

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Doutora e Mestre pela PUC/SP
Professora de Direito Administrativo da PUC/SP
Ex-Procuradora do Município de São Paulo

Sumário: I) O surgimento e a evolução da concessão de serviços públicos. II) O Direito Positivo Brasileiro : a concessão de serviços públicos e as parcerias público-privadas. 2.1) Conceito e Características da Concessão de Serviços Públicos disciplinada pela Lei n. 8.987/95. 2.2 As Parcerias Público-Privadas na Lei Federal n. 11.079, de 30-12-2004. Observações Finais

I) O surgimento e a evolução da concessão de serviços públicos

O Estado brasileiro, ao longo do tempo, organizou o desempenho de seus serviços públicos sob diversas modalidades. Pode-se dizer que o Estado brasileiro seguiu, embora quase sempre com algum atraso, o modelo dos países capitalistas adiantados da Europa continental nas suas relações com a economia.¹

Originariamente só se conhecia a prestação direta pelo Estado, valendo-se dos órgãos que compõem o seu próprio aparato administrativo. Nos anos 20 do século XX inicia-se um processo de descentralização do Estado, com a criação de autarquias, que ganhou grande incremento após a Revolução de 30, exercendo não apenas funções de índole administrativa, como também de natureza industrial ou comercial. Também nesse período teve grande voga a concessão a favor de pessoas privadas (nacionais e estrangeiras) “*como fator inicial de desenvolvimento de atividades de caráter sobretudo industrial e de penetração do desenvolvimento econômico*”.²

Importa referir que, se é verdade que as origens das formas contratuais de colaboração entre a Administração e os particulares se perdem no tempo, também é certo que o recurso mais frequente a essa prática pela Administração se coloca dentro do quadro do Estado liberal clássico, quando

há uma mobilização da economia capitalista para o desenvolvimento de obras públicas, que surgem, por exemplo, na França, preliminarmente como um contrato de obras públicas em que o empresário, a par do encargo da realização da obra,

¹ SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 50, out./dez. 2002.

² Registra Caio Tácito que “a criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica, de serviços de transporte coletivo se realizaram satisfatoriamente mediante a concessão destes serviços. Nossa história econômica está pontilhada de nomes ilustres que se ocuparam destas atividades, mobilizando recursos em empreendimentos desta natureza. Mauá, no setor das ferrovias, foi um criador e coordenador de empresas concessionárias de serviços públicos. Um homem como Teófilo Ottoni sonhou abrir um caminho marítimo para Minas Gerais, através do Vale do Mucuri, no Espírito Santo, numa realização que não teve êxito e que fora planejada através do esquema de uma empresa concessionária. O grande desenvolvimento da região Sul, especialmente de São Paulo, foi em grande parte possibilitado pela existência de suficiente potencial elétrico fornecido por empresa concessionária”(Reformas do estatuto de concessões de serviços Públicos. In: *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 754-755).

recebe a autorização de explorá-la por algum período, de modo a se ressarcir do investimento feito.

A concessão de serviços públicos teve assim, de início, um caráter nitidamente contratual, primeiro como contratos de direito privado, mais tarde como contratos de direito público.³

E só se generaliza no período do “Estado Social”, quando o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico, que exigiam grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, surgindo a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de especialização, visando a obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.

A vantagem do regime de concessão para o Estado liberal era a de que, por meio dela um serviço público essencial era prestado pelo Estado sem ônus financeiro para a Administração e, em especial, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. A concessão tinha a característica da longa duração, para propiciar retorno do investimento feito.

Estes traços iniciais da concessão de serviço público foram, entretanto, sendo alterados, entre outras causas, pelas cláusulas de “garantias de juros” e pela aplicação da teoria da imprevisão, levando o Estado a participar dos prejuízos advindos com a outorga da concessão. Neste ponto da evolução do instituto ocorreu o declínio do regime das concessões⁴ e, após a segunda grande guerra, o surgimento de pessoas jurídicas de direito privado- sociedades de economia mista e empresas públicas-, que foram inicialmente concebidas para conferir maior flexibilidade e eficácia à máquina administrativa nos moldes operacionalizados pelas empresas privadas. A vantagem deste procedimento está no fato de que o Estado mantém o seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, assume os riscos do empreendimento, já que ele é o acionista majoritário da empresa e, via de consequência,

³ TÁCITO, Caio. Reformas do estatuto de concessões de serviços Públicos. In: *Temas de Direito Público*, v.1, p. 754. De fato, a concessão de obra pública é instituto bastante antigo. Manoel María Díez dá notícia de que na Grécia antiga portos foram construídos por este procedimento. O mesmo se passou em Roma (*Derecho administrativo*. 2. ed. corrigida. Buenos Aires: Plus Ultra, 1979, t. III, p. 292). LAUBADÈRE, André de (*Traité élémentaire de droit administratif*. 5. ed. Paris: L.G.D.J., 1970, v. II, p. 280) e Auby e Ducos-Ader (*Précis de droit administratif. Traité élémentaire de droit administratif*. 5. éd. Paris: L.G.D.J., 1970, v. II, p. 280) registram que, antes da Revolução Francesa, frequentemente, canais e pontes se edificaram por este meio, isto é, a expensas do concessionário, o qual se remunerava cobrando diretamente dos usuários pela utilização destas obras.

Observa Laubadère que, no curso do século XIX, “o elemento obra pública apareceu, nestes casos, como predominante, e estas concessões eram denominadas concessões de obras públicas; depois, o ponto de vista se inverteu e a concessão de obra pública, no plano da análise jurídica, desapareceu fundida na concessão de serviço público” (op. cit., p. 281).

Georges Vedel e Pierre Devolvé anotam que a concessão de rodovias e as de parques de estacionamentos são simultaneamente concessões de obras e de serviços públicos (*Droit administratif*. 12. éd. Paris: Thémis, 1992, t. 2, p. 769) .

René Chapus averba que frequentemente o concessionário tem, primeiramente, o encargo de construir as obras necessárias à execução do serviço. Em tal caso, a concessão é simultaneamente de obra e de serviço público (*Droit administratif général*. 6. éd. Paris: Montchrestien, 1992, t. I, p. 467).

⁴ PINTO Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 1-15, abr./jun. 1953, p. 3.

perde a grande vantagem da concessão, que é a de poder prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado.⁵

Em setores como transporte ferroviário,⁶ energia elétrica,⁷ e telecomunicações,⁸ por exemplo, a presença estatal é quase exclusiva na segunda metade do século XX. Tal passagem é assim resumida por José Cretella Júnior:

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 295.

⁶ A propósito da história das concessões no Brasil, Bruce Baner Johnson, Flávio Azevedo Marques de Saes, Hélio Janny Teixeira, James Terence Coulter Wright, após referência à Lei Geral n. 641, de 26-06-1852, que autorizava concessões no setor de ferrovias, observam que o amplo desenvolvimento de ferrovias acabou sendo frustrado e concluem “que 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 populações de várias localidades” (*Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas: concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública*. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, p. 58). O Estado não logrou assegurar às pessoas privadas a manutenção de condições essenciais, o que conduziu ao desinteresse dos particulares em aplicar recursos em empreendimentos destinados ao fracasso. Além disso, verificou-se movimento generalizado no sentido de nacionalizações, produzindo a chamada encampação dos serviços concedidos.

⁷ Até meados do século passado, os investimentos no setor de energia elétrica brasileira foram, quase todos, efetuados pela iniciativa privada, que dele acabou se afastando, à medida que o Governo foi aumentando substancialmente os controles sobre essa atividade, inclusive pondo em prática políticas de contenção tarifária. O modelo privado foi, então, cedendo lugar ao avanço estatal em dois níveis: de um lado, a União, criando grandes empresas geradoras e, de outro lado, os Governos Estaduais, através da criação de empresas distribuidoras. Esse modelo setorial, complementado pela criação da ELETROBRÁS (a Lei n. 3.890-A/61 autorizou o Governo Federal a proceder à constituição da ELETROBRÁS, cuja regulamentação foi efetuada pelo Decreto n. 1.178/62, predominou até o processo de privatização, iniciado em 1995.

Antes da reforma, praticamente todos os segmentos do setor elétrico eram públicos (federal e estadual, no caso de geração e transmissão; estadual e municipal, no caso de distribuição e comercialização), sendo que uma parcela ínfima dos ativos de geração e/ou distribuição eram explorados por pequenas empresas privadas de âmbito municipal. Esse modelo, que foi bem-sucedido, ao longo da década de 80, começou a acusar sinais de fadiga, principalmente por ter sido estruturado na forte dependência de recursos subsidiados e/ou vinculados e de recursos a fundo perdido, o que provocou a concepção e implementação de um novo modelo jurídico-institucional, através da execução do amplo Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Nacional, conhecido como Projeto RE-SEB), inspirado no modelo inglês. (WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 353).

⁸ “Em 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117) criou o Sistema Nacional de Telecomunicações para prestar de forma integrada e sob jurisdição da União os serviços de radiocomunicações, de telegrafia e de telefonia entre Estados. Adicionalmente, possibilitou a criação, em 1965, da Embratel, uma empresa pública que interligou todas as capitais e as principais cidades do país e que assumiu a prestação dos serviços internacionais à medida que expiraram os prazos de concessão das empresas estrangeiras que até esse momento os prestavam. [...] Em 1972, a Lei n. 5.792 criou a Telebrás, que iniciou o processo de aquisição e absorção das numerosas operadoras que prestavam serviços telefônicos no Brasil, consolidando-as como empresas de âmbito estatal. A mesma lei permitiu a transformação da Embratel numa empresa de economia mista subsidiária da Telebrás. Em 1974, por meio de Decreto n. 74.379, a Telebrás foi designada como concessionária geral para a exploração dos serviços de telecomunicações em todo o território nacional. Em fevereiro de 1976, o Decreto-Lei n. 162 concentrou nas mãos da União o poder de conceder licenças para a prestação de serviços e esta concentração foi confirmada pela Constituição de 1967. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 determinou que somente a União poderia explorar os serviços de telecomunicações, diretamente ou por meio de concessões dadas a empresas sob controle acionário estatal. Como resultado deste conjunto de modificações, o Sistema Telebrás (ST) e quatro empresas independentes (as municipais CETERP e SERCOMTEL, a CRT, controlada até junho de 1968 pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul, e a privada CTBC) eram, em meados da década de 90, responsáveis pela oferta de serviços de telefonia no mercado brasileiro” (HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. São Paulo: Singular, 2001, p. 35-36).

O Estado, numa primeira fase, delega ao empresário concessionário; numa segunda fase, passa à categoria de sócio, menor ou maior; numa terceira fase, é o acionista maior; na fase final, é o proprietário exclusivo do empreendimento – é o empresário público.

Os conflitos entre os interesses do Estado e os interesses do particular iriam, também, em breve, ressaltar as desvantagens da sociedade de economia mista. Com efeito, os fins visados pelo sócio-Estado são radicalmente opostos aos fins pretendidos pelo sócio-particular. O sócio-Estado objetiva alcançar o interesse público, no mais alto grau. O sócio-particular objetiva o lucro pessoal, se possível a curto prazo.

Por isso, as sociedades de economia mista minoritárias vão desaparecendo, aos poucos, para ceder lugar às majoritárias, como ocorreu no direito brasileiro.⁹

Voltou o poder público a utilizar o instituto da concessão para outorgá-la a entes da Administração indireta ou descentralizada e não ao setor privado, segundo o modelo clássico.

Na quadra final do século passado, as alterações efetuadas por conta da chamada Reforma do Estado levaram a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, e a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica, constituindo-se a privatização e a desregulação nos dois remédios mais importantes da receita neoliberal.

Diversificaram-se os modos de prestação de serviços públicos, observando-se, nas últimas décadas, o surgimento de novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, emergindo o termo parceria, “*vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores*”.¹⁰

Jean-Marie Pontier lembra que o

termo “contratualização” provém do termo contrato, mas é muito mais abrangente do que esse último. Ele não evoca somente um ato que é a concretização jurídica de um acordo de vontades, mas toda uma atividade ou um modo de relações entre as pessoas. A contratualização significa a substituição das relações comandadas pela subordinação pelas relações fundadas na discussão e na troca.¹¹

O movimento de contratualização diz respeito à “*passagem da Administração autoritária à Administração soberana consensual*”.¹² Refere-se ao “*aparecimento de uma nova mentalidade*”,¹³ que está em expansão,¹⁴ onde o acordo aparece em

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 237, n. 823-5, mar. 1972.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

¹¹ PONTIER, Jean-Marie. *Les contrats de plan entre l'État et les régions*. Paris: PUF, 1998, p. 7.

¹² ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 44.

¹³ *Ibidem*, p. 44.

¹⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2, p. 345.

substituição aos atos unilaterais de autoridade, trazendo a lume o que se tem chamado de Administração Pública consensual.¹⁵

Como ensina Maria João Estorninho,

trata-se de uma forma de administração nova, “negociada ou contratual”, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.¹⁶

O Estado brasileiro¹⁷ não escapou às novas tendências e adotou como meta a redução de suas próprias dimensões. Iniciou-se, então, um movimento inverso e várias empresas estatais ou áreas absorvidas pelo Estado foram transferidas para o setor privado, com o retorno da concessão para a empresa privada. O instituto ressurgiu com a mesma justificativa que direcionou sua elaboração no século XIX: realização de serviços sem ônus financeiro para a Administração, mas num outro contexto.

Forçoso é reconhecer que, no Brasil, a redescoberta das concessões ocorreu especialmente em face da chamada crise fiscal e financeira do Estado de caráter conjuntural e pouco contribuíram para a melhora do serviço público. Nesse sentido, vale a pena trazer à colação as observações de Diogo Rosenthal Coutinho:

*“As privatizações de empresas estatais [...] foram uma resposta a necessidades de ajuste fiscal e financeiro de caráter eminentemente conjuntural”, primordialmente levada a cabo para dar condições de sobrevida ao plano de estabilização econômica adotado com o Plano Real e, na verdade, “pouco contribuíram para um projeto de reforma do Estado em que a reestruturação do setor público fosse encarada como uma oportunidade para a criação de formas institucionais inovadoras e, principalmente adaptadas às particularidades do país”, um país em desenvolvimento, que devia promover a expansão de suas redes e garantir o acesso aos usuários considerados não-econômicos em um contexto pós-privatização. “Essa ausência de visão estratégica e de planejamento de longo prazo implicou, além de boa dose de inadequação dos meios aos fins, também uma série de problemas para a regulação dos setores privatizados, especialmente aqueles sob o regime legal de serviço público”.*¹⁸

No início do processo de privatização falou-se muito no ressurgimento ou renascimento ou revivescência da concessão de serviço público como alternativa para o atendimento das necessidades coletivas, lembrando-se certamente da experiência passada, que gerou uma vasta jurisprudência e construção doutrinária, naquele momento em que se implantavam as grandes estruturas, os grandes serviços públicos.

O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas, a concessão utilizada para diminuir o aparelhamento do Estado, ou seja, com o objetivo de privatizar, é novo.

A modificação das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão, que renasceu com algumas modificações importantes.

¹⁵ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, p. 423.

¹⁶ *A fuga para o direito privado*, p. 44.

¹⁷ No âmbito brasileiro há três transformações estruturais: 1) extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; 2) flexibilização dos monopólios estatais; 3) privatização (Lei n. 8.031/90, depois substituída pela Lei n. 9.491/97).

¹⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (org). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 67-69.

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 da exploração.

Nesse momento de retomada da concessão – e esse fenômeno não é brasileiro, é internacional –, ela surge com uma nova roupagem, para servir a um projeto-, não de exclusividade em favor de uma empresa particular – mas de exploração concorrencial desses serviços, que anteriormente foram monopolizados por empresas particulares na fase de sua implantação 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 regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência.¹⁹

A seu turno, devido à introdução da concorrência na prestação do serviço público, a prática de subsídios cruzados deve ser evitada, justificada pela *“necessidade de se criar condições isonômicas entre os diversos competidores”*. Esse objetivo seria afetado por aquela prática, *“uma vez que é justamente nos segmentos mais rentáveis (fontes dos subsídios) que se alocam os mercados mais propícios à competição”*.²⁰

O subsídio cruzado consiste na transferência de recursos obtidos num determinado segmento de usuários para outro, a fim de que o segmento beneficiado possa pagar valores mais baixos. Na maioria das situações, é um efeito buscado pela regulamentação como mecanismo para viabilizar o atendimento da política pública que visa à universalização do serviço, encontrando legitimidade no princípio da modicidade das tarifas, previsto expressamente na lei geral de concessões.²¹

Tal prática em ambientes competitivos foi vedada em alguns setores para evitar a concorrência desleal entre os prestadores de serviços. *“O agente que ocupasse posição mais forte no mercado (uma posição de dominação) poderia, por meio de subsídios entre serviços ou segmentos de usuários, reduzir artificialmente suas tarifas, buscando, com isso, prejudicar a concorrência”*.²²

¹⁹ O art. 16 da Lei n. 8.987/95 fez referência à ausência de exclusividade em concessões e permissões de serviço público. Vários diplomas legais posteriores reafirmaram a orientação, a propósito de setores específicos (telecomunicações, energia elétrica). A exclusividade dependerá da impossibilidade material ou econômica de desempenho do serviço público em regime de competição.

