

Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação

Rafael Véras de Freitas

Professor de Direito Regulatório da FGV Direito Rio. Mestre em Direito da Regulação pela FGV.

Resumo: O presente artigo tem o propósito de investigar a natureza e o regime jurídico dos contratos celebrados por concessionários de serviços públicos, previstos no art. 25 da Lei nº 8.987/1995. Fixadas tais premissas, pretende-se investigar os quadrantes da intervenção regulatória nesses ajustes, para o que se utilizará da análise dos negócios jurídicos que veiculam a exploração das receitas extraordinárias, típico exemplo de contrato celebrado por concessionários de serviços públicos.

Palavras-chave: Concessões. Contratos privados. Intervenção regulatória. Serviços públicos.

Sumário:

Introdução

Os módulos concessórios vêm conferindo aos concessionários de serviços públicos uma série de oportunidades negociais. É que o trespasse de cometimentos públicos transfere aos particulares, também, um plexo de prerrogativas que os diferenciam dos demais agentes de mercado. Para além da celebração do contrato administrativo principal (o contrato de concessão), que lhe confere alguma espécie de remuneração (*v.g.* tarifária, por meio de subsídios), a relação jurídica concessória confere ao contratado uma situação diferenciada: a de um agente econômico que poderá se aproveitar das externalidades positivas produzidas pela delegação de um serviço público.

Essas externalidades positivas decorrem do fato de a concessão, malgrado veicular um serviço essencial, ter, sobretudo nos últimos vinte anos, se inserido numa lógica de mercado, aberta que foi à competição entre diversos prestadores (em regimes simétricos e assimétricos). De fato, a abertura de tais serviços à competição fez com que a exploração de serviços públicos por particulares predicasse um retorno econômico que justificasse o aporte de investimentos privados em empreendimentos públicos. Dito em outros termos, para que os particulares tenham interesse em explorar tais serviços, o “negócio” veiculado por meio de um contrato de concessão deverá ter uma taxa de rentabilidade superior à obtida no mercado financeiro.

Nesse quadrante é que despontam os negócios jurídicos adjetos aos pactos concessórios, que tem previsão no art. 25, §1º, da Lei nº 8.987/1995, como uma

importante ferramenta para aumentar a rentabilidade dos módulos concessórios. É que, por meio desses contratos, os concessionários podem explorar atividades econômicas que guardam relação direta ou indireta com o contrato de concessão principal (*v.g.* a publicidade em trens do metrô ou na parte posterior de ônibus, a cobrança pela utilização a faixa de domínio em rodovias, os estacionamentos próximos a aeroportos). Por outro lado, considerando a crise fiscal porque passam a maior parte dos estados brasileiros, a celebração desses negócios jurídicos adjetos aos pactos concessórios pode servir, também, como mecanismo para o financiamento de serviços de utilidade pública, especialmente nas hipóteses de serviços que não sejam autossustentáveis.

É, pois, a propósito desta espécie de contrato que versa o presente ensaio. Mais especificamente, ele terá por objetivo investigar o seu regime jurídico – se de direito público, ou de direito privado. Essa investigação se justifica, na medida em que, não raro, o Poder Público, seja o poder concedente, seja regulador, vem equiparando tais contratos aos contratos de concessão. É dizer, vem intervindo nesses ajustes como se se tratasse de um contrato administrativo, com todas as exorbitâncias contratuais que lhe são salientes, o que pode resultar, na ponta, num desestímulo à sua celebração. Demais disso, trata-se de tema ainda pouco abordado pela doutrina brasileira.

Para esse fim, será percorrido o seguinte caminho: Inicialmente, serão investigadas as principais características desses contratos, de sorte a identificar o seu regime jurídico. Em prosseguimento, definido o seu regime jurídico, passar-se-á a estabelecer o papel que a função reguladora exerce nesses ajustes. Por fim, serão analisados os aspectos jurídicos dos ajustes por meio dos quais são exploradas as receitas extraordinárias, típico exemplo de contrato celebrado por concessionários de serviços públicos, que bem ilustram as premissas firmadas nos itens anteriores. O artigo, como de hábito, será encerrado com conclusões objetivas.

1 A natureza jurídica dos contratos privados celebrados por concessionários

O regime jurídico dos contratos de que a Administração Pública é parte vem sendo relativizado. Atualmente, o entendimento (ideológico) segundo o qual as prerrogativas publicísticas são inerentes a contratos celebrados por entidades estatais (*v.g.* alteração unilateral, extinção unilateral, aplicação de sanções administrativas), independentemente do seu objeto, vem sendo questionado por autores mais descortinados.¹

¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. Governet. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 64, p. 726-732, 2010. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009.

