo*. São Paulo: RT, 1973.
- . Pedágio: condições para sua cobrança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 430, p. 33-39, ago. 1971.
- MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao poder público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 433-486.
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. 2009. 225 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 100, p. 127-162, out.-dez. 1988.
- . *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- . O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ——— (Coord.). *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 405-432.
- MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviço de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- PEIXOTO, LÍlian de Castro. *A proteção aos investimentos das concessionárias de serviço público na jurisprudência dos tribunais superiores*. 2009. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 15, p. 27-71, out.-dez. 2006.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma regulatória na infra-estrutura brasileira: em que pensamos? In: SALGADO, L.H.; MOTTA, R.S. *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005.
- ; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.
- PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 5.
- PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Experiências em parcerias no Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 544-566.
- PORTO NETO, Benedicto. Concessão dos serviços municipais de coleta de lixo. Remuneração da concessionária diretamente pelo concedente. *RIASP*, n. 5, p. 237-244, jan.-jun. 2000.
- . *Concessões de serviço público regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. Dissertação. Coimbra: Atlântida, 1989. v. 1.
- . Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, jul.-set. 1969.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *O poder sancionatório da administração pública nas concessões de serviço público*. 2004. 156 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei n. 11.079/04: parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 1994.
- ROCHA, Cámen Lúcia Antunes. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *Concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- . *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROLIM, Luiz Antônio. *A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo: RT, 2004.
- ROSA, Luiz Emygdio F. da. *Direito financeiro e direito tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. O federalismo e o financiamento de infraestrutura. A experiência do setor de infra-estrutura de transporte rodoviário. *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 49, p. 1-16, maio 2008.
- SHIMA, Walter Tadashiro; FIGUEIREDO, Mario João; KARAM, Rejane. Embate político em torno da regulação e entraves ao desenvolvimento rodoviário: o anel de integração do Paraná. *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 23, 1-12, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=54853>>.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 45-74, out.-dez. 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOARES, Ricardo Pereira; CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Das concessões rodoviárias às parcerias público-privadas: preocupação com o valor do pedágio. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, maio 2006, p. 14. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.
- SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirização*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- . *Direito administrativo das concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos. Outras formas de gestão associada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUZA, João Carlos Lopes de. As receitas alternativas nas concessões de serviço público no direito brasileiro. *RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 21, jan.-mar. 2008. Disponível em: <www.editoraforum.com.br/bid/defout.aspx>. Acesso em: 15 mar. 2010.
- . Política tarifária e encargos do concedente e do concessionário. In: MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995. p. 101-115.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: —— (org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15- 44.

- _____. *Licitações e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____; CÂMARA, Jacintho Arruda. Rodovias federais: delegação a estados, concessão e encampação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, São Paulo, p. 65-77.
- TÁCITO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 373-376, jul.-set. 2003.
- _____. Contrato administrativo. In: _____. *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 617-63.
- _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- _____. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 64, p. 15-35, 1961.
- _____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. In: _____. *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 721-733.
- _____. Reforma do estatuto de concessões de serviços públicos. In: _____. *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 753-759.
- TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.
- VASCONCELOS, Alberto Santos de. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil*. Brasília: TCU, 2008. p. 262. (Coletâneas de Serviços públicos e controle externo.)
- VILLEGAS, Hector. Verdades e ficções em torno do tributo denominado taxa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 323-339, jul.-set. 1971.
- WALD, Arnoldo; RANGEL, Luiza; WALD, Alexandre de M. Do regime tributário das atividades de sistemas viários de concessionárias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 206, p. 363-376, out.-dez. 1996.
- _____. *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Legitimidade da realização de concessão de serviços públicos precedida ou não de obras em virtude de ato do governador do estado. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 68-73, 1995.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1959. v. 5.
- ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.