²⁰ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 221-222.

²¹ São vários os exemplos desta prática. No Brasil, antes da desestatização do setor de telecomunicações, os usuários da telefonia de longa distância (chamadas interurbanas) eram os responsáveis diretos para o subsídio ao baixo valor cobrado da telefonia local (pelo pulso e pela assinatura do serviço).

²² CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Tarifa nas concessões*, p. 82-83. Acrescenta o autor: “A Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), que instituiu um novo marco regulatório para o setor, vedou expressamente a prática de subsídios cruzados entre serviços. De um lado, considerou-a conduta anticoncorrencial, proibindo-a *a priori*, como conduta empresarial das operadoras daquele setor, de outro, a excluiu como fonte de recurso para a universalização de serviços. [...] O subsídio cruzado como fonte de recursos para a universalização foi apenas admitido em caráter transitório, para uso eventual da criação do aludido fundo (art. 81, parágrafo único, I da Lei Geral de Telecomunicações)” (op. cit., p. 82, nota de rodapé n. 10).

Há, portanto, inovações importantes nessas concepções. O desenvolvimento tecnológico produziu inovações no âmbito econômico, em especial no tocante à teoria do monopólio natural²³ e antigos limites naturais à ampla concorrência foram sendo superados. Dia a dia surgem novas técnicas, de modo a potencializar a exploração de vários serviços, possibilitando a existência de competição para algumas modalidades.²⁴

O monopólio acerca da infra-estrutura não afasta a possibilidade de competição, impondo-se ao titular dessa infra-estrutura um dever de permitir o acesso (mediante remuneração apropriada) de competidores a esse conjunto de bens sobre a própria rede. É a idéia de que o concessionário tem que competir com outros prestadores que são incentivados pelo Estado, com direito sobre a própria rede daquele que absorveu a estrutura da empresa estatal, para desenvolverem atividade competitiva. O sentido e importância dessa norma traduzem uma nova concepção da função social da propriedade, que é a de servir como instrumento de competição, com a dissociação entre propriedade e exploração da rede.

Evidentemente, a garantia econômica que o Estado pode dar a cada um desses concessionários não é a mesma; aliás, é fundamental que não seja a mesma.

No século XIX uma das questões vitais da concessão era garantir para o empreendedor privado o compromisso estatal de rentabilidade. Hoje, a questão fundamental certamente não é essa. O principal é fazer com que o Estado trate de modo equânime os competidores. Portanto, não se trata de fazer da concessão um instrumento para comprometer o Estado com a rentabilidade do empreendimento, mas fazer da concessão um instrumento para o tratamento igualitário dos prestadores pelo próprio Estado.

Cuida-se de uma concessão de serviço em regime de competição. Não seria possível seguir o modelo de regime de equilíbrio econômico-financeiro clássico, pelo qual todos os prejuízos são do Estado e todos os proveitos são da concessionária. O pressuposto do modelo é que o equilíbrio da concessão é dinâmico e deverá sempre ser aferido em cada momento a partir de parâmetros diferenciados e específicos, havendo a possibilidade de a concessionária perder dinheiro caso se mostre incompetente na disputa de um mercado altamente competitivo. Exemplificando, o regime de equilíbrio econômico-financeiro da concessão de telefonia é um pouco diferente, pois tem, por

²³ “Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infra-estrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infra-estruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. . 6. ed. São Paulo: Fórum, 2010, p. 706).

²⁴ É o caso da energia elétrica, construído “a partir da idéia de ciclo completo, em que uma única e mesma empresa dominava todas as atividades pertinentes (desde a geração até a comercialização de energia). Mas o progresso científico ao longo das últimas duas décadas, propiciou alteração radical. Novas tecnologias permitem a geração de energia por processos muito mais baratos e com elevadíssima eficácia. Há plena possibilidade de competição no plano da geração da energia” (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., 6. ed. p.706). Além disso, “a dissociação entre a titularidade econômica da fonte de geração da energia e da rede de transmissão propicia uma revolução significativa, fundada no conceito amplamente “desenvolvido no estrangeiro acerca de *Essential Facilities e Third Party Access* (TPA). [...] Há uma forte tendência na Europa e nos EUA a impedir que o titular da infra-estrutura explore outra atividade econômica além dela própria. Assim, o proprietário dos trilhos não poderá prestar serviços de transporte ferroviário: oferecerá a estrutura que permite a exploração dos serviços, obtendo lucro através da remuneração paga pelos agentes na área de transporte. A grande decorrência consistiu no fracionamento econômico das atividades, o que inviabilizou o tratamento jurídico unitário” (JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos”. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coords.). *Direito do Estado. Novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. t. 2, p. 120-121).

disposição legal e contratual, um equilíbrio econômico-financeiro residual, no qual há incidência do equilíbrio econômico-financeiro, nas hipóteses expressamente listadas no contrato.

O contrato de concessão de serviços públicos deverá ter, entre outras cláusulas essenciais, as relativas aos bens reversíveis, ou seja, aqueles bens privados que deverão integrar-se no domínio público, ao final do contrato de concessão, sendo muito mais restrito do que o regime de reversão da concessão clássica, havendo apenas a vinculação da reversão para aqueles bens imprescindíveis à continuidade do serviço, evitando-se discussões entre o Poder Público e o concessionário ao final da concessão.

Outro aspecto relevante no tratamento contemporâneo encontra-se no cuidado com os direitos dos usuários, aí incluída a ampliação da possibilidade de sua participação e cooperação na fiscalização e controle sobre a concessionária.

Em muitos ordenamentos foram editadas as cartas dos usuários (por exemplo: França e Itália) e as cartas dos cidadãos (p. ex.: Inglaterra), mencionando-se inclusive indicadores de qualidade e avaliação da satisfação dos usuários. Por sua vez, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,²⁵ proclamada em 12/12/2007, e que entrou em vigor a partir de 01/12/2009, contém compromisso de garantir o “acesso aos serviços de interesse econômico geral”,²⁶ nos termos em que estatui o seu artigo 36.²⁷

²⁵ A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 08-12-2000, foi retomada, adaptada e proclamada em Estrasburgo a 12 de Dezembro de 2007 pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão. A Carta dos Direitos Fundamentais, até então apenas uma declaração política, passa a integrar o Tratado de Lisboa, e, através do parágrafo n. 1, do artigo 6, do Tratado da União Europeia, alterado pelo Tratado de Lisboa, ganha valor jurídico vinculativo, indicando que a UE reconhece e respeita o direito de acesso a serviços de interesse econômico geral, conforme previsto no direito e nas práticas nacionais, a fim de promover a sua coesão social e territorial. O art. 36 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia assim dispõe: “A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse econômico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União”. Dessa forma, permite-se aos cidadãos europeus reivindicar os direitos fundamentais garantidos pela UE perante tribunais nacionais e europeus..

²⁶ No primeiro momento, com a implementação do “mercado europeu”, projetado pela União Europeia, não se formulou qualquer distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido restrito. O Direito Comunitário não consagrou tratamento próprio e distinto para o serviço público, aludindo antes a “serviços econômicos de interesse geral”, referido originariamente no art. 90-2, e depois no art. 86-2, do Tratado de Roma e a que o Tratado de Amsterdã de 1997 deu ênfase especial, consolidando os avanços da Comunidade, ao erguê-lo ao plano dos valores comuns da União, destacando sua importância na “promoção da coesão social e territorial da União”, em seu art. 16.

Observa Almiro do Couto e Silva que “a principal questão, nesse debate, é a compatibilização do conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral, de raiz marcadamente liberal e muito próximo da noção anglo-americana de *public utilities*, com o conceito francês de serviço público também adotado por outros países europeus. Enquanto o conceito de serviço público é um conceito jurídico, o que está expresso no Tratado de Roma é de índole econômica, conformado pela idéia de mercado (designadamente do mercado comum), de que a livre concorrência é, em princípio, inafastável. Já se percebe que esse debate interessa ao Brasil, pois nosso conceito de serviço público [...] é fortemente influenciado pela noção francesa. Essa noção, entretanto, na sua pátria de origem, desde Duguit até hoje, sofreu mutações profundas, sendo as mais significativas precisamente as decorrentes de normas comunitárias. Foi ela levada, por imposição daquelas normas, a acomodar-se com o mercado e com a concorrência, daí resultando o conceito de serviço público ‘à la française’, de que hoje tanto se fala”. A influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público (Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 48-49, out./dez. 2002).

²⁷ O art. 36 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo título é “Acesso aos serviços de interesse econômico geral”, dispõe: “A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse econômico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União”.

Paralelamente à implantação das mudanças constitucionais e legais sofridas pelo Estado brasileiro e diante da mudança das relações na sociedade, os meios alternativos de solução de litígios têm se difundido, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem, que se inserem num contexto mais amplo de realização da Justiça. Enquanto na arbitragem (hoje regulada no Brasil pela Lei Federal nº 9.307, de 23-09-96) a solução do litígio é imposta às partes, na conciliação ela é apenas proposta e, na mediação, incumbe ao mediador levar as partes à conciliação em virtude das vantagens por ele destacadas, sem imposição. Os três modos consensuais de solução de controvérsias não se confundem e não se excluem, mas, ao contrário, se completam e podem ser adotados em sequência.

Além disso, no direito brasileiro, o instituto da concessão, mencionado várias vezes no texto constitucional, se configura como uma opção acerca do desempenho de serviços públicos, o que implica “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”.²⁸

No dizer de Marçal Justen Filho “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”.²⁹

É preciso também considerar a distinção entre concessão de serviço público, que apresenta diversas espécies, que se distinguem entre si em vista do objeto da delegação realizada, de outras formas de contratação administrativa por meio das quais se produz a delegação do serviço público, tendo em conta as peculiaridades de cada qual.

Na França, berço de origem dos contratos administrativos e que muito influenciou a formulação do instituto no Brasil, distinguem-se os *marchés publics* e os *contrats de délégation de service public*. Os primeiros, disciplinados pelo *Code des Marchés Publics* (Código das Contratações Públicas) são utilizados para indicar as contratações administrativas pelas quais a Administração obtém a satisfação de suas necessidades em matéria de obras, fornecimentos ou de serviços.³⁰ No gênero de delegação de serviço público são abrangidas várias figuras, pois, além das diversas modalidades de concessão propriamente dita, pode-se citar a *affermage*, a *régie intéressée*, a *gérance*, o *marché d'entreprise de travaux publics*, o *bail emphytéotique et convention accessoire*, surgidas espontaneamente na atividade administrativa francesa³¹.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 58-59.

²⁹ Ibidem, p. 58.

³⁰ Esclarece Marçal Justen Filho que “as diversas categorias de *marchés publics* previstas no Direito francês equivalem às nossas contratações administrativas disciplinadas pela Lei n. 8.666. Essa asserção deve ser tomada com a devida cautela, eis que a coincidência não é exata” (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 80).

³¹ No direito francês, dentre os diversos modos de delegação de serviço público, destacam-se algumas figuras: a) *l'affermage* (contrato de arrendamento): é um instrumento por meio do qual o Poder Público transfere a um terceiro (*fermier*) a exploração de um serviço público, cabendo àquele a realização/financiamento dos instrumentos/obras necessárias (característica que especificamente diferencia a *affermage* da concessão); em contrapartida deve o arrendatário remunerar o Poder Público com parte dos recolhimentos devidos pelos usuários; citam-se como exemplo os contratos firmados para distribuição de água potável e para os transportes públicos urbanos de passageiros; b) *régie intéressée*: é um contrato por meio do qual ocorre a transferência da gestão operacional de um serviço público a um terceiro (*régisseur*) que, agindo por conta da pessoa pública delegante, assume o encargo de geri-lo mediante uma remuneração indexada aos resultados financeiros do serviço paga pelo Poder Público. Embora a *régie intéressée* se aproxime da concessão, na medida em que há transferência da execução

Uma das principais características da teoria dos modos de gestão é que esses modos vêm sendo progressivamente aumentados e diversificados.

A diferença de regime alcançou a dimensão do próprio Direito Comunitário, que consagrou diretivas distintas a propósito dos contratos administrativos comuns e das concessões.

O surgimento dessas várias figuras de gestão deveu-se à constatação de que a assunção de todos os riscos pelo particular acabava inviabilizando a contratação, pois, a probabilidade de investimentos de recursos e esforços na gestão do serviço público por um particular torna-se menos provável quanto mais incerta a possibilidade de sucesso empresarial e maiores os investimentos exigidos.

Assim, a concessão passou a ser utilizada como uma modalidade de contratação que excluía a garantia de subvenções ou rentabilidade mínima pelo poder concedente, embora isso não significasse a proibição de tais benefícios. A sua outorga simplesmente desnaturava uma concessão e configurava uma outra modalidade de contratação entre Estado e particular, sendo amplamente admitida a prática na França.³²

Embora o direito brasileiro tenha se inspirado no direito estrangeiro, principalmente no francês, o regime jurídico a que se submete a Administração Pública brasileira decorre do direito positivo, enquanto as doutrinas e princípios franceses elaborados pela jurisdição administrativa vão evoluindo e sendo alterados por essa mesma via. Consequentemente, as inovações buscadas no direito alienígena não são facilmente aplicáveis ao direito pátrio, pois “*não podem escapar ao direito posto, sob pena de colocar em risco o princípio da legalidade e o da segurança jurídica*”.³³

Mais recentemente observa-se, “*além da tradicional inspiração no direito francês, [...] por força da globalização, a influência do sistema da common law e do*

material e da gestão de um serviço público, algumas características as diferenciam: a forma de remuneração que, na concessão advém do pagamento do usuário ao concessionário e na *régie intéressée* provém da Administração Pública; os bens utilizados pertencem ao Poder Público e correm por sua conta todos os riscos do empreendimento; o particular (*régisseur*) goza de autonomia na gestão do serviço (suportados (GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 362-363); c) *gérance* (gerência): é um contrato em que ocorre a transferência da gestão operacional do serviço público no qual a pessoa pública confia a gestão a um terceiro, chamado gerente (*gérant*) por conta e risco do Poder Público, mediante uma remuneração, fixada em valor nominal para toda a duração do contrato, atualizada ou indexada em função de índices econômicos gerais ou especiais relacionados com a atividade do serviço, e computada dentro dos encargos de exploração do serviço. Esse modo de gestão é muito próximo da *régie intéressée*; dela se diferenciando pela remuneração do *gérant* que, às vezes, mesmo compreendendo uma parte variável, não é proporcional à quantidade de serviço fornecido e não comporta nenhum interesse verdadeiro no resultado (GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève., op. cit., p. 366); d) *marché d'entreprise de travaux publics* (contrato de empreendimento de obras públicas): é um contrato firmado entre a Administração e um terceiro, através do qual o operador recebe o encargo de construir e explorar uma obra pública com a garantia de recebimento proveniente dos cofres públicos. Assemelha-se à concessão de serviço público precedida de obra pública em razão do seu objeto, mas dela difere em função do modo de remuneração, feita diretamente pela pessoa pública e não pelo produto da atividade. Salienta Marçal Justen Filho que essa fórmula acarretou muitas divergências, particularmente diante das regras vedando a assunção de obrigações de pagamento futuro pela Administração, sem cobertura orçamentária, reputando-se, ao final, que se trataria de manifestação enquadrada no âmbito dos *marchés publics*, sendo incompatível com o princípio da vinculação da despesa ao orçamento (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 82); e) *bail emphytéotique* (arrendamento enfiteutico): é um contrato de longa duração pelo qual é autorizada a edificação sobre imóvel de domínio público por um particular que, segundo convenção acessória, poderá explorá-la durante o período do contrato, revertendo sua propriedade para o domínio público ao término do prazo contratual.

³² JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 83.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 8. ed. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

direito comunitário europeu, no que diz respeito à instituição das chamadas parcerias público-privadas[...]”.³⁴

II) O Direito Positivo Brasileiro : a concessão de serviços públicos e as parcerias público-privadas.

A Constituição brasileira de 1988, na esteira das Cartas anteriores, estabeleceu, em seu artigo 175, os princípios básicos do regime de concessão e permissão de serviços públicos e em várias outras passagens faz menção aos referidos institutos. Estatui tal dispositivo:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob 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 serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado

Dentro dessa ordem de idéias, para dar cumprimento ao ditame constitucional de 1988, foram editadas as Leis n^{os} 8.987, de 13.02.95³⁵ e 9.074, de 07-07-95³⁶, alteradas posteriormente, esclarecendo-se que a própria disciplina legislativa da concessão constituiu novidade. Recorde-se que as Constituições Federais de 1934 (art.137), de 1946 (art.152), de 1967 (art.160) e a EC 1/69 (art.167) previam a edição de lei sobre o regime de prestação de serviço público, sob a forma de concessão e essa lei nunca foi promulgada.