É que, desde a edição do Decreto-Lei n° 2.300/1986² (diploma normativo que precedeu à Lei n° 8.666/1993), o ordenamento jurídico brasileiro encam-pou o entendimento doutrinário no sentido de que o “contrato administrativo” seria toda a avença de que a Administração Pública é parte, a qual se submete a um regime jurídico exorbitante ao direito privado (não extensível ao contratado privado).³ Mais especificamente, de que se trataria de negócio jurídico disciplinado por um regime jurídico assimétrico (verticalizado) e único (que não comportaria modulações). Esse entendimento doutrinário restou consagrado no artigo 2º, da Lei n° 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), dispositivo que impõe a obrigatoriedade da aplicação de um regime único a “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Nada obstante, o referido entendimento parte de uma equivocada (e simplificadora) transposição da doutrina francesa construída, no início do século XX, a propósito do regime jurídico-administrativo. Trata-se de concepção atrelada a uma das vertentes de pensamento da Escola de Bordeaux, capitaneada, pioneiramente, por Gaston Jézé.⁴ De acordo com o referido autor, no contexto permeado pelo advento de um Estado Social, toda vez que se estiver diante de uma atividade considerada serviço público, sobre ela incidirá um regime especial, um plexo de prerrogativas, voltado à sua regular execução. Ainda para Jézé, esse regime jurídico especial pressuporia as seguintes características: (i) a titularidade de tais atividades pelo Estado; (ii) a interdição de sua prestação em regime de liberdade, só sendo admitida a sua prestação por particulares recebedores de uma outorga específica do Poder Público; e (iii) a sujeição de todas as relações contratuais de que o Estado seja parte a um regime jurídico único, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*).⁵

² Eis o dispositivo que consagrou essa sistemática: Art. 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa: I - modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste.

³ Para Hely Lopes Meirelles: “Contrato privado é o celebrado entre particulares, sob a égide do direito privado, em que prevalecem a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade. Contrato semi-público é o firmado entre a Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público. Contrato administrativo típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derogando normas de direito privado e agindo *publicae utilitatis* causa, sob a égide do Direito Público” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1991, 10. ed., p. 156).

⁴ V. JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Tradução de Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

⁵ Para uma ampla contextualização das principais características dos serviços públicos, V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

O referido entendimento é bem exposto, por exemplo, por Fernando Dias Menezes,⁶ para quem “há que se raciocinar finalisticamente com a função social do objeto contratual e, nesse sentido, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas autoexecutáveis de ação unilateral por parte da Administração”.

Ora, se tal entendimento já vem prevalecendo na interpretação de contratos celebrados com o Poder Público, outro não pode ser o que pautará a interpretação a propósito do regime jurídico de contratos celebrados pelo concessionário com terceiros, que não guardam relação finalística com o cometimento público que lhe foi delegado. Assim é que os referidos contratos não se submetem ao regime jurídico-administrativo – usualmente atribuído aos contratos administrativos –, na medida em que têm por objeto a faculdade que foi atribuída ao concessionário para explorar atividades economicamente adjetas ao pacto concessório,⁷ e não parcela do serviço que lhe foi delegado. Daí porque o ordenamento jurídico pátrio lhes atribui o *regime de direito privado*, consoante o disposto no art. 25 da Lei nº 8.987/1995, cuja redação é a seguinte:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuem essa responsabilidade.

§1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o *desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados*.

§2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo *direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente*.

§3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido. (grifos nossos)

Nada obstante, não se pode desconsiderar que esses contratos são celebrados no bojo de um sistema,⁸ porquanto sobre eles incide um plexo de

⁶ MENEZES, Fernando. Contratos administrativos nos dias atuais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.

⁷ Marçal Justen Filho reconhece a utilidade desses contratos para os objetivos da concessão: É característico da concessão o concessionário assumir pessoalmente o desempenho das atividades correspondentes à prestação de serviços públicos. Nos limites de determinado contrato, o serviço público passa à exclusiva responsabilidade do concessionário. Isso significa, por outro lado, que o poder concedente cessa a sua atuação. Mas seria impossível cogitar de que todas as atividades e tarefas referidas direta ou indiretamente à concessão teriam de ser executadas pessoalmente pelo concessionário. Terá ele, de modo inevitável, que contar com a colaboração de terceiros. Aliás, isso é tão inerente à concessão que o próprio art. 25 da Lei nº 8.987/1995 explicitamente alude à hipótese, ainda que para determinar a ausência de instituição de relação jurídica entre o poder concedente e esses terceiros (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de serviço público*. Dialética: São Paulo, 2003, p.519).