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 destes 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 efetuarem ou dilargarem a concessão de tal ou qual serviço, assuntos estes pertinentes à 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 regional ou local. É o que sucedeu com diversos Estados da Federação. Assim, já na vigência da Constituição de 1988 e antes da edição da Lei n.8.987/95, o Estado do Rio de Janeiro 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

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.8. ed. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 62.

³⁵ A Lei n. 8.987 foi alterada pelas Leis 9.074, de 07-07-95, 9.648, de 27-05-98 e 11.196/2005 e 11.445/2007.

³⁶ A Lei n. 9.074 foi alterada pela Leis 9.432/97, 9.648/98, 10.684/2003 e 10.848/2004, 11.192/06, 11.488/07 e 11.668/07e 11.943/2009 e 12.111/2009.

maio de 1992, alterada pela Lei n.9.056, de 27-12-1994. 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, § 4º, da Constituição, tiveram a eficácia de suas disposições suspensa, no que contrariarem as normas gerais contidas na legislação federal.

Do âmbito de regência da Lei n.8.987/95, entretanto, por expressa disposição do art. 41, estão excluídas as concessões, permissões (e autorizações) para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (rádio e televisão).

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 nº 9.427, de 26-12-96 e respectivas alterações, sobre energia elétrica; e as Leis nºs 9.295, de 19-7-96, e 9.472, de 16-7-97 (alterada pela Lei 9.986/00), sobre telecomunicações. Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica e assim por diante.

Isso possibilitou a distinção entre regimes jurídicos acerca de licitações e contratos administrativos, refletindo a concepção de que as concessões de serviços públicos não podiam sujeitar-se a normas idênticas àquelas previstas para as contratações administrativas genéricas, tendo em conta as regras adequadas às circunstâncias e natureza correspondentes.

A política legislativa subjacente à edição da Lei Geral de Concessões estabeleceu os seguintes princípios:

a) eliminação da exclusividade na prestação do serviço público, buscando a atenuação das características monopolísticas do serviço; a exclusividade dependerá da impossibilidade material ou econômica de desempenho do serviço público em regime de competição;

b) estabelecimento de política tarifária embasada no valor da proposta vencedora, de conformidade com os critérios contratuais, e não mais na garantia de remuneração fixa, visando incentivar a eficiência das concessionárias;³⁷

c) estabelecimento de regime de controle e fiscalização do serviço, do qual o próprio usuário participa, e de gradação de penalidades pelas faltas cometidas, com vistas à elevação dos padrões de eficiência na prestação do serviço público

Mais recentemente, diante da crescente experiência internacional na criação de novas formas de parceria com a iniciativa privada na gestão dos negócios do Estado, a escassez de recursos orçamentários para projetos de alto custo, o déficit de projetos estruturantes em áreas como transportes, saneamento e saúde, foi editada, a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e

³⁷ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M.. *O direito de parceria e a lei de concessões*: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. São Paulo: Saraiva, 2004, p.148. Registra Marcos Juruena Villela Souto que, “via de regra, a política tarifária de serviços varia entre os sistemas do *price cap* e do *cost plus*. No *price cap* (tarifa limite), o Poder Público fixa um valor máximo para a tarifa por um período, dentro do qual o concessionário se apropria de todos os ganhos de eficiência e produtividade decorrentes dos investimentos e aprimoramentos tecnológicos; após o qual, tomando-se por base tais ganhos, com custos mais enxutos do fornecedor, o valor da tarifa é revisto e pode ser reduzido, impedindo-se, assim, uma relação direta entre custos e preços. Essa revisão é conduzida pelo regulador com base em critérios técnicos (já que a decisão política pela revisão já fora prevista). O objetivo é preservar o equilíbrio, de modo a não onerar usuário e prestador do serviço. O sistema *cost plus* assegura ao concessionário uma remuneração percentual sobre o custo dos insumos e encargos do serviço, o que não estimula a sua eficiência (*Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 88).

contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública e estendendo sua aplicação aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (art.1º , parágrafo único).

Nessa trilha caminham Estados e Municípios. Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Sergipe, Ceará, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Amapá, Piauí, Rio Grande do Norte, Maranhão, Rio de Janeiro, Paraíba, Alagoas , Amazonas , Espírito Santo e Tocantins já aprovaram suas leis, respectivamente de nºs 14.868, de 16-12-2003, 11.688, de 19-05-2004 (alterada pela Lei Complementar 1079, de 17/12/08); 12.930, de 04-02-2004; 3.418, de 04-08-2004 (alterada pela Lei 3.484/04); 14.910, de 11-08-2004 (alterada pela Lei 16.865/09); 9290, de 27-12-2004, 5.507, de 28-12-2004; 13.557, de 30-12-2004; 12.234, de 13-01-2005; 12.765, de 27-01-2005; 921, de 18-08-2005; 5.494, de 19 de setembro de 2005; Lei Complementar 307, de 11 de outubro de 2005; Lei nº 8.437, de 26-07-2006; Lei 5.068, de 10-07-2007; Lei 6.972, de 07-08-2008; 3.363, de 30-12-2008; Lei Complementar 492/09, de 11-08-2009; Lei 2.231, de 03-12-09.

Dentre outros, os Municípios de Vitória, Porto Alegre, Pelotas, Gravataí, Novo Hamburgo/RS, Curitiba, São Paulo e Mauá editaram, respectivamente, as Leis de nºs 6.261, de 23-12-2004; 9.875, de 08-12-2005; 5.115, de 04-05-2005(alterada pela Lei 5.221/2006); 2.467, de 18-01-2006; 1.408, de 31-05-2006; 11.929, de 03-10-2006; 14.517, de 16 de outubro de 2007(alterada pela Lei 14.583/07) e 4.280, de 19-12-2007.

2.1) Conceito e Características da Concessão de Serviços Públicos disciplinada pela Lei n. 8.987/95.

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual o Estado atribui a alguém 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 mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.³⁸

Apesar de a Constituição Federal referir-se em inúmeras passagens ao instituto da concessão de serviço público, não há uma formulação conceitual constitucional sobre o instituto.

A Lei n. 8.987/95 distingue a concessão em concessão de serviço público (por exemplo, no caso da concessão de transporte urbano de passageiros) e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública (é o caso da concessão para geração de energia elétrica a partir de certo potencial hidroelétrico, em que somente será possível gerar energia depois de edificar a usina), definindo cada uma destas espécies no art. 2º, incisos II e III, respectivamente.

Ambos os conceitos (concessão precedida e não precedida de obra pública) padecem de impropriedades, pois incluem elementos condizentes com condições e procedimentos (ser realizada mediante licitação na modalidade de concorrência e outorgada à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para realização do empreendimento), mas que não são requisitos de existência.

Demais disso, no conceito de concessão não precedida de obra pública, deixou-se de referir o elemento que é condição “*sine qua non*” para caracterizá-la - o de que o beneficiário da “delegação” efetuada remunerar-se-ia pela própria exploração do serviço.

³⁸Nesse sentido, v. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.709-710; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 297.

De outro lado, no conceito de concessão de serviço público precedida de obra pública, incluiu-se uma figura distinta, qual seja: a da concessão de obra pública. Com efeito, no inciso III do art. 2º foi mencionada “exploração do serviço ou da obra”. A exploração de obra pública decorrente de concessão dela configura concessão de obra pública e não concessão de serviço público. Assim, a lei fez evidente confusão entre os dois institutos

A concessão de serviço público apresenta as mesmas características dos demais contratos administrativos, sendo um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros cujo regime se singulariza pela existência de cláusulas que asseguram ao concedente a alteração e extinção unilateral da relação convencional, em prol do interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado, a fiscalização de sua execução e aplicação de penalidades.

Embora tenha a natureza de contrato administrativo, a concessão apresenta algumas peculiaridades, a seguir elencadas:

1. Só existe concessão de serviço público quando se trata de serviço próprio do Estado.

2. O poder concedente transfere ao concessionário a execução e não a titularidade do serviço para o particular, mantendo o Estado total disponibilidade sobre o serviço concedido. Por isso mesmo o concessionário o desempenhará se, quando, como e enquanto o Poder Público o desejar. Para tanto, dispõe o concedente de um conjunto de poderes sobre o serviço prestado pelo concessionário. A Lei nº 8.987/95 concentra a maioria deles sob o rótulo de “Encargos do Poder Concedente”, no art. 29, dispositivo, este, que enumera diversas de suas atribuições. São os seguintes os poderes do concedente:

a) Poder de inspeção e fiscalização, que o autoriza a acompanhar diretamente as atividades desenvolvidas pelo concessionário. A ele a Lei 8.987 se refere em diferentes passagens. Assim, os arts. 3º, 29, I, 30 e parágrafo. único; 31, V, 23, VII.

b) Poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, isto é, concernentes às condições do funcionamento, organização do serviço e desfrute pelos usuários, o que inclui as tarifas a serem cobradas. A lei acolheu-o de modo expreso ou implícito em diferentes artigos. Assim, art. 9º, § 4º; inc. VII do art. 18, inc. V do art. 23; art. 6º, §§ 1º e 2º.

c) Poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído, sempre que o interesse público o aconselhar.

A Lei nº 8.987/95 prevê, entre os encargos do concedente, o de extinguir a concessão nos casos nela previstos (art. 29, IV) e, no art. 35, enumera os casos de extinção da concessão. A enunciação da lei não é completa, pois não previu a rescisão amigável, qual seja, a extinção por mútuo entendimento, que é inerente a qualquer rescisão contratual, nem a transferência, sem autorização do concedente (art. 27, “caput” da Lei 8.987/95), que configura, para o concessionário que abandona a prestação, uma forma de extinção do contrato de concessão, conquanto não prevista no dispositivo que cuida das modalidades extintivas da concessão (arts. 35 a 39 da Lei 8.987/95).

A extinção da concessão por ato unilateral do Poder concedente compreende três modalidades:

c₁) Encampação ou resgate, que é o encerramento da concessão, por ato do concedente, durante o transcurso do prazo inicialmente fixado, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa, sem que o concessionário haja dado causa ao ato extintivo. Isto sucede quando o Poder Público entende, por alguma razão de ordem administrativa ou política, de assumir diretamente o serviço concedido ou de

substituí-lo por outro tipo de serviço, mais capaz de satisfazer as necessidades públicas (Exemplo: transporte coletivo realizado por bondes por outro meio).

A indenização é devida porque a antecipação do encerramento da concessão, ao prazo previsto, repercute diretamente sobre a equação econômico-financeira. O concessionário deve receber o capital não amortizado e os lucros cessantes. O art. 37 da Lei Federal 8.987/95 estabeleceu necessidade de lei autorizativa e pagamento prévio de indenização e, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37) só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; porém, obviamente, haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes.

c₂) Caducidade ou decadência, que é a modalidade de encerramento da concessão, por ato do concedente (decreto) antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário. A inexecução total ou parcial do contrato dará margem à aplicação de sanções ou declaração de caducidade. Neste caso, o Poder Público pagará apenas a parcela não amortizada do capital representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente. A apuração do valor devido será feita no decurso do processo e a indenização não precisa ser prévia e dela descontar-se-ão as multas contratuais e os danos causados pelo concessionário (art. 38, §§ 4º e 5º).

c₃) Anulação da concessão. Terá lugar quando houver sido outorgada com vício jurídico. Se não tiver havido má-fé do concessionário, cabe-lhe indenização pelas despesas efetuadas e, no caso de já se encontrar o serviço em funcionamento, revertidos os bens, terá de ser indenizado pelas parcelas não amortizadas.

d) Poder de intervir extraordinária e temporariamente na administração do concessionário (art.29, inc.III da Lei 8.987/95), ocupando instalações e exercitando a gerência do pessoal. A intervenção é declarada por decreto do poder concedente. A medida se justifica quando indispensável para assegurar a continuidade do serviço, sua normalidade ou o adequado cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, por não existir outro meio hábil capaz de salvaguardar os aludidos interesses. Ao término da intervenção, a Administração concluirá pela extinção da concessão (seja por inadimplemento contratual, seja por razões de interesse público), pela aplicação de penalidade ou pela simples continuidade do serviço.

e) Poder de impor sanções ao concessionário inadimplente (art. 29, inc. II da Lei n.8987/95), mas não indica quais sejam. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “estas, podem ser estabelecidas em regulamento anterior à concessão ou no edital do certame”. O contrato não poderá inovar na matéria.³⁹

A Lei nº 8.987 não indica as penalidades cabíveis; em seu art. 38, apenas determina que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”. Mas, em face do princípio da legalidade, observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

parece evidente que as penalidades possíveis são apenas aquelas previstas em lei; no caso, seriam as previstas na lei que disciplina o serviço a ser concedido ou, em sua falta, seriam as mesmas previstas na Lei nº 8.666 (arts. 87 e 88), que se aplica subsidiariamente às concessões de serviços públicos, por força de seu art. 124, em tudo o que não contrariar a legislação

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 741.

específica sobre o assunto. Não é possível instituir, quer no edital da concorrência, quer no contrato, quer em atos normativos do Poder Executivo, uma penalidade não prevista em lei. Além disso, deve ser assegurado o contraditório, a ampla defesa e todos os recursos a ela inerentes, em obediência ao art. 5º, LV, da Constituição.

Quando muito, o que se poderia admitir é a multa ressarcitória, que tem por objetivo ressarcir perdas e danos causados pela parte que descumprir o contrato, e que equivale à cláusula penal.⁴⁰

3) A regra é a ausência de exclusividade na outorga da concessão ou permissão (arts. 7º, III, e 16), assegurando-se ao usuário um direito à liberdade de escolha do prestador do serviço, sempre que houver viabilidade técnica e econômica.

4) O concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento, fazendo jus à inalterabilidade do objeto, inclusive a técnica básica pela qual o serviço é prestado e ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

A definição de equação econômico-financeira das concessões espelha a relação entre receitas e custos, tomada no momento da celebração do contrato, fazendo, os concessionários, jus a um reequilíbrio do ajuste diante de: a) alterações unilaterais do contrato, promovidas pela Administração Pública; b) fatos imprevistos; c) atos governamentais, alheios ao próprio contrato (fato do príncipe).

No Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que lhe é atribuída é mais ampla para o concessionário do que no direito francês. Nesse sentido esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

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 inteligência é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos artigos 9º e § 2º, 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. 9º, § 3º, determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevinda de tributos (salvo os do imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutem sobre ela.. De outro lado, nas hipóteses em que caiba aplicação da teoria da 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.⁴¹

Tais soluções são obrigatórias no nosso direito positivo, em face do disposto no art. 37, XXI CF.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 85.

⁴¹ *Curso de direito administrativo*, p. 741-742.

O jurista resume, ainda, a idéia geral que abrange os riscos assumidos pelos concessionários de serviços públicos:

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.⁴²

5) Os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço podem ser dados em garantia (art. 28), o que viabiliza as operações de *project finance*).⁴³

Embora o caput do art. 28 da lei 8.987/95 previsse a possibilidade de direitos emergentes da concessão serem oferecidos em garantia, o art. 28-A, acrescentado pela Lei n. 11.196/2005, veio disciplinar mais especificamente sua aplicação, sendo estabelecidas as regras que nortearão as relações entre concessionárias e financiadores. Ampliou as garantias que podem ser oferecidas pelas concessionárias, objetivando proteger os agentes financeiros que tenham assumido o financiamento do projeto com a concessionária e, com isso, haver uma tendência para a redução dos custos financeiros dos empréstimos.

O art. 28-A em seus incisos, regula, nos contratos cujas obrigações tenham prazo médio de vencimento superior a 5 (cinco) anos, a outorga pelo concessionário ao financiador de parcela de seus créditos operacionais futuros, como garantia do empréstimo, estabelecendo normas operacionais para tanto.

Dessa forma, “o contrato de cessão dos créditos deverá ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos para que tenha eficácia perante terceiros” (inciso I), e sua eficácia, em relação ao Poder Público, depende de formal notificação do Poder Público para que a cessão tenha eficácia perante este (inciso II).

No que tange a essa notificação, ressalte-se que não se trata da necessidade de anuência do poder concedente, mas sim do dever de acompanhamento da gestão financeira da concessionária pelo poder concedente. Assim é que a parcela de créditos cedidos não poderá inviabilizar a prestação do serviço adequado, a realização dos investimentos previstos no contrato e a observância da modicidade tarifária.

Os créditos futuros serão constituídos sob a titularidade do mutuante, independentemente de qualquer formalidade adicional (inciso III), podendo este indicar instituição financeira para efetuar a cobrança e receber os pagamentos dos créditos cedidos ou permitir que a concessionária o faça (inciso IV). Os pagamentos serão depositados em conta corrente bancária vinculada ao contrato de mútuo (inciso VI), cujo saldo será transferido ao mutuante à medida que as obrigações do contrato de mútuo tornarem-se exigíveis (inciso VII).

Registra Celso Antônio Bandeira de Mello que

⁴² *Curso de direito administrativo*, p. 742.

⁴³ Tal estruturação é definida na doutrina como “a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos vêm o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender aos serviços de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto” (FINNERTY, John D. *Project Finance: engenharia financeira baseada em ativos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998, p. 2).

ambos os artigos merecem reparo. O primeiro porque, evidentemente, não é qualquer direito efluente da concessão que pode ser dado em garantia. Basta pensar-se que o concessionário, por força da concessão, adquire, em certos casos, o direito ao uso especial de bens públicos. Sobre isto jamais teria disponibilidade para oferecê-lo em garantia a terceiro. Só poderia ser dado em garantia o que lhe competisse a título de remuneração na concessão, isto é, tarifas e as receitas paralelas ou complementares a que se reporta o art. 11. Também se pode censurá-lo por não haver estabelecido nada com relação ao modo como se verificaria o “limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço. Quanto ao segundo artigo, as censuras são ainda mais graves. Embora tenha corretamente esclarecido que as garantias são parcelas de seus “créditos operacionais futuros”, implicitamente deixa a critério do concessionário o montante desta parcela, pois estabelece que *“a cessão do crédito não terá eficácia em relação ao Poder Público concedente senão quando for este formalmente notificado”* (inciso II, do art. 28-A). Logo, só considerou necessária a notificação formal do Poder Público e não a *autorização* deste quanto ao montante havido como incapaz de comprometer a operacionalização e continuidade do serviço. Entendemos que tal avaliação por parte do concedente é sempre indispensável por estar em pauta a prestação de um serviço público, *“res extra commercium”*, bem jurídico cujas condições de desempenho não podem depender de uma avaliação tão só do concessionário.⁴⁴

Referidos dispositivos são complementados pela inovação trazida no tratamento dos consórcios de empresas licitantes, facultando-se ao concedente, desde que previsto no edital, exigir que o consórcio se constitua em empresa antes da assinatura do contrato (art.20); a empresa, usualmente, é uma sociedade de propósito específico, dedicada apenas à prestação do serviço público, dissociando seu capital e negócio das empresas que deram origem ao consórcio.

Esclarece Marcos Juruena Villela Souto que *“isso permite que a nova empresa concessionária, para se capitalizar para o investimento no serviço, emita títulos, alienando parte dos direitos ou garantindo tais títulos com a expectativa de receita tarifária (que representa o seu ativo patrimonial)”*.⁴⁵

6) O concessionário se remunera pela “exploração” do próprio serviço concedido, “em geral” e “basicamente” pela percepção de tarifas cobradas dos usuários. Entretanto, dita exploração pode ser feita, em alguns casos, por outro meio. É o que sucede nas concessões de rádio e televisão (radiodifusão sonora ou de sons e imagens) em que o concessionário se remunera pela divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes e não de tarifas pagas pelos “usuários”.

De outro lado, quando a exploração se faça pela cobrança de tarifas aos usuários, não há impedimento a que o concedente subsidie parcialmente o concessionário para composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 733.

⁴⁵ Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16-17.

interpretação *a contrario sensu* do art. 17⁴⁶ leva à conclusão de que inexistente impedimento para o estabelecimento do subsídio pelo Poder Público, desde que haja previsão legal e esteja à disposição de todos os concorrentes⁴⁷. No âmbito estadual, porém, o artigo 119, parágrafo único da Constituição paulista preceitua que os serviços concedidos ou permitidos “*não serão subsidiados pelo Poder Público, em qualquer medida, quando prestados por particulares*”.

Também não há obstáculo a que possam ser previstas fontes alternativas de receita, complementares ou acessórias, como, aliás, o admite a lei nacional de concessões, tendo em vista “favorecer a modicidade das tarifas”. Daí haver-se dito que, em geral, o concessionário se remunera “basicamente” pela cobrança de tarifas, pois não é necessário que o seja exclusivamente por elas.

7. A tarifa tem a natureza de preço público e é fixada no contrato (arts. 9º e 23, IV, da Lei n.8.997/95).

Na Constituição de 1967, o artigo 167 exigia a fixação de tarifas que permitissem ao concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro; a atual Constituição, no artigo 175, parágrafo único, inciso III⁴⁸, deixou ao legislador infraconstitucional a definição e a determinação dos princípios a orientarem a “política tarifária” e a escolha entre as possíveis opções no tocante à regulação dos preços. Assim, enquanto pela Constituição anterior era pela tarifa que se assegurava o equilíbrio econômico, pela atual nada impede que a lei adote critério diverso, possibilitando, por exemplo, a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (preço político) e compensando, por outra forma, o concessionário para manter hígido o equilíbrio econômico-financeiro firmado no contrato. Inúmeros são os objetivos que podem vir a ser perseguidos por meio da instituição de uma dada política tarifária.⁴⁹

Concretamente, verifica-se que a Lei Federal n. 8.987/95 introduziu uma série de preceitos que podem representar, por si só, o fundamento de validade de medidas administrativas em matéria tarifária. Dentre eles se destaca o **princípio da modicidade**

⁴⁶ Nos termos do art. 17 da Lei n. 8.987, “considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes”.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 106; DALLARI, Adilson Abreu. *Concessões e permissões sob a tutela da Lei n. 8.987, de 13/02/95. Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 8, p. 513-523, ago. 1996, p. 518-519; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 433; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98-99, 108; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 156, 162-163.

⁴⁸ Embora tenha sido alterada a fórmula normativa adotada nas Constituições brasileiras anteriores, que sempre se reportavam à modicidade das tarifas que realizasse a “justa remuneração do capital” como princípio a ser observado na concessão e na permissão dos serviços públicos (art. 137 da Constituição de 1934; art. 147 da Carta de 1937; art. 151, parágrafo único, da Constituição de 1946; art. 160, II, da Carta de 1967; art. 167, II, da Emenda n. 1/69), não deve ser considerada revogada a determinação quanto à moderação da contrapartida paga pelos usuários.

⁴⁹ Esclarece Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara. “É possível que, por meio de uma redução artificial dos valores cobrados, se busque o controle inflacionário; tarifas módicas para categorias carentes podem ser conseguidas a custa da cobrança de valores mais altos de outros usuários; a contenção de gasto de um recurso escasso pode ser perseguida por meio do aumento de tarifas; inclusão social; incentivo à cultura, ao trabalho, ao lazer; enfim, um sem número de objetivos podem ser legitimamente buscados ao se disciplinar o regime tarifário de um determinado serviço público” (*Tarifa nas concessões*, p. 78).

tarifária (arts. 6º, § 1º e 11),⁵⁰ que, de certa forma, é um corolário da generalidade, pois sua observância propicia o amplo acesso de todos que tenham necessidade do serviço.

Observa Celso Antônio Bandeira de Mello que 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 outras*”.⁵¹

A Lei nº 8.987/95 previu a possibilidade de fixação de tarifas diferenciadas “*em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários*” (art. 13). Assim, não existe impedimento a que se fixem, por exemplo, tarifas de energia elétrica diferenciadas para residências, estabelecimentos prestadores de serviços, estabelecimentos comerciais e industriais. Também não há impedimento à fixação de tarifas progressivas, em função do maior consumo.

Ao autorizar o tratamento diferenciado nas situações acima descritas, a Lei 8.987/95 respeitou o campo do legislador específico a ser ditado pelo ente titular do serviço público e não impediu que novos critérios de diferenciação de tratamento tarifário fossem autorizados em legislação específica de cada serviço em função da implementação de uma dada política pública (assim como a proteção ao idoso, e o incentivo à educação) e desde que haja um nexó lógico entre a diferenciação tarifária estabelecida e o fim de interesse público perseguido.

Ainda, nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.987/95,

no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, a possibilidade de previsão 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.

Receitas de outras fontes podem ser, por exemplo, as verbas advindas da exploração de publicidade; o direito de exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública (para instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de abastecimento de combustível, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas etc.),⁵² e devem compor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (parágrafo único do art.11).

Hodiernamente verifica-se uma forte tendência para o acolhimento desses modelos de fontes alternativas de receitas com a finalidade de que o cômputo desses valores seja utilizado exclusivamente “*com vistas à obtenção da desobrigação social de maiores ônus*”,⁵³ assegurada a remuneração da concessionária por esses outros meios.

⁵⁰. Quanto aos serviços de rádio e televisão (radiodifusão sonora ou de sons e imagens), previstos nos artigos 21, XII, “a” e 223 da CF/88, não se pode falar em contraprestação pelo usuário, pois o prestador do serviço se remunera por outras formas (divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes; venda de direitos de transmissão etc.)

⁵¹ *Curso de direito administrativo*, p. 737.

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 745. Antônio Carlos Cintra do Amaral aponta serem “receitas alternativas, complementares ou acessórias, por exemplo, 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. Exemplo de projeto associado é a exploração de atividade turística ou de navegação em uma eclusa. Vale dizer: projetos associados, ao contrário de atividades alternativas, complementares ou acessórias, não guardam relação direta com o objeto da concessão” (*Concessão de serviço público*. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 51).

⁵³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito*

Ao admitir a estipulação de receitas alternativas à cobrança de contraprestação dos usuários como forma de remuneração do concessionário, abriu-se a oportunidade do Poder Público, ao conceder determinado serviço público substituir a tarifa por outro meio de remuneração em favor do concessionário. E essa assertiva ganha força, já que o art. 2º, inciso II, ao conceituar a concessão de serviço público, não faz referência à remuneração paga pelo usuário, como é da tradição do instituto.

Resta averiguar se essas formas alternativas descaracterizam a concessão. As opiniões se dividem.

Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵⁴ Marçal Justen Filho⁵⁵ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁶ averbam que a remuneração do concessionário decorrente da própria exploração do serviço, ainda que não proveniente diretamente de pagamento efetuado pelo usuário, é o traço que distingue a concessão comum do mero contrato administrativo de prestação de serviços, remunerado pela própria entidade contratante.

Inteligência diversa é a de Benedicto Porto Neto ao asseverar que “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”.⁵⁷ Em parecer exarado sobre serviços municipais de coleta de lixo destaca 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. Ou seja, para sua existência basta que ele desempenhe a atividade no seu 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 seu próprio nome, e os usuários.⁵⁸

Acredita haver equívoco na afirmação de que o Texto Constitucional 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.⁵⁹

brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 111.

⁵⁴ Curso de direito administrativo p. 702

⁵⁵ Teoria geral das concessões de serviço público, p. 103.

⁵⁶ Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, p. 108.

⁵⁷ PORTO NETO, Benedicto. Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceito e princípios. São Paulo: Malheiros, 1998, p.76.

⁵⁸ PORTO NETO, Benedicto. Concessão dos serviços municipais de coleta de lixo. Remuneração da concessionária diretamente pelo concedente. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 5, p. 233-244, jan./jun.2000, p. 237-238, 241, 244.

⁵⁹ Ibidem, p. 241. Floriano de Azevedo Marques Neto também sustenta que dentre as fontes alternativas “pode estar o pagamento pelo Estado de um valor (inclusive com natureza tarifária) definido em lei, no edital ou no contrato por unidade de serviço utilizado. A título de exemplo, é essa a configuração determinada pelo Tribunal de Contas da União para a outorga à iniciativa privada dos serviços de telecomunicações (utilização de redes digitais) a serem universalizados com recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST (cf. Acórdão n. 1107-31/2003 ao TC 005.302/2003-9, Consulta, Plenário, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, julgado em 13-08-2003, DOU 25-08-2003).

Em resposta à Consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da melhor configuração jurídica para utilização dos recursos do FUST, com vistas a universalizar os serviços de acesso às redes digitais de informação, o TCU esclareceu que este serviço ‘implica outorga de concessões pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, de uma nova modalidade de serviço de telecomunicações a ser

No que tange à discussão atualmente travada entre os doutrinadores, qual seja, em saber se descaracterizaria a concessão a contraprestação pelo Poder Público, na esteira de Juarez Freitas, responde-se “*não, em princípio, porém se for integral a remuneração e sem risco, aí sim, descaracteriza-se nitidamente*”.⁶⁰

Quanto à tarifa, embora o art. 9º, *caput*, estabeleça que “*será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação*”, deve ter-se em vista que há hipóteses onde, dependendo do critério adotado para julgamento da licitação, as propostas não versam sobre valor de tarifa, tal como consta do artigo 15 da Lei nº 8.987/95, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98, que estabeleceu sete critérios distintos de julgamento.

Via de consequência, se o critério não for o de menor tarifa, fica para o licitante apenas a definição do valor da oferta pela outorga da concessão ou da proposta técnica, conforme o caso, devendo o concedente predefinir o valor da tarifa no edital, nas condições ali estabelecidas.

Deve-se anotar que a **cobrança pela outorga da concessão** pode significar um risco à observância do princípio da modicidade das tarifas. Ao cobrar pela outorga, o Poder Público aumenta os custos que o concessionário terá para prestar o serviço delegado. Como consequência, a tarifa há de ser maior neste sistema do que nos tradicionais, em que não se faz a cobrança,⁶¹ pois

a tarifa paga pelo usuário é não apenas uma contraprestação pelos serviços a ele oferecidos, mas também um pagamento em benefício dos cofres públicos. Trata-se de uma forma indireta e oculta de apropriação da riqueza privada pelo Estado, que não se subordina ao regime tributário. Os valores correspondentes a essa tributação oculta são transferidos para a tarifa e exigidos dos usuários sem submissão ao regime jurídico correspondente.⁶²

prestado em regime público.’ e que ‘é possível a utilização dos recursos do FUST para fazer face à totalidade dos custos de provimento dos serviços em estabelecimento de ensino e bibliotecas, vez que a legislação prevê a redução das contas dos serviços com o objetivo de ampliar o acesso por parte da população carente [...]’.

Ou seja, o TCU decidiu no sentido da plena possibilidade (e, no caso, mais ainda, da obrigatoriedade) e que os serviços públicos de acesso às redes digitais de informação (serviços de telecomunicações e de provimento de acesso à Internet) sejam objeto de concessão outorgada à iniciativa privada e que a remuneração dos particulares (concessionários) dê-se não por tarifa paga pelos usuários do serviço (população carente) e sim pelos recursos públicos depositados no FUST. Ou seja, a Corte de Contas consagrou exatamente a possibilidade de concessão sem cobrança de tarifa dos usuários” (Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 349-350).

⁶⁰ Controle dos contratos públicos: regime e distinção entre princípios e regras, aspectos procedimentais, concessões, parcerias público-privadas e a natureza jurídica das permissões. In: FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 317.

⁶¹ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, p. 88, nota 76. A instituição de cobrança pela outorga é justificada como meio de exigir uma contraprestação imediata do empresário pela infra-estrutura já existente (rodovias, redes de telecomunicações, usinas hidroelétricas, por exemplo) ou plena oportunidade de explorar um empreendimento de alta rentabilidade (como os serviços de telefonia móvel). É inegável, porém, seu impacto nas tarifas. Para que não haja burla ao princípio, deve se somar à cobrança pela outorga um eficiente regime tarifário em que o poder concedente assegure um limite razoável de transferência desses custos à tarifa. Uma das alternativas possíveis é o poder concedente fixar um limite máximo de tarifa a ser cobrado no momento da licitação ou mesmo sopesar este critério da melhor oferta com o da menor tarifa.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 72 e nota 40.

Aliás, e em grande parte dos casos, os valores extremamente elevados das tarifas públicas brasileiras são o resultado da aversez estatal por recursos. Não é incomum que parte significativa das tarifas se direcione à satisfação dos encargos gerados pela cobrança pelo poder concedente de encargos em razão da outorga.⁶³

O art. 35 da Lei nº 9.074/95 prevê, expressamente, a concessão de benefícios tarifários, condicionando-os, porém:

a) 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; e

b) à atribuição a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular.

Ressalte-se que, de acordo com a lei, o benefício tarifário poderá ser coberto pela receita da tarifa, constituindo, assim, custo da concessionária, a ser contemplado na equação econômica do contrato, ou por outros recursos, não diretamente referidos à concessão. Sempre mediante previsão legal.

Ainda no que tange à remuneração, questiona-se quem deve beneficiar-se das vantagens decorrentes da eficiência empresarial na prestação dos serviços e do desenvolvimento tecnológico.

A Lei nº 8.987/95 não enfrentou essa indagação. Parece haver liberdade para as partes, concessionária e poder concedente, adotarem a solução que reputarem mais adequada, mediante contrato, por tratar-se de cláusula econômica da concessão.

Na Lei Geral de Telecomunicações há previsão de que os ganhos econômicos da eficiência empresarial serão compartilhados entre concessionária e usuários, enquanto as vantagens que dela não provenham serão absorvidas integralmente pelos usuários (art. 108, §§ 2º e 3º).