⁸ Essa ideia de sistema já foi reconhecida, em diversas oportunidades, pelo Poder Judiciário pátrio. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema: “Administrativo. [...] Nesse regime, a tarifa mínima, a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços

direitos e de obrigações que alcançam não apenas as partes que o celebram, mas, também, o conjunto dos usuários. Não é por outra razão que não se pode conferir tratamento autônomo à relação jurídica veiculada por meio destes ajustes, como se esse vínculo não estivesse conectado a uma ideia maior (a própria organização do serviço público). É dizer, os efeitos produzidos por esses contratos não ficam restritos aos interesses da concessionária e de terceiros, mas se espraiam para todo o sistema por meio do qual é veiculada a prestação de um serviço público; tem-se, aqui, um exemplo de temperamento ao princípio da relatividade dos contratos.⁹

Daí porque tenho para mim que esses contratos possuem *natureza jurídica de contratos privados coligados*. A coligação contratual, nas palavras de Eduardo Takemi Kataoka,¹⁰ tem lugar quando “acontecimentos de um contrato produzem efeitos sobre os outros”. Trata-se de uma sofisticação contemporânea para o desenvolvimento de atividades econômicas, por meio das redes de negócios como “modes of organizing economic activities that bind formally independent firms who are more or less economically dependent upon one another through stable relationships and a complex reciprocity that is more co-operative than competitive in form”.¹¹ De acordo com Rodrigo Xavier Leonardo,¹² em trabalho específico sobre tema, “o reconhecimento dos contratos conexos em sentido estrito também se justifica pela percepção de que o conjunto contratual exerce uma função social diversa daquela que é própria aos contratos singulares que se encontram vinculados”.

Em suma, o que diferencia essa espécie contratual é a sua causa comum, consubstanciada em um nexos econômico articulado, estável e funcional, que se destina ao atendimento de uma finalidade, que será alcançada pela conexão

menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado. Recurso especial não conhecido.” Resp. 20741/DF. Min. Rel. Ari Pargendler. Segunda Turma. Publicado no DJ em: 03.06.1996. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema: “Administrativo. [...] Nesse regime, a tarifa mínima, a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado. Recurso especial não conhecido.” Resp. 20741/DF. Min. Rel. Ari Pargendler. Segunda Turma. Publicado no DJ em: 03.06.1996.

⁹ O que, de resto, é uma decorrência da incidência do princípio da função social, como já atestados Enunciado 21 e 23 do CFJ: “21 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito. 23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

¹⁰ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

¹¹ TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts*. Trad. Michelle Everson. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1233545>>, p.17. Acesso em: 20 ago. 2016.

¹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

de negócios jurídicos.¹³ Trata-se de arquitetura já reconhecida, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça que, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 951.724,¹⁴ se posicionou no sentido de que: “somente com a pactuação dos vários contratos supramencionados as partes conseguiram alcançar a finalidade econômica perseguida (...) na espécie, a ideia de ‘negócio’ é mais ampla que a de ‘contrato’”.

Não é incomum que os contratos de concessão prevejam a possibilidade de subcontratações ou a transferência do exercício de determinada atividade concedida a terceiro, observadas as regras previstas no instrumento delegatório. Significa dizer que o plexo de relações contratuais formadas no âmbito da exploração de determinada concessão é interdependente. Mais que isso, quaisquer alterações nas relações contratuais específicas produzirão impactos sistêmicos nas demais, especialmente no que toca aos critérios de adequação dos serviços delegados.

Dessa coligação contratual atrelada ao objetivo de viabilizar a adequada prestação do advém a necessária funcionalização desses contratos ao atendimento de interesses públicos¹⁵ – sobretudo à luz do princípio da função social dos contratos, consagrado no art. 421 do Código Civil.¹⁶ O referido dirigismo contratual se configura como uma manifestação da denominada “Publicização do direito privado”.¹⁷ Ou, sob a perspectiva de Jorge Alves Correia e Ana Carolina