A Lei nº 9.427, de 26-12-96, que disciplina as concessões dos serviços de energia elétrica, prescreve em seu art. 14, IV, que seu regime econômico-financeiro, conforme estabelecido em contrato, compreende a “*apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade*”. Esse diploma legal não cuidou dos ganhos econômicos decorrentes do desenvolvimento tecnológico, que não resultam necessariamente da eficiência empresarial e da competitividade.⁶⁴

Dentro de um quadro legislativo que deu novos contornos à disciplina de certos setores de serviços públicos, discute-se se as atividades de titularidade estatal exploradas por particulares podem ser desreguladas quanto a tarifas ou preços.⁶⁵

⁶³ “Deve ser excluída a demagogia regulatória, que ocorre quando o poder concedente: a) ignorou, por ocasião da configuração da outorga, os previsíveis efeitos sociais e econômicos da implantação da concessão, preocupando-se apenas com a percepção imediata de elevada remuneração para os cofres públicos; e b) ignora, subsequentemente, a situação jurídica da concessionária, passando a prestigiar a insatisfação popular e a pressionar o concessionário a reduzir a contrapartida de benefícios e vantagens às onerosas condições de outorga” (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 68). Assim, o primeiro caso ocorre pela previsão de que a tarifa a ser cobrada dos usuários incorporará verbas destinadas ao poder concedente, resultado esse que se obtém por duas vias: quando o Poder Público adota como critério de julgamento da licitação a maior oferta pela outorga de concessão, ou quando prevê uma participação econômica do poder concedente nos resultados da exploração (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p.71). Ora, isso pode significar um risco à observância do princípio da modicidade das tarifas.

⁶⁴ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*, p. 115-116.

⁶⁵ O regime tarifário de vários serviços públicos tem se notabilizado por uma maior flexibilização em relação ao tradicional sistema de regulação das tarifas.

A forma mais contundente de flexibilização está na adoção do modelo da ‘liberdade tarifária’. Neste sistema o poder concedente admite que o próprio concessionário estabeleça o valor da remuneração que vai ser cobrada do usuário, passando a exercer, em relação à matéria, basicamente uma função

Destaca Carlos Ari Sundfeld que a regulação estatal dos preços dos serviços estatais explorados por particulares é conferida, nos termos do art. 175, parágrafo único, III da Constituição de 1988, pela lei e seus regulamentos e pode revestir diferentes modalidades, desde o simples acompanhamento da evolução dos preços (controle mínimo) até a própria fixação de seu valor (controle máximo), passando por distintos mecanismos de verificação da regularidade dos reajustes ou de repressão dos abusos. Em seu grau máximo, esse controle pode abarcar a imposição de redução compulsória de tarifas, o que deverá ser feito com a preservação do equilíbrio da relação.⁶⁶

A Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95 e alterações posteriores) tratou do regime tarifário, direta ou indiretamente, nos arts. 9º, 10, 11, 13, 15, 18, VIII, 23, IV, e 29, V.

No que tange às *fontes normativas*, está claro que, além da própria Lei de Concessões, aplicam-se a lei específica do serviço, o regulamento do serviço, o edital de licitação e o contrato. A título de exemplo, cite-se o regime tarifário dos serviços de telecomunicações. A Lei Geral de Telecomunicações, que disciplina as concessões dessa área, em seu art. 104, prevê que, transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato de concessão, a ANATEL poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária e que, se ocorrer aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis. A concessionária, nessa hipótese, poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência (§ 1º do art. 104). Referido diploma legal procura caminhar no sentido do modelo norte-americano, em que ao Estado cabe apenas uma forte regulamentação dos preços das chamadas *public utilities*, que são as atividades de grande interesse social.⁶⁷

fiscalizadora. Nestes casos, a característica que preserva o caráter público do regime remuneratório é a possibilidade de retomada, a qualquer tempo, da gestão das tarifas por parte do poder concedente.

Forma mais branda de conferir alguma participação ao concessionário na fixação de tarifas está na adoção de uma tarifa teto (*price cap*). Nestes casos, o poder concedente estabelece um valor máximo a ser cobrado pela prestação do serviço, mas este valor não é absoluto, pois se admite que o concessionário pratique valores mais baixos.

Uma derradeira forma de flexibilização do regime tarifário que pode ser mencionada diz respeito à instituição de um controle geral sobre um conjunto de itens tarifários (cesta tarifária), ao invés do normal acompanhamento individualizado de cada elemento. O concessionário, neste modelo, ganha a liberdade de balancear a proporção que cada item terá em relação ao todo (cesta). Administra, desta forma, os itens sobre os quais serão cobrados valores mais altos, tendo, porém, que necessariamente compensar esta opção por intermédio da redução dos valores dos demais itens” (CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Tarifa nas concessões*, 2009, p. 222).

⁶⁶ A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 321- 322.

⁶⁷ No regime norte-americano, “o Estado se reserva o poder unilateral de regular o funcionamento técnico e a remuneração das empresas de utilidade pública” (TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 217). Segundo Caio Tácito: “fortaleceu-se o controle legislativo sobre as atividades *affected with a public interest*, admitindo-se ao Estado a prerrogativa de estipular as bases e os índices de retribuição dos serviços explorados sob *franchise*” (op. cit., p. 219). Os serviços são explorados mediante cobrança de preço dos usuários, mas o preço praticado pela empresa exploradora da *public utility* é regulado pelo Estado.

O Estado, na disciplina desse preço, deve respeitar o direito de propriedade e igualdade, garantindo ao prestador do serviço remuneração justa e compatível com os encargos decorrentes da sua atividade, com observância do princípio da razoabilidade. O Estado apenas controla o preço que o prestador cobra dos usuários dos serviços. Mas não existe contrato entre o Poder Público e o prestador dos serviços para definir a contraprestação deste. “A regulamentação (*regulation*), a princípio legislativa, mais tarde judiciária e, agora, precipuamente administrativa, dirige-se, portanto, primariamente, a garantir a prestação de serviço adequado, mediante tarifas satisfatórias” (TÁCITO, Caio, op. cit., p. 225). Não há,

Deu-se, portanto, na Lei Geral de Telecomunicações, a possibilidade de o regime público ter um grau de regulação variada. Possibilitou-se ao Estado adotar a regulação pelo mercado e, se esta não funcionar, ser restabelecido o regime tarifário anterior. Haverá, pois, uma desregulação vigiada. E aqui se coloca a questão: saber como garantir a realização das finalidades do serviço público num contexto de concorrência e saber se essa liberdade tarifária é compatível com a noção de serviço público. Este, contudo, não é o regime instituído pela Lei nº 8.987/95, que disciplina a concessão dos demais serviços públicos.

8) Vários direitos são reconhecidos aos usuários como fundamento para a exigibilidade de sua prestação.

A Sociedade integra a relação jurídica oriunda da concessão, ainda que numa posição não idêntica a do concedente e à do concessionário. A propósito, pontua Marçal Justen Filho:⁶⁸

A concessão de serviço público não pode ser considerada como uma relação jurídica envolvendo apenas esses dois pólos de interesse. Não se pode reduzir a concessão a uma relação jurídica entre o Estado e o concessionário. Ademais disso, deve reconhecer-se a titularidade de interesses jurídicos da Sociedade, de modo que a concessão é uma relação jurídica trilateral.

E, mais adiante complementa:⁶⁹

A delegação de serviço público, produzida por meio da concessão, envolve uma decisão conjunta e harmônica do Estado e da Sociedade Civil. Como dito, trata-se de uma relação jurídica trilateral. Daí não se infere que todas as partes sejam titulares de posições jurídicas homogêneas nem que o Estado e Sociedade compartilhem poderes, direitos e deveres idênticos. A triangularidade da relação jurídica significa a pluralidade de posições jurídicas distintas – tal como se passa na relação processual, aliás.

A Lei Federal n. 8.987, de 13-02-95, ao enunciar os direitos do usuário, no artigo 7º, teve o cuidado de salientar que o elenco apontado não prejudica aquele constante no Código do Consumidor, com os indispensáveis meios processuais de defesa.

Os direitos mesclados atecnicamente com os deveres (ou obrigações, na dicção legal do art. 7º da Lei nº 8.987/95) dos usuários são, basicamente, os de receber serviço adequado (inc. I); de informar-se e ser informado das condições a ele relativas (inc. II); de participar de sua administração, tanto pela fiscalização quanto pelo opinamento sobre a sua prestação (incs. IV e V); de escolher o serviço dentre o de distintos prestadores, quando for o caso (inc. III com a redação dada pela Lei nº 9.648/98); de escolher, dentro do mês de vencimento, os dias de vencimento de seus débitos, no mínimo entre seis

todavia, “um princípio literalmente idêntico ao da equação financeira do contrato, ou às teorias do ‘fato do príncipe’ e da imprevisão” (TÁCITO, Caio, op. cit., p. 225). “Oriundos [...] de uma concepção privatista, os serviços de utilidade pública integraram-se na disciplina do poder público, como um remédio aos abusos da iniciativa privada” (TÁCITO, Caio, op. cit., p. 225).

⁶⁸ *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 15.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 62.

datas opcionais ofertadas pelas concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, (art. 7º A, da Lei nº 8.987/95, acrescentado pela Lei nº 9.791, de 24-03-99 (DOU. de 25-03-99)).⁷⁰

O rol estipulado no art. 7º não é exaustivo, pois outros direitos-poderes decorrem de dispositivos esparsos ou também poderão ser reconhecidos, à luz dos princípios que disciplinam essa área, do regulamento específico do serviço público ou das particularidades do caso concreto.

Os usuários, atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, têm direito à prestação do serviço. O concessionário não lhes poderá negar ou interromper a prestação, salvo é claro, nas hipóteses previstas nas próprias cláusulas regulamentares. Por isso aquele a quem for negado o serviço adequado (art. 7º, I da Lei 8987/95) ou que sofrer-lhe a interrupção, pode, judicialmente, exigir em seu favor o cumprimento da obrigação do concessionário inadimplente, exercitando um direito subjetivo próprio. Ademais, os serviços públicos deverão ser prestados, independentemente da sua forma de prestação, de modo adequado, tendo sido tal conceito, ainda que genérico e indeterminado, detalhado na Lei Federal n. 8.987, de 13-02-95, como sendo “*o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*” (art. 6º, § 1º), aos quais deve ser acrescentado “*o direito a tratamento igualitário, que constitui aplicação do princípio da isonomia*”.⁷¹

⁷⁰ Destaca Marcos Juruena Villela Souto que “trata-se de norma de duvidosa constitucionalidade eis que interfere em contratos já firmados, atingindo cláusulas econômicas – de pagamento – criando um encargo para o concessionário (de administrar várias datas de cobrança) que poderá implicar na necessidade de elevação das tarifas”. (*Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, p. 420).

⁷¹ O princípio da igualdade que domina todas as formas de atuação do Poder Público, como uma consequência ou corolário do princípio da igualdade de todos perante a lei, consignado no art. 5º, *caput*, da Constituição Brasileira de 1988, impõe-se também na prestação dos serviços públicos.

Esse princípio delinea-se, juridicamente, com os mesmos traços com que se encontra genericamente contemplado no sistema, apenas referindo-se à peculiaridade dos traços que caracterizam a própria atividade a que se reporta..

O princípio da igualdade “exige a igualdade no acesso, funcionamento e utilização do serviço, não podendo esta ser negada a ninguém se a capacidade e possibilidades do serviço o permitem, nem fixar-se discriminações injustificadas no acesso e utilização do mesmo, nas condições e modalidades da prestação, e nas contraprestações ou encargos exigidos para seu desfrute” (SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998, p. 514; LACHAUME, Jean-François. La notion de service public. In: MOUREAU, Jacques (Dir.). *Droit public*. 3. éd. Paris: Economica, 1995, t. 2, p. 934; LINOTE, Didier; ROMI, Raphaël. *Services publics et droit public économique*. 5. éd. Paris: Litec, 2003, p. 80-81; GUGLIELMI, Gilles J. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 40-41).

A título de exemplo, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990, menciona, no parágrafo único do art. 123, que os serviços públicos serão prestados “*sem distinção de qualquer espécie*”.

Guglielmi atesta que a jurisprudência reconhece como perfeitamente legal a realização de uma igualdade pelo serviço público, isto é, a busca de uma igualdade de fato à custa de restrições à igualdade de direito. Certos serviços públicos são fundamentalmente “desigualadores” porque excluem categorias de usuários. É o caso da assistência social, dirigida apenas aos necessitados: estas intervenções não são contrárias ao direito porque correspondem a uma demanda social e se realizam pela via legislativa (GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 44).

Entende Carbajo que o princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público “*beneficia não apenas os usuários efetivos, mas igualmente os usuários potenciais que se beneficiam do direito de acesso ao serviço público*”. (*Droit des services publics*. 3. éd. Paris: Dalloz, 1997, p. 48-49).

“*Existe, para os usuários potenciais do serviço público, um direito de acesso ao serviço público que pode ser submetido a condições diversas, mas que não deve ser contrário ao princípio da igualdade perante o serviço público*”. Todavia, não implica identidade de condições de utilização do serviço para todos os

Quanto à participação dos usuários na execução da prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias, implicitamente prevista no art. 175, parágrafo único, II da Constituição, a Lei Federal nº 8.987, de 13-02-95, já lhe traçou os limites que, em essência, não diferem desses que a Emenda 19/98 veio estabelecer para a participação do usuário junto à Administração direta e indireta.

Referido diploma legal desdobrou-o nas regras relativas à fiscalização e controle (arts. 3º, 7º, II, IV e V, 30, parágrafo único e, ainda, art. 33 da Lei nº 9.074/95) e à cooperação do usuário (art. 29, XII).

No art. 7º da lei destacam-se, em correspondência aos incisos do § 3º do art. 37 CF, os direitos reconhecidos aos usuários de "*receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos*" (inc. II), de "*levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado*" (inc. IV), e de "*comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço*" (inc. V).

A cooperação que incumbe aos usuários na fiscalização do serviço, nos termos do art. 3º, far-se-á, consoante estatui o art. 30, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95, "*periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários*".

Deve-se, porém, atentar que, embora no exercício da fiscalização se conceda ao usuário integrar colegiado misto, a forma como se dará essa participação dependerá de norma regulamentar do poder concedente, bem como sua periodicidade. Não há

potenciais usuários. Estas diferenças de tratamento entre os usuários potenciais podem decorrer da lei, de uma diferença de situação ou de razões de interesse geral (Joel Carbajo. *Droit des services publics*, p. 49). De um lado, "*a igualdade de acesso e de tratamento é proporcional, isto é, a igualdade aplica-se aos usuários que se encontram na mesma situação. De outro, as exigências do princípio da igualdade diante do serviço público cedem, às vezes, diante de certas considerações de interesse geral*". E, em qualquer caso, os usuários que preenchem as mesmas condições têm direito às mesmas prestações. (GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Introduction au droit des services publics*, p. 41-42).

Carbajo é bastante claro a respeito deste ponto: "*As diferenças de tratamento são legais entre as diferentes categorias de usuários, desde que esta distinção categorial repouse em diferenças apreciáveis de situação, em considerações de interesse geral em relação às condições de exploração do serviço público ou na lei*" (op. cit., p. 50).

Ainda de acordo com Carbajo, as distinções categoriais, em razão de apreciável diferença de situação, podem decorrer de: a) diferença de prestações fornecidas: os usuários recebem do serviço público uma prestação diferente; b) prestação que, embora idêntica à dos demais usuários, repousa sobre uma diferença apreciável de situação do usuário em relação ao serviço público, a qual permite justificar as diferenças de tratamento (diferença entre o possuidor de uma piscina particular e os outros usuários do serviço público de água) (op. cit., p. 50-51). E ainda: "*Necessidades de interesse geral podem justificar, em relação às condições de exploração do serviço, a criação de categorias distintas de usuários. A referência ao interesse geral vem, às vezes, justificar discriminações categoriais que a mera diferença de situações não teria, talvez, permitido justificar*" (CARBAJO, Joël, op. cit., p. 53).

O Conselho constitucional francês admite que "*o princípio da igualdade não constitui obstáculo a que uma lei estabeleça regras não idênticas a categorias de pessoas em situações diferentes mas [...] isto só pode ser assim quando esta não-identidade é justificada pela diferença de situação e não é incompatível com a finalidade da lei*" (CARBAJO, Joël, op. cit., p. 54). Todavia, Carbajo entende que nem o interesse geral, nem a lei podem estabelecer discriminações no seio de uma mesma categoria de usuários, que se encontram todos na mesma situação. (op. cit., p. 55-56).

A primeira consequência do princípio de igualdade no funcionamento dos serviços públicos é o igual acesso aos empregos públicos, sem discriminação por outros motivos que não as competências do candidato. E a segunda é a igualdade de tratamento entre os servidores (GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Introduction au droit des services publics*, p. 42-43; LINOTE, Didier; ROMI, Raphaël. *Services publics et droit public économique*, p. 79).

previsão de nenhum poder de fato dos usuários para interferir nas tomadas de decisão ou para compartilhar a gestão operativa do serviço.

Importa ainda dar a devida ênfase para o reforço à participação dos usuários, introduzida pelo art. 29, XII, da Lei nº 8.987/95, ao preceituar que as instituições políticas teriam e têm a obrigação de "*estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço*" (art. 29, XII). Tal estímulo, porém, não é suficiente para garantir o acesso das organizações populares ao processo decisório.⁷²

O art. 33, da Lei nº 9.074/95, determinou que o regulamento de cada modalidade de serviço público estabeleça a forma de participação dos usuários na fiscalização e que se torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados.

As instituições de procedimento envolvendo a oitiva dos interessados tornou-se expediente comum nos diplomas legislativos criadores das assim chamadas "agências reguladoras".

Nesse sentido encontram-se várias normas contemplando diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, audiências públicas, consulta pública,⁷³ criação de Conselhos, sistemas de "disque-denúncia", coletas de opinião e tantas outras, devendo ser destacadas suas virtualidades no Estado Democrático de Direito como instrumentos de legitimidade do poder, aproximando o Estado e a sociedade. Assim é que as leis que disciplinam as atividades das agências reguladoras foram mais avançadas nos mecanismos de participação estabelecidos do que a Lei das Concessões, que contém regras relativas à fiscalização e controle e à cooperação do usuário.

9) A outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize e tem que ser feita através de licitação (art. 175 e parágrafo único C.F.)

A Lei 8.987/95 estabelece, em seu artigo 2º, que a modalidade licitatória própria das concessões de serviço público (e de obra pública) é a concorrência. Registre-se, apenas, que a Lei n. 9.074, de 07.07.95, prevê, com ressalva dos serviços de telecomunicações, duas possibilidades de licitação na modalidade de leilão: ambas

⁷² Afirma Marilena Lazzarini uma medida urgente, "no contexto de uma política como a que determinou essa reestruturação na prestação de serviços essenciais, deveria prever a implementação de políticas de estímulo e fortalecimento a associações de usuários, de forma a criar condições para a defesa dos direitos dos setores economicamente mais vulneráveis. Da mesma forma, nos conselhos de consumidores deveria haver a previsão de órgãos de assessoramento técnico, a fim de viabilizar a efetiva participação dos consumidores, além da indicação de representantes capacitados e que tenham o aval da sociedade. A principal conclusão, contudo, é que a sociedade deve, de fato, participar do controle dos serviços essenciais, especialmente os prestados na condução de monopólio. O controle deve se voltar para o rumo que toma o Estado. Hoje o Estado é 'mínimo' para o cidadão e 'máximo' para os investidores externos. Devemos discutir mais qual o projeto de sociedade que queremos e a capacidade do Estado de formular políticas públicas (O papel dos organismos de defesa dos usuários". In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL, 2001, Brasília. *Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos?* Brasília: Instituto Helio Beltrão, 2003, p. 399-400).

⁷³ Afirma José Santos Carvalho Filho que "mister se faz distinguir as audiências das consultas públicas, que, apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem: "na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim" (*Processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 186).

concernentes a hipóteses em que o serviço público esteja em mãos de empresas estatais e se pretenda deslocá-los delas (art. 27, I e art. 29 da Lei n. 9.074/95).⁷⁴

A licitação, como menciona o art. 14 da Lei 8987/95, realizar-se-á na conformidade do regime próprio de tal instituto, isto é, o previsto na Lei 8.666/93 e alterações posteriores, de par com algumas adaptações óbvias e certas peculiaridades, em especial quanto ao critério de julgamento do certame (art. 15 da Lei n. 8.987/95, alterado pela Lei n. 9.648, de 17/05/98).

A Lei n. 11.196, de 21-11-2005, acresceu o art. 18-A à Lei n. 8.987/95 para facultar a previsão no edital da inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento na licitação para as concessões, a exemplo do que já ocorre para as licitações realizadas na modalidade de pregão (Lei n. 10.520/2002, art. 4º, inc. XII) e para as licitações das concessões administrativa e patrocinada (Lei n. 11.079/2004, art. 13), com o objetivo de imprimir-se maior celeridade ao procedimento licitatório e agilizar as contratações. Cabe avaliar em cada caso se a inversão é conveniente, pois, nas concessões, a qualificação técnica, e especialmente a econômica e financeira, são vitais. Um licitante sem qualificação pode ser ousado na sua proposta e, depois, não se habilitar, comprometendo o julgamento anteriormente realizado e obrigando à revogação da licitação.

Da mesma forma que o art. 13 da Lei n. 11.079/2004 (PPPs), o art. 18-A estabelece que, “encerrada a fase de classificação das propostas *ou o oferecimento de lances*, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado”.

A oferta de lances em sessão pública é um dos principais pontos peculiares do procedimento do pregão comum (Lei n. 10.520/2002, art. 4º, inc. VIII) e do pregão eletrônico (Decreto n. 5.450/2005, art. 24). Essa sistemática foi prevista na Lei das PPPs. (Lei n. 11.079/2004). Trata-se do procedimento da “concorrência-pregão”, na expressão de Carlos Ari Sundfeld.⁷⁵

No entanto, forçoso é reconhecer que, se o art. 18-A, introduzido na Lei n. 8.987/95,⁷⁶ permitiu para a concessão comum a renovação das propostas econômicas com o oferecimento de lances, não previu, porém, a regulação do procedimento quanto à fase de lances. Não há regras estabelecendo, por exemplo, em quais hipóteses o mecanismo poderá ser empregado, quem são os licitantes que poderão participar desta fase e a ordem de oferecimento de lances - tal como consta de diplomas legais que regulam outros procedimentos que prevêm a etapa de formulação de propostas em viva voz.⁷⁷

Selecionado o concorrente, este firmará com o poder concedente o contrato de concessão, o qual incluirá cláusulas apontadas no art. 23 como essenciais.

⁷⁴ O Plenário do STF, ao apreciar em 07-08-02 a ADIn 1.582-6, julgou constitucional o art. 27, I e II, da Lei 9.074/95, que autoriza a privatização, mediante realização de leilão, de serviços públicos prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União (DOU de 15-08-2002). Entendeu o STF que a expressão “licitação”, contida no art. 175 da Constituição é gênero do qual são espécies (modalidades) tanto a concorrência quanto o leilão.

⁷⁵ Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28.

⁷⁶ Essa etapa de formulação de propostas em viva voz constante de outros procedimentos, explicita, por exemplo, em quais hipóteses o mecanismo poderá ser empregado, quem são os licitantes que poderão participar desta fase e a ordem de oferecimento de lances.

⁷⁷ Na Lei das PPPs (Lei n. 11.079/2004), há previsão expressa da possibilidade de que as propostas econômicas apresentadas sob a forma escrita poderão ser renovadas em lances em viva voz (art.12, III, b), “sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances” (art. 12, §1º).

A Lei n. 8.987/95 não contém norma específica sobre limite de prazo nas concessões de serviços públicos e de obras públicas. Apenas exige que o prazo seja determinado (art. 2º, incisos II e III) e que o edital de licitação (art. 18, I) e o contrato (art. 23, I) indiquem o prazo da concessão. A mesma exigência de prazo determinado não é feita com relação à permissão (art. 2º, inciso IV), constando do conceito legal que a permissão é feita a título precário.⁷⁸

À falta de disposição legal, a matéria ficou entregue à discriminação do Legislativo dos diversos poderes concedentes, que estipularão o prazo máximo ou específico que repute adequado, ou, da Administração, quando não haja lei específica estabelecendo limites.

Salienta Antônio Carlos Cintra do Amaral:

o prazo da concessão de serviço público não pode ser livremente estipulado. Ele deve resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira. Deve ser estabelecido em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimentos *menos* receitas alternativas e acessórias. O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do contrato em sua totalidade⁷⁹ [...] O prazo da concessão pode ser prorrogado, desde que previsto no edital e no contrato (art. 23, XII, da Lei n. 8.987/1995). Mas não pode ser prorrogado arbitrariamente.⁸⁰

A Lei Federal n. 8.987/95 procurou tratar da concessão como um negócio para o particular, admitindo a sua transferência; uma vez atendidos pelo candidato à transferência os requisitos indispensáveis à prestação do serviço, a Administração não pode negar tal direito ao concessionário, nos termos do artigo 27.

Referido dispositivo acolheu também a possibilidade de transferência do controle acionário da empresa, desde que precedida de anuência da Administração, podendo dispensar ou alterar parte das exigências : as relativas à capacidade técnica e idoneidade financeira, conforme dicção do § 3º.

Celso Antônio Bandeira de Mello, revendo posição anterior, na qual sustentava a inadmissibilidade da transferência do controle acionário da empresa sem licitação, por afetar a própria identidade da concessão, acabou por reconhecer o exagero de tal intelecção, concluindo que,

nas empresas o que se exige são dados atributos objetivamente aferíveis, não sendo tão importante a pessoa dos controladores, mas de quem *de fato* lhes imprime a direção. Por isto, levada a extremo a posição referida, nem mesmo a diretoria das grandes empresas poderia ser mudada (o que evidentemente seria um absurdo), pois é ela que imprime o rumo das empresas, maiormente nas sociedades anônimas em que, como é notório, há grande impessoalidade. Assim, se é certo que devem ser coibidos os desvios, toda vez que se possa concluir que a

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, p. 113-114.

⁷⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*, p.86.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 88.

transferência do controle é a conclusão de uma manobra adrede preconcebida na qual a licitação foi utilizada como mero instrumento de valorização da empresa para negociá-la ulteriormente, não se deve, contudo, generalizar tal vedação, a fim de não colher mais do que o necessário para evitar práticas abusivas e prevenir-se de desembocar em incongruências.⁸¹

Por sua vez, a Lei n. 11.196, de 21-11-2005, modificou a redação do art. 27 da Lei 8.987/95 para consagrar uma hipótese específica de transferência do controle societário da concessionária, visando conferir maior segurança aos financiadores do projeto. É o mecanismo conhecido como “*step in rights*”, a exemplo do previsto na Lei n. 11.079/2004 (PPPs).

Passou-se a admitir que o contrato de concessão estabeleça a possibilidade de assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, sempre com a necessidade de autorização do poder concedente (§ 2º).

Como exceção ao regime geral de transferência do controle da concessionária (previsto no § 1º. do art. 27), serão exigidos dos financiadores a comprovação de regularidade jurídica e fiscal e poderão ser alterados ou simplesmente dispensados os demais requisitos (capacidade técnica e idoneidade financeira necessárias à assunção do serviço).

O art. 27, em seu § 4º, preceitua que, no caso de transferência do controle para os financiadores, as obrigações da concessionária e dos seus controladores frente ao poder concedente não serão alteradas.

Esta hipótese de transferência do controle consiste em garantia adicional aos agentes financeiros que tenham assumido o financiamento do empreendimento em face de eventual ineficiência ou falhas na gestão da concessão. Ou seja, concede aos financiadores relativa proteção quanto à inadimplência ou à queda do nível de retorno do empreendimento, o que, em última análise, poderá vir a impedir o cumprimento de suas obrigações. Com isso, a tendência é de que haja uma redução das taxas de juros dos financiamentos (que leva em conta o risco de inadimplemento (*spread* de risco) e, via de consequência, diminuição dos custos relativos à implementação dos projetos, bem como incremento do controle dos contratos de concessão. As instituições financeiras assumem também o papel de fiscalizadoras das concessões com a perspectiva de eventual assunção do controle da concessionária, caso necessário.

A Lei n. 8.987/95 prevê, ainda, a hipótese de subconcessão, nos termos do contrato de concessão, sempre que autorizada pelo concedente (art. 26). Deverá ser precedida de concorrência, subrogando-se o subconcessionário nos direitos e deveres do concessionário (subconcedente) dentro dos limites da concessão (§§ 1º e 2º).

10) A responsabilidade do concessionário pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios vetores da responsabilidade do Estado, nos termos do - art. 37, § 6º.

Importa notar que, no caso de insolvência do concessionário, os danos resultantes de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam responsabilidade subsidiária (não solidária) do poder concedente. Já os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço - ainda que assumidos a fim de se

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 731-732.

instrumentar para a prestação dele - não são suportáveis pelo concedente, no caso de insolvência do concessionário. Quem contrata ou se relaciona com este, tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte

Outra questão a respeito de concessionários consiste na distinção que alguns fazem sobre a relação jurídica firmada entre o concessionário e o usuário do serviço, de um lado, e entre o concessionário e terceiro não-usuário, de outro. Nessa linha, há entendimento no sentido de que somente incide a responsabilidade objetiva na primeira hipótese, ou seja, quando se trata de dano causado ao usuário do serviço, o mesmo não ocorrendo na segunda, quando então incidiria a responsabilidade subjetiva da lei civil.

Tal posicionamento foi adotado e a solução alvitada pelo Supremo Tribunal Federal. Em hipótese de colisão entre um ônibus pertencente à concessionária de serviço público de transporte e automóvel de particular, o juiz proferiu sentença na qual entendeu não incidir a responsabilidade objetiva do concessionário, sendo a sentença reformada por acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo. Em decisão de que foi relator o eminente Min. Carlos Velloso, a 2ª Turma da mais alta Corte deu provimento ao recurso e reformou a decisão anterior, entendendo não se aplicar no caso a teoria da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF (RE 262.651, T.2, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16-11-2004, m.v., DJ 06-05-2005).^{82 83}

Noutra ocasião, no julgamento do RE 459.749/PE, interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, com base no princípio da responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º), condenara a recorrente, empresa privada concessionária de serviço público de transporte, ao pagamento de indenização por dano moral a terceiro não-usuário, atropelado por veículo da empresa, o Min. Joaquim Barbosa, relator, negou provimento ao recurso por entender que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva também relativamente aos terceiros não-usuários do serviço. Asseverou que, em razão de a Constituição brasileira ter adotado um sistema de responsabilidade objetiva fundado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, toda a sociedade deveria arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, tendo em conta o princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos. Ademais, reputou ser indevido indagar sobre a qualidade intrínseca da vítima, a fim de se verificar se, no caso concreto, configura-se, ou não, a hipótese de responsabilidade objetiva, haja vista que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não é modificada pela mera transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto que acompanhavam o voto do relator, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista do Min. Eros Grau, e não concluído em razão da superveniência de acordo entre as partes. Em 17.12.2007, o Min. Joaquim Barbosa proferiu decisão no recurso extraordinário 459.749 baixando os autos à Vara de origem, para apreciação do pedido de homologação da transação entre as partes, onde foi proferida sentença determinando a extinção do processo. Na sequência, em 30/06/2009 o Min. Joaquim Barbosa julgou prejudicado o recurso extraordinário e determinou o arquivamento da petição.

⁸² No mesmo sentido RE 302.622, , rel. Min. Carlos Velloso, j. 16-11-2004, m.v., DJ 29-04-2005e RE 370.272, , rel. Min. Carlos Velloso, j. 16-11-2004, m.v., DJ 29-05-2005.

E, no Recurso Extraordinário 591874/MS, o Supremo Tribunal Federal (STF), modificou sua posição anterior e, por maioria, negou provimento ao recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluía pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não-usuário do serviço. A maioria dos ministros negou provimento ao recurso, com repercussão geral reconhecida por unanimidade da Corte, se baseou em acidente ocorrido no ano de 1998 na cidade de Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, entre ônibus de empresa de transporte coletivo e ciclista, vindo este a falecer.

O RE discutiu se a palavra “terceiros”, contida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal também alcança pessoas que não se utilizam do serviço público. Isto porque a empresa alegava que o falecido não era usuário do serviço prestado por ela.⁸⁴ Salientando não ter ficado evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimara o ciclista ocorrera por culpa exclusiva deste ou em razão de força maior, reputou-se comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, e julgou-se tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Asseverou-se que não se poderia interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da CF, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados ‘terceiros’, ou seja, entre usuários e não-usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal.

Ao examinar pontualmente o tema em questão, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “a deflagração da responsabilidade pública prevista no Texto Constitucional (art. 37, § 6º), não faz qualquer exigência no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não requer que os atingidos pelo dano o sejam a título de usuários. Portanto, para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público. Também não se poderia pretender que em se tratando de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário do serviço, porque o texto dá tratamento idêntico às ‘pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos’. Assim, qualquer restrição

⁸⁴ Ementa: Constitucional. Responsabilidade do Estado. art. 37, § 6º, da Constituição. Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. concessionário ou permissionário do serviço de transporte coletivo. Responsabilidade objetiva em relação a terceiros não-usuários do serviço. Recurso desprovido. I- A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido (Recurso Extraordinário (RE) 591874/MS, Pleno, Rel. ministro Ricardo Lewandowski, **j.26/08/09, DJ18/12/09, transitado em julgado em 03/03/2010**).

benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado”.⁸⁵

11) Viabilidade do uso, pelos órgãos da administração pública, de formas amigáveis de solução de divergências contratuais com a entrada em vigor da Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95) e da Lei de arbitragem (Lei n. 9.307/96).