¹³ Diego Jacome Valois Tafur apresenta hipótese similar de contratos coligados ou conexos no âmbito de relações que versão sobre a prestação de serviços públicos, que tem lugar na estruturação de um *Project Finance*: “A extensa cadeia de contratos, caracterizados por partes e objetos distintos, não obstante, requer unicidade quanto à finalidade abstrata comum, ou seja, o esforço conjunto para que a operação a ser desenvolvida pela SPE alcance os resultados predefinidos, com a consequente quitação do serviço da dívida (pagamento do empréstimo) e manutenção das margens de rentabilidade (Taxa Interna de Retorno – TIR)33 que as partes entendem compatível com os riscos assumidos. Para tanto, será fundamental que cada um desses contratos seja cumprido não apenas considerando o seu escopo principal e particular, mas, com igual importância, o seu escopo abstrato, condizente com as metas traçadas para a operação de *project finance*. Do ‘escopo abstrato’ emergem os ‘contratos conexos’ e os efeitos legais que advêm deste conceito, seja em relação à teoria geral dos contratos, especificamente a observância do ‘princípio da relatividade’, seja no aspecto prático, que atinge a todos os integrantes da rede de contratos.” TAFUR, Diego Jacome Valois. Contratos conexos no âmbito do *project finance*. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 197-227, jul./dez. 2013.

¹⁴ (STJ. AI nº 951.724-RS. Min. Hamilton Carvalhido. Publicado em: 11/12/2007).

¹⁵ Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes relacionam expressamente a causa dos contratos com a sua função social: “Nessa perspectiva, associando-se a causa com a função social de que trata o preceito em análise, esta equivaleria, pois, a um critério de controle de legitimidade da liberdade contratual, já que não se reconheceria à vontade do papel de, por si só, produzir efeitos jurídicos dignos de tutela pelo Direito”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 13.

¹⁶ Humberto Theodoro Júnior leciona que: “A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipularam (contratantes). (...) têm, também os terceiros direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua natural função econômica e jurídica, possa ter na esfera de quem não participou de sua pactuação.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e a sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29-30.

¹⁷ Fenômeno decorrente do princípio da consensualidade administrativa, como muito bem observado por Vitor Rhein Shirato: “Por outro lado, o direito privado passa cada vez mais a sofrer a influência de normas de ordem pública. A propriedade e o contrato, verdadeiros baluartes do direito privado, passam cada vez mais

Costa Leitão,¹⁸ da incidência da tese dos “Fluxos Recíprocos”, de acordo com o qual, “tendo como base a linguagem do eminente sociólogo alemão [Niklas Luhmann], através dos canais de *input*, o sistema de direito privado sofre a influência do sistema de direito público, ao passo que, pela via dos canais *output*, o sistema privado exporta o seu direito regulador, as suas formas e instrumentos para o sistema de direito público”. Para Gustav Radbruch,¹⁹ esse fenômeno representa a “projeção do direito público sobre uma esfera antes exclusiva do direito privado, de modo que o Estado, por intermédio do legislador e do poder jurisdicional, dirige o instituto do contrato, que passa a ser o resultado de uma combinação de normas públicas e privadas”.

Nada obstante, por se tratar de um contrato de direito privado celebrado no âmbito de uma relação que veicula a prestação de um serviço público, esse dirigismo contratual é qualificado pela incidência de influxos regulatórios. Isto porque a metodologia regulatória possibilita que os interesses potencialmente conflitantes em contratos de longo prazo, possam ser equacionados por intermédio de um devido procedimento participativo (a isso voltarei adiante). Assim é que, como bem observado por Jorge Alves Correia e Ana Carolina Costa Leitão,²⁰ “a regulação constitui, assim, um upgrade relativo à ‘publicização’, captando o fenômeno da contratação no universo jurídico-privado, de forma mais ampla, profunda e atual”. É o que Pedro Gonçalves²¹ denomina de “contato privado como objeto de regulação administrativa”. De acordo com o referido autor,

o trabalho das autoridades administrativas de regulação, dotadas de amplos poderes normativos acabou, em certas áreas da economia, por conduzir a um fenômeno de administrativização do contrato privado ou, como alguns também assinalam, a uma parcial substituição do direito privado do contrato pelo direito da regulação.

a ser restritos em nome do interesse da coletividade. Isto se opera, por exemplo, com relação à aplicação de valores como função social da propriedade e função social do contrato para a restrição da autonomia da vontade das partes em relações eminentemente privadas. Ademais, setores dantes considerados como exclusivamente privados passam a se sujeitar cada vez mais a relevantes intervenções e restrições impostas por normas de ordem pública e também por meio da atividade regulatória do Estado. São os casos, por exemplo, dos setores de mercado de capitais e de seguros, nos quais as relações entre agentes privados são coatas e limitadas por normas de Direito Administrativo e pela atuação de entidades públicas, no exercício de poderes inerentes à Administração Ordenadora e, mais abrangentemente, à função regulatória do Estado. Diante disso, a questão que passa a se apresentar com intensidade crescente é a persistência, por um lado, de um regime jurídico-administrativo, que seja incongruente e oposto ao regime de direito privado, e, por outro, a efetiva existência de um direito privado no qual a vontade das partes forma acordos com força de lei.” SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

¹⁸ CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.