A Lei Federal n. 8.987, de 13-02-1995, dispondo especificamente sobre os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, em seu artigo 23, elenca, entre as cláusulas essenciais do contrato, no inciso XV, as relativas “*ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais*”, dando liberdade de escolha para a que melhor atenda aos interesses em jogo no objeto da concessão e ampliando e esclarecendo o previsto no art. 54 da lei n. 8.666/93. Antes desse diploma federal a Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 1.481, de 21-07-89, em seu art. 5º, § 2º, continha a previsão expressa de juízo arbitral como solução consensual de controvérsias administrativas. Em igual sentido, a Lei paulista n. 7.835, de 08-05-92, em seu art. 8º, n. XXI, admitia a solução amigável de controvérsias.

Pela Lei n.11.196, de 21 de novembro de 2005, foi introduzido o art. 23-A à Lei n. 8.987/95, estabelecendo a possibilidade de previsão no contrato de concessão do “emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Vale, porém, notar que a matéria quanto ao uso da arbitragem é polêmica, eis que há entendimentos, como o de Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera inconstitucional o disposto no art. 23-A por entender “inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em “*res extra commercium*” e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles.”⁸⁶

2.2 As Parcerias Público-Privadas na Lei Federal n. 11.079, de 30-12-2004

A Lei n. 11.079/ 2004, alterada pela Lei n. 12.024/2009, institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública direta, estendendo sua aplicação aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo parágrafo único do artigo 1º.

A ementa da Lei refere-se a “contratação de parceria público-privada”, mas no art. 2º, caput, qualifica a parceria como contrato administrativo de concessão.

As PPPs foram instituídas como espécies do gênero contrato administrativo, um tipo de avença entre as partes pública e privada. Portanto, as leis estaduais que disciplinam formas de parceria, promulgadas antes da Lei federal n. 11.079/2004, só poderão aplicar-se no que não contrariarem as “normas gerais” contidas na legislação federal, já que a competência da União se limita ao estabelecimento de normas gerais em matéria de contratos da Administração Pública, consoante art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal.

⁸⁵ *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.756-757.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p.724.

A competência da União para editar normas gerais não impede que os demais entes da federação editem uma legislação suplementar, com fulcro nos arts. 24, § 2º, e 30, II, da Constituição.

Além das normas gerais, aplicáveis a todos os entes federativos, o diploma legal de regência da matéria fixou algumas normas específicas aplicáveis exclusivamente à União, nos artigos 14 a 22. Tais dispositivos cuidam do órgão gestor das parcerias público-privadas, do Fundo Garantidor de PPPs (FGP), das garantias a serem prestadas pelo parceiro público e dos limites para a contratação de PPPs. Estados, Distrito Federal e Municípios podem expedir sua própria legislação no campo de incidência de semelhantes normas.

O conceito aplicável às concessões disciplinadas na Lei nº 8.987/95 viu-se ampliado com a edição da Lei das PPPs que, sem revogar ou derogar a referida Lei de concessões, previu, no art. 2º, *caput*, as modalidades de concessão patrocinada e administrativa, com contornos um pouco diferentes das concessões comuns, em especial no que tange às regras da licitação, com a exigência de submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, a previsão de inversão de fases na licitação, a possibilidade de previsão no edital de saneamento das falhas, de complementação de insuficiências ou ainda, de correções de caráter formal no curso do procedimento; ao processo de contratação, com limites do prazo contratual não inferior a cinco anos e não superior a trinta e cinco anos, possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em caso de inadimplemento contratual, imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas, às formas de remuneração da concessionária, possibilidade de utilização de arbitragem entre a Administração Pública e o parceiro privado, previsão do direito dos financiadores de assumirem o controle de concessionária em situação econômico-financeira difícil, sanear a financeiramente e proceder à alienação do controle para terceiro (o mecanismo conhecido como *step-in-rights*); compartilhamento dos riscos entre os parceiros público e privado no caso de ocorrência de áleas extraordinárias, ou seja, os oriundos do fato do príncipe, os compreendidos no âmbito da teoria da imprevisão e das chamadas sujeições imprevistas (art.4º, VI, e art.5º, III),⁸⁷ e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX) e garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias a serem oferecidas pelo Poder Público, permitindo a contratação de seguro de pagamento com

⁸⁷ A alocação de riscos é matéria contratual (art.5º,III da Lei das PPPs). Não existe, segundo a Lei, uma divisão natural de riscos. 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 comentário 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*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 156). O Poder Público é que teria que assumir as consequências de seu ato.

Já, 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, ao 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” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 790).

órgãos multilaterais ou com seguradoras domésticas ou internacionais, bem como a criação do Fundo Garantidor de PPP (FGP).

Posteriormente, alterações relevantes foram efetuadas pelos artigos 119 e 120 da Lei n. 11.196, de 21-11-2005 na Lei n. 8.987/95, que consistiram na introdução de determinados mecanismos expressamente previstos na Lei das PPPs (Lei n. 11.079/2004) com o objetivo de propiciar maior segurança aos investimentos realizados pelas concessionárias e aos financiadores dos projetos. Assim, a previsão de inversão de fases na licitação, a possibilidade de utilização de arbitragem entre a Administração Pública e o parceiro privado, a previsão do direito dos financiadores de assumirem o controle de concessionária em situação econômico-financeira difícil, sanear a financeiramente e proceder à alienação do controle para terceiro (o mecanismo conhecido como *step-in-rights*) foram estendidos às concessões comuns.

O propósito do Governo brasileiro quando começou a discutir aquilo que a Lei 11.079/2004 veio a chamar de parceria público-privada era dar maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infra-estrutura pública por meio de investimento privado. Para tanto, era preciso aprimorar a legislação e contornar eventuais limitações orçamentárias.

Do ponto de vista legal havia dois objetivos principais. Em primeiro lugar, viabilizar aqueles serviços e/ou obras públicas cuja exploração pelo contratado ou não é suficiente para remunerá-lo (ex: ampliação e administração de rodovias ou ferrovias de baixo movimento) ou sequer envolve contraprestação por seus usuários (ex: construção e gerenciamento de presídios ou hospitais públicos). Ademais, afora tratar-se de casos em que se requerem investimentos e/ou especialidades além das possibilidades do Estado, as PPPs têm um componente a mais, representado pela incapacidade de o empreendimento, por si, pagar o investidor privado. Esta contrapartida do parceiro público ao privado é o que distingue substancialmente as PPPs das concessões comuns, regidas pela Lei n.8.987/95 (§ 3º do art.2º), 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 (embora possa haver previsão de subsídio pelo poder público, conforme disposto no artigo 17 da Lei n.8.987/95), nas PPPs cabe ao parceiro público remunerar parcial ou integralmente o particular contratado.⁸⁸ Em segundo, pretendia-se viabilizar a amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao Poder Público em prazo maior que cinco anos, que é o limite fixado para as contratações tradicionais de serviços e obras pela Administração pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.8. 666/93).⁸⁹

A definição das PPPs como espécies de concessão foi ditada por conveniências de natureza econômica e jurídica.⁹⁰ Como registra Carlos Ari Sundfeld: “o que se quis

⁸⁸ Há exemplos clássicos de contratações dessa ordem no estrangeiro. “Assim, houve hipótese em que um particular foi contratado para edificar prédios e anexos, destinados à instalação de uma escola. Incumbia ao particular também o fornecimento dos equipamentos necessários à operação do estabelecimento. Mais ainda, o particular devia promover a operação do estabelecimento, ressalvados os aspectos propriamente educacionais — que ficavam a cargo do Estado. O particular tinha direito a uma remuneração oriunda dos cofres públicos, mas também lhe era facultado explorar as quadras esportivas, auditórios e outras áreas. O produto da locação desses espaços compunha a sua remuneração”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo:Fórum, 2010, p. 773).

Para outros detalhes relativamente ao tema, confira-se o estudo de Philippe Cossalter, A “private finance initiative” (trad. Marçal Justen Filho). *Revista de Direito Público da Economia – RDE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 127-180, abr./jun. 2005.

⁸⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP- Parceria Público Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 31-32.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 73. Observam, outrossim, os autores que “a idéia é originalmente do professor Carlos Ari Sundfeld, e foi adotada *in totum* no desenho da nova lei”. (op. cit. p. 73, nota de rodapé n. 9).

foi empregar em novos objetos a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões”.⁹¹

A modalidade patrocinada é a própria concessão de serviço ou de obra que consta da Lei 8.987/95 quando, “adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários”, envolver contraprestação pecuniária do contratante público ao contratante privado, ambos ali denominados “parceiros” (§ 1º do art. 2º). A ela aplica-se subsidiariamente o disposto na Lei n. 8.987/95, e nas leis que lhe são correlatas (art.3º, §1º).⁹²

A modalidade administrativa, nos termos do § 2º do art. 2º, “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”. A redação do dispositivo peca pela nebulosidade, pela falta de consistência.

O art. 3º⁹³ preceitua que à concessão administrativa se aplica adicionalmente o disposto nos artigos. 21, 23, 25, 27 a 39 da Lei 8.987/95 e no art. 31 da Lei n. 9.074/95. Tais dispositivos são concernentes ao ressarcimento da Administração, por parte do vencedor da licitação, pelos gastos que hajam sido feitos com os estudos, levantamentos ou projetos vinculados à concessão e postos à disposição dos licitantes; às cláusulas essenciais do contrato de concessão, entre elas a de reversão de bens, ao final, se previsto no contrato (art. 3º, *caput*, da Lei das PPPs, c/c os arts. 18, X, e 23, X, da Lei das Concessões), à responsabilidade da concessionária pelos prejuízos que cause ao concedente, usuários ou terceiros; à transferência de concessão e garantias de financiamento; aos poderes do concedente, bem como à possibilidade dos autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo de participarem da licitação ou da execução de obras e serviços. Embora a lei não o diga, não fica descartada de forma absoluta a aplicação às concessões administrativas de outros dispositivos da Lei nº 8.987/95 e nas leis que lhe são correlatas, pois estes continuam integrando o ordenamento jurídico como elemento hermenêutico e de analogia.⁹⁴

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 públicos (arts. 196 e 206, IV, CF), ou ainda porque é o próprio Estado o único

⁹¹ Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 33.

⁹² Anota Alexandre Santos de Aragão: “A aplicação da Lei nº 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 nº 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 nº 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).

⁹³ O Decreto n. 5977, de 1º de dezembro de 2006, regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei n.11.079/04, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências.

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 781. Segundo Alexandre Santos de Aragão, “o que, em caso algum, é admissível, é que a aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 ou da Lei nº 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 nº 11.079/04”. (*Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 681, nota n. 34).

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. 6º: 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 6º, 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. 2º, § 2º, 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. 2º, § 1º), a lei não exige que na concessão administrativa a contraprestação do concedente seja em pecúnia. Poderá sê-lo pelas outras modalidades do art. 6º. A única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços.⁹⁵⁻⁹⁶

⁹⁵ 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. 2º, § 4º (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: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32-33).

⁹⁶ Benedicto Porto Neto, em trabalho pioneiro sobre a matéria no direito brasileiro, afirmava que “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 (*Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceito e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 76). Em parecer exarado sobre serviços municipais de coleta de lixo, destaca 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. Ou seja, para sua existência basta que ele desempenhe a atividade no seu 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 seu próprio nome, e os usuários. (*Concessão dos serviços municipais de coleta de lixo. Remuneração da concessionária diretamente pelo concedente. RIASP*, n. 5, p. 237-238, jan./jun. 2000, p. 241, 244). Acredita haver equívoco na afirmação de que o Texto Constitucional 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(op. cit.).

Florian de Azevedo Marques Neto também sustenta que dentre as fontes alternativas “pode estar o pagamento pelo Estado de um valor (inclusive com natureza tarifária) definido em lei, no edital ou no contrato por unidade de serviço utilizado. A título de exemplo, é essa a configuração determinada pelo Tribunal de Contas da União para a outorga à iniciativa privada dos serviços de telecomunicações (utilização de redes digitais) a serem universalizados com recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST (cf. Acórdão nº 1107-31/2003 ao TC 005.302/2003-9, Consulta, Plenário, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, julgado em 13-08-2003, DOU 25-08-2003).

Em resposta à Consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da melhor configuração jurídica para utilização dos recursos do FUST, com vistas a universalizar os serviços de acesso às redes digitais de informação, o TCU esclareceu que este serviço “implica outorga de concessões pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, de uma nova modalidade de serviço de telecomunicações a ser prestado em regime público [...]” e que “é possível a utilização dos recursos do FUST para fazer face à

Para melhor delimitar o campo de aplicação de contratos de PPPs, o § 4.º do art. 2.º estatui hipóteses em que é vedada a celebração destes contratos, quais sejam: I - valor do contrato inferior a R\$ 20 milhões de reais; II – prazo inferior a 5 (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. Também está proibida a parceria público-privada quando seu objeto envolver a delegação de funções de regulação, jurisdicional, o exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado, nos termos do art. 4º, III da Lei.⁹⁷

Os contratos de PPPs têm um escopo de regulação mais complexo do que os contratos de concessão comum. Cabe ressaltar alguns aspectos legais das Parcerias Público-Privadas, embora sem a preocupação de um maior aprofundamento.

1) A teor do art. 9º e parágrafos, a implantação e gestão do objeto da parceria será efetuada por sociedade de propósitos específicos (SPE), que deve ser constituída antes do travamento do contrato, a qual poderá assumir a forma de companhia aberta com valores mobiliários negociáveis no mercado. É vedado ao Poder público deter a maioria de suas ações, salvo quando sua aquisição for efetuada por instituição financeira controlada pelo Poder Público em face da inadimplência de contratos de financiamento. Deve obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.

2) Possibilidade de o agente financiador assumir o controle da sociedade de propósito específico para implantar e gerir o objeto da parceria (o chamado *step-in rights*). Os contratos de PPPs podem estabelecer as condições e requisitos para que o financiador do empreendimento afaste o parceiro privado e passe a controlar a SPE, a fim de realizar reestruturações financeiras e garantir a continuidade dos serviços, sem que estes tenham necessidade de possuir “capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”, que lhes seriam exigíveis a teor do parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987, de 13-02-95 (renumerado para 1º pela Lei n. 11.196/2005), mas expressamente afastadas neste caso⁹⁸ (art. 5º, § 2.º, I).

totalidade dos custos de provimento dos serviços em estabelecimento de ensino e bibliotecas, vez que a legislação prevê a redução das contas dos serviços com o objetivo de ampliar o acesso por parte da população carente [...]”.

Ou seja, o TCU decidiu no sentido da plena possibilidade (e, no caso, mais ainda, da obrigatoriedade) e que os serviços públicos de acesso às redes digitais de informação (serviços e telecomunicações e de provimento de acesso à Internet) sejam objeto de concessão outorgada à iniciativa privada e que a remuneração dos particulares (concessionários) dê-se não por tarifa paga pelos usuários do serviço (população carente) e sim pelos recursos públicos depositados no FUST. Ou seja, a Corte de Contas consagrou exatamente a possibilidade de concessão sem cobrança de tarifa dos usuários” (Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 349-350).

⁹⁷ Sustenta Diógenes Gasparini que, “com exceção dessas últimas, as demais não são obrigatórias aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, pois seus dispositivos não podem ser caracterizados como normas gerais.” (*Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 467). Registra Carlos Ari Sundfeld que, tendo em conta a falta de precisão quanto ao sentido da expressão “poder de polícia”, “a melhor tendência é a de interpretá-la como sinônimo de “exercício do poder de autoridade”, isto é, de coação (exemplo: o de apreender veículos irregulares nas estradas). Ademais, a indelegabilidade também ficou vinculada a um conceito em branco (“outras atividades exclusivas do Estado”), cujo preenchimento depende de categorias - de resto, bastante polêmicas- que não se encontram na Lei das PPPs. (Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 38).

⁹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello destaca a flagrante inconstitucionalidade do teor desse dispositivo (*Curso de direito administrativo*, p. 786).

3) A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada compreende várias alternativas, podendo ser feita por ordem bancária, por cessão de créditos não-tributários, por outorga de direitos em face da Administração, por outorga de direitos sobre bens públicos dominicais ou por outros meios admitidos em lei (art. 6.º). Para que a contraprestação seja legítima, deverá ser obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada (art. 7.º). Além disto, de conformidade com o § 1º, do art. 5º, não há necessidade de homologação administrativa, quando se trate de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, salvo se a Administração publicar na Imprensa Oficial dentro em quinze dias da apresentação da fatura, razões fundamentadas na lei ou no contrato para rejeitar a atualização.