¹⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 214 e ss.

²⁰ CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.

²¹ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141.

No âmbito das concessões de serviços públicos, cite-se, também como exemplo de contrato privado regulado, os denominados “contratos entre partes relacionadas”. Trata-se da hipótese em que o Concessionário celebra contratos privados com empresas com as quais guarda relação societária direta ou indireta, o que desperta preocupações a propósito da possibilidade da celebração de contratações não equitativas.²² Os influxos regulatórios incidentes nesses contratos de direito privado já foram reconhecidos, pelo Tribunal de Contas da União,²³ quando aquela Corte se manifestou no sentido de que

o fato de os contratos da concessionária com terceiros regerem-se pelas normas de direito privado não exime a entidade pública participante da Sociedade de Propósito Específico (SPE) de atuar de forma a resguardar e proteger o bom uso dos recursos públicos envolvidos, acompanhando de forma adequada e consistente os contratos firmados pela concessionária, principalmente com partes relacionadas (Deliberação CVM 26, de 5/2/1986) aos parceiros privados.

Pelo exposto, tenho para mim que os contratos celebrados por concessionários de serviços públicos, previstos no art. 25 da Lei nº 8.987/1995, possuem *natureza de direito privado*. Ou seja, não se submetem a quaisquer exorbitâncias contratuais decorrentes do regime jurídico-administrativo. Porém, por fazerem parte de uma coligação contratual pactuada para viabilizar a prestação de um serviço público, tais ajustes terão de ser parcialmente regidos por normas de direito público, expedidas por entidade reguladora. Daí porque se configuram como *contratos privados regulados*. Qualificação esta predadora do estabelecimento dos limites da incidência da função reguladora em seus termos, tema que será objeto do próximo item.

2 O papel da regulação dos contratos privados celebrados por concessionários

como é de trivial sabença, a regulação tem como objetivo equilibrar, por meio de uma metodologia processualizada, os múltiplos interesses enredados em setores regulados. Nesse sentido, como ressaltado por Floriano de Azevedo Marques Neto²⁴ os pressupostos da moderna regulação, consagrada no art. 174 da CRFB, diferem, sobremaneira, dos da intervenção direta na economia. Primeiro, por ser pautada pelo caráter de mediação dos interesses, e não pela imposição de objetivos do Estado, o que cria para o regulador uma obrigação de dialogar com agentes sujeitos à atividade regulatória – a imposição dá lugar ao arbitramento de interesses. Segundo, porque seus objetivos se deslocam da

²² A Lei de S. A. trata das condições que devem ser observadas pelo administrador nos contratos celebrados pela companhia com partes relacionadas: “condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contratária com terceiros” e “condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado” (respectivamente, art. 156, §1º, e art. 245).

²³ TCU. Plenário. Acórdão nº 1.865/2016.

²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

proteção do indefinido “interesse público” para a defesa da sociedade – sob um aspecto de proteção de direitos transindividuais. Mais que isso, essa função estatal tem como nota característica a responsividade (*accountability*), que é a satisfação da legitimidade da ação administrativa em termos de eficiência, mas, sobretudo, tem como característica a intensa processualização administrativa, permeada pela participação dos agentes dos setores interessados.²⁵

Para os fins do presente estudo, destacar-se-á uma das funções regulatórias que incidirá na disciplina dos contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos: a normativa (*rulemaking*). Essa função normativa, como já se teve oportunidade de asseverar,²⁶ tem lugar por intermédio da edição de normativos, dotados de generalidade e abstração, os quais importam na composição de interesses veiculados no bojo de um processo administrativo participativo.

É esse aspecto da função regulatória que incidirá sobre os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos.

É que, por se tratar de contratos de direito privado coligados a contratos administrativos que veiculam a prestação de serviços públicos, tal ajuste será regido, ainda que parcialmente, por normas regulatórias, que compatibilizem o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação de um adequado serviço público. Para esse desiderato, caberá à