4) Previsão de garantias prestadas pelo parceiro público em prol do particular para o recebimento dos pagamentos assumidos pelo Poder Público mediante: I – vinculação de receitas (observado o disposto no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que veda a vinculação de receitas provenientes de impostos); II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;⁹⁹ III – contratação de seguro-garantia junto a companhias que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei (art. 8º).

A garantia prestada por fundos foi regulada mais detalhadamente no capítulo VI da Lei, que estabelece “*disposições aplicáveis à União*”. De acordo com o art. 16, a União, suas autarquias e fundações públicas foram autorizadas a criar, no limite de 6 bilhões de reais, um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas¹⁰⁰ destinado a prestar garantia ao pagamento das obrigações contraídas por parceiros públicos federais. Tal Fundo, um ente dotado de personalidade jurídica própria, com natureza privada e com patrimônio separado de seus cotistas, será criado, gerido, administrado e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União (art. 17), desde que autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários para administrar carteira de valores mobiliários (art 17, *caput*)¹⁰¹⁻¹⁰² As

⁹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta a inconstitucionalidade da vinculação de receitas bem como a instituição de fundos especiais previstos em lei, que não poderia, mesmo, ser feito enquanto não sobrevinha lei complementar regulando a instituição de fundos (*Curso de direito administrativo*, p. 786).

¹⁰⁰ O Decreto n. 5.411, de 06-04-2005, autoriza a integralização de cotas no Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, mediante ações representativas de participações acionárias da União em sociedades de economia mista disponíveis para venda e dá outras providências. . Consoante a Lei n. 11.079/2004 (art.16), a participação da União, autarquias e fundações públicas no FGP fica limitada a R\$ 6 (seis) bilhões. O fato é que, autorizada a integralização de cotas no FGP, está-se atribuindo maior segurança aos investidores privados, atraindo-os, assim, para participarem dos projetos de PPP do governo federal. A integralização autorizada pelo citado Decreto será feita mediante a transferência de ações de titularidade da União, que são bens mobiliários com maior liquidez do que outros bens permitidos para integralizar o FGP como, por exemplo, imóveis dominicais. Entre as autorizadas para transferência ao FGP, estão ações da Eletropaulo, Petrobrás, Embraer, Usiminas, Eletrobrás, Comgás, Gerdau, e outras.

¹⁰¹ A Resolução BACEN n. 3.289, de 03-06-2005, dispõe sobre o funcionamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), de que trata a Lei n. 11.079, de 2004.

A Instrução CVM n. 306, de 05-05-99, alterada pela Instrução CVM n. 364/02, 448/07 e 450/07, dispõe sobre a administração de carteira de valores mobiliários.

A Instrução CVM n. 426, de 28 de dezembro de 2005 – Dispõe sobre a administração de carteira de valores mobiliários do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, de que trata a Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

¹⁰² O Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP) definiu o Banco do Brasil como a

cotas podem ser integralizadas em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais e ações de sociedade de economia mista federal até o limite da manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial (art. 16, § 4º).

5) A União foi autorizada pela Lei, em seu art.23, a instituir e conceder incentivo às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcerias público-privadas. Tais incentivos são aqueles provenientes do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social-PIPS, instituído pela Lei n. 10.735, de 11-09-2003, alterada pela Lei n. 11.110/2005.

6) Quanto à licitação para celebrar PPPs, os critérios de julgamento de propostas oferecidas pelos parceiros privados podem ser: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (ii) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; (iii) um dos dois primeiros combinado com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital (art. 12, II da Lei das PPPs, c/c o art.15, I e V, da Lei n. 8.987/95).

7) A contratação de PPPs será precedida de licitação na modalidade concorrência (art.10), apresentando novas regras objetivando viabilizar um modelo licitatório mais eficiente que o atual sistema: exigência de submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, abrindo-se um prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e seu valor estimado (art.10, inciso VI); o edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento (art. 13); a exemplo do que vem sendo feito, com êxito, no procedimento do pregão; o julgamento pode ser precedido por fase de qualificação de propostas técnicas, eliminando-se as que não atingirem a pontuação mínima exigida, os quais não participarão das etapas seguintes; possibilidade de haver lances verbais prevista no edital, após a etapa de abertura das propostas lacradas (art. 12, III); possibilidade de previsão no edital de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências, que assegura a juntada de documentos novos (apesar da regra contrária do art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/93) ou, ainda, de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório (art. 12, IV). Tal inovação foi inspirada na Resolução Anatel n. 65/98.

8) A abertura de processo licitatório para concessões patrocinadas com contrapartida do parceiro público superior a 70% (setenta por cento) da remuneração total a ser recebida pelo parceiro privado é condicionada à autorização legislativa específica (art. 10, § 3º). Já, para operações de crédito efetuadas por empresas estatais controladas pela União, para SPEs constituídas para implantar e gerir contratos de PPPs, há limite de 70% do total das fontes de recursos das SPEs (este limite sobe para 80% em regiões com Índice de Desenvolvimento Humano/IDH inferior à média do Brasil – ou seja, Norte, Nordeste e Centro-Oeste) (art. 27).¹⁰³

instituição que vai gerir os ativos do Fundo Garantidor das PPPs. A Resolução n. 1 de 05/08/2005 foi publicada no Diário Oficial de 08/08/2005.

O CGP delegou à Secretaria do Tesouro Nacional (STN) a decisão de contratar também a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para administrar fundos da mesma natureza, caso haja necessidade de instituir outros fundos.

¹⁰³ Art. 27. As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e

9) Para definir os serviços prioritários para execução sob o regime de parcerias público-privadas; disciplinar os procedimentos para celebrar os contratos; autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; além de apreciar os relatórios de execução dos contratos elaborados pelos Ministérios e agências reguladoras responsáveis pelos serviços, haverá um órgão gestor, instituído por decreto e composto por membros titulares e suplentes dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e Casa Civil (art. 14).¹⁰⁴

10) O artigo 22 estabelece que a União só poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado implicadas pelo conjunto das parcerias contratadas no ano anterior não tiver excedido a 1% da receita corrente líquida do exercício e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subsequentes não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.. Para Estados, Distrito Federal e Municípios o limite de 3% foi imposto no artigo 28. (redação dada pela Lei n. 12.024, de 2009) como condição para a União figurar como garantidora ou realizar transferências voluntárias de recursos para aqueles entes.¹⁰⁵

11) O artigo 29 prescreve que, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente, serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, chamado comumente de Lei de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e na Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950- Lei de Crimes de Responsabilidade.

12) A lei das parcerias público-privadas expressamente prevê a possibilidade do emprego da arbitragem para a solução dos conflitos contratuais entre a Administração Pública e o particular contratado. Nos termos do art. 11, III, da Lei n. 11.079/2004: o edital de licitação poderá prever “*o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato*”, reforçando a corrente doutrinária que se tem empenhado na aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, buscando definir as hipóteses de seu cabimento.¹⁰⁶ Semelhantes disposições sobre arbitragem estão

Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).

§ 1º Não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico ou 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por:

I – entidades fechadas de previdência complementar;

II – empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

¹⁰⁴ O Decreto n. 5.385, de 04 de março de 2005, com as alterações produzidas pelo Decreto n. 6.037/2007, institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal-CGP e dá outras providências. Referido Comitê deverá definir os serviços prioritários na execução das PPPs e analisar as contratações feitas nesse regime. Também ficará a cargo do CGP disciplinar as regras para a instituição de Parceria Público-Privada e aprovar suas alterações.

¹⁰⁵ A Portaria n. 614, de 21-08-2006, do Secretário do Tesouro Nacional, estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei n. 11.079/2004. Estabelece o limite de 40% dos riscos dos empreendimentos assumidos pelo setor público nos contratos de Parceria Público-Privadas (PPPs). Acima desse limite, o valor gasto pelo ente público será contabilizado como dívida, e não como despesa corrente.

¹⁰⁶ Nesse sentido DALLARI, Adilson Abreu (Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 5-10, 1996); TÁCITO, Caio (Arbitragem nos litígios

presentes em diversos dos diplomas estaduais (MG, Lei n. 14.868/2003, art. 13; Santa Catarina, Lei n. 12.930/2004, art. 10, III, *e*; SP, Lei n. 11.688/2004, art. 11, parágrafo único; Goiás, Lei n. 14.910/2004, art. 15; Sergipe, Lei n. 5.507, de 28-12-2004, art. 11; Bahia, Lei n. 9.290/2004, art. 9º; Distrito Federal, Lei n. 3.418, de 04-08-2004, art. 11; Pernambuco, Lei n. 12.765, de 27-01-2005, art. 9º, III; Rio Grande do Sul, Lei n. 12.234/2005, art. 6º, III, d; Amapá, Lei n. 921, de 18-08-2005, art. 21 e parágrafo único; Piauí, Lei n. 5.494, de 19 de setembro de 2005, art. 9º, §§ 1º e 2º; Rio Grande do Norte, Lei Complementar 307, de 11 de outubro de 2005, art. 20; Maranhão, Lei nº 8.437, de 26-07-2006, art. 8º; Rio de Janeiro, Lei n. 5.068, de 10/07/2007, art. 18, XI; Amazonas, Lei n. 3.363, de 30-12-2008, art. 13, §§ 1º e 2º; Tocantins, Lei 2231, de 03/12/09, art. 9º, §§ 1º e 2º).

Observações Finais

Embora nem todas as tarefas desenvolvidas pelo Poder Público podem ser delegadas ou executadas pelos particulares, há muito particulares exercem funções de colaboração com o Poder Público, sob diversas formas jurídicas, que vem se intensificando nos últimos anos.

As parcerias público-privadas se inserem num processo de evolução que se iniciou com as privatizações, prosseguiu com a outorga de concessões de serviço público e de serviço público precedida da execução de obra pública (chamadas concessões comuns pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 – Lei das PPPs), disciplinadas pelo Estatuto Geral das Concessões (Lei n. 8.987, de 13.02.1995) e por diplomas legislativos pertinentes a setores específicos para desenvolvimento de projetos de infra-estrutura e culmina com um marco legal aplicável às parcerias público-privadas, tendo entre seus objetivos fundamentais o de superar os sérios problemas de infra-estrutura no Brasil num contexto de aperto fiscal e de baixa disponibilidade de recursos. Nessa trilha caminham Estados e Municípios.

As concessões comuns e as PPPs são espécies do gênero contrato administrativo de concessão, cuja expressão concessão indica um gênero, que contempla várias espécies.

O conceito aplicável às concessões disciplinadas na Lei n. 8.987/95 foi ampliado com a edição da Lei das PPPs que, sem revogar ou derogar a referida Lei de concessões, previu, no art. 2º, *caput*, as modalidades de concessão patrocinada e administrativa.

Importa, porém, ter presente a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, formulada a propósito das PPPs, mas que também pode ser aplicada às concessões comuns,

administrativos. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3, p. 83-88); GRAU, Eros Roberto (Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 32, p. 14-20, 2000); MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Arbitragem nos contratos administrativos. In: *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 221-235); MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 223, p. 115-130, jan./mar. 2001, p. 115-131); WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. (*O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 140); LEMES, Selma Maria Ferreira (Arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 17, p. 342-354, jul./set. 2002); ROCHA, Fernando Antônio Dusi (Da possibilidade do uso da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista Licitar*, São Paulo, n. 1, p. 32, jul. 1997); LIMA, Cláudio Viana de (A Lei de arbitragem e o art. 23, XV da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 91-104, jul./set. 1997); SZKLAROWSKY, Leon Frejda (Arbitragem e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 105-107, jul./set. 1997).

especialmente diante das recentes reformas, no sentido de que a segurança das contratações está diretamente relacionada com a transparência e a efetiva participação da sociedade civil na contratação.

Daí que “a segurança jurídica derivará da legitimidade política, econômica e social das contratações”. Para que se atinja tal objetivo, “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”.¹⁰⁷

É preciso impedir a banalização da Parceria Público-Privada ou desvio no uso da concessão administrativa, com a utilização do regime jurídico para contratos destinados a se submeterem à Lei n. 8.666/93, bem como o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros com contratos dessa espécie, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não prioritários.¹⁰⁸

Não nutramos, porém, ilusões quanto a ser a PPP verdadeira panacéia, a legitimar, por sua só existência, a solução para todos os problemas nacionais.¹⁰⁹

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AUBY ; DUCOS-ADER. *Précis de droit administratif. Traité élémentaire de droit administratif*. 5. éd. Paris: L.G.D.J., 1970, v. II, p. 280)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São

¹⁰⁷ A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 18).

¹⁰⁸ Importa, porém, ter presente, a lição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: “A concessão administrativa deve ser utilizada apenas quando presentes as razões econômicas — quais sejam, a nosso ver, especialmente (i) a necessidade de contratos de longo prazo para permitir a amortização e a remuneração do investimento, (ii) a possibilidade e conveniência no caso concreto de se adotar especificações de resultado objetivas e estáveis com o fim de aferir o cumprimento das obrigações contratuais e (iii) a probabilidade de se obter ganhos de eficiência na atribuição da responsabilidade de diversas atividades a uma mesma pessoa, por exemplo, o detalhamento do projeto de engenharia, o financiamento da obra de infra-estrutura, sua construção, operação e manutenção ao longo de um considerável período de tempo.

O limite mínimo de R\$ 20 milhões do valor do contrato toca justamente duas dessas razões, a primeira e a terceira, pois, (i) se não há investimento relevante, também não é necessário prazo longo para sua amortização e remuneração, e (ii) a possibilidade de ganhos de eficiência fica tanto mais reduzida quando menor for o valor do investimento. Portanto, para se justificar a PPP é preciso que a adequada prestação do serviço requeira investimentos de relevo (mais de R\$ 20 milhões, segundo a fronteira estabelecida pela lei) do parceiro privado em urna infra-estrutura”. (*Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.78).

¹⁰⁹ Destaca Carlos Ari Sunfeld que alguns riscos de um Programa de PPP devem ser apontados: 1)comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não prioritários; 2)comprometimento da Administração com contratações de longo prazo mal-planejadas e estruturadas; 3)abuso populista no patrocínio estatal das concessões; 4)desvio no uso da concessão administrativa (Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 25-26).

Paulo: Malheiros, 2011.

CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARBAJO, Joel. *Droit des services publics*. 3. éd. Paris: Dalloz, 1997.

CARVALHO FILHO, José Santos. *Processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 6. éd. Paris: Montchrestien, 1992, t. I.

COSSALTER, Philippe. A “private finance initiative” (trad. Marçal Justen Filho). *Revista de Direito Público da Economia – RDE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 127-180, abr./jun. 2005.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (org). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 237, n. 823-5, mar. 1972.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 5-10, 1996.

_____. Concessões e permissões sob a tutela da Lei n. 8.987, de 13/02/95. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 8, p. 513-523, ago. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. 8. ed. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIEZ, Manoel María. *Derecho administrativo*. 2. ed. corrigida. Buenos Aires: Plus Ultra, 1979, t. III, p. 292).

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

FINNERTY, John D. *Project Finance: engenharia financeira baseada em ativos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998.

FREITAS, Juarez. Controle dos contratos públicos: regime e distinção entre princípios e regras, aspectos procedimentais, concessões, parcerias público-privadas e a natureza jurídica das permissões. In: FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 32, p. 14-20, 2000.

GUGLIELMI, Gilles J. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000.

GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Paris: Montchrestien, 2000.

_____; _____. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. São Paulo: Singular, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos”. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coords.). *Direito do Estado. Novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. t. 2.

_____. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Fórum, 2010.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LACHAUME, Jean-François. La notion de service public. In: MOUREAU, Jacques (Dir.). *Droit public*. 3. éd. Paris: Economica, 1995, t. 2.

LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5. ed. Paris: L.G.D.J., 1970, v. II.

LAZZARINI, Marilena. O papel dos organismos de defesa dos usuários”. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL, 2001, Brasília. *Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos?* Brasília: Instituto Helio Beltrão, 2003.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 17, p. 342-354, jul./set. 2002.

LIMA, Cláudio Viana de. A Lei de arbitragem e o art. 23, XV da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 91-104, jul./set. 1997.

LINOTE, Didie; ROMI, Raphaël. *Services publics et droit public économique*. 5. éd. Paris: Litec, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem.

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 223, p. 115-130, jan./mar. 2001.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINTO Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 1-15, abr./jun. 195.

PONTIER, Jean-Marie. *Les contrats de plan entre l'État et les régions*. Paris: PUF, 1998.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceito e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998..

_____. Concessão dos serviços municipais de coleta de lixo. Remuneração da concessionária diretamente pelo concedente. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 5, p. 233-244, jan./jun.2000.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP-Parceria Público Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Fernando Antônio Dusí. Da possibilidade do uso da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista Licitar*, São Paulo, n. 1, p. 32, jul. 1997.

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, n. 230, p. 48-49, out./dez. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda . Arbitragem e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 105-107, jul./set. 1997.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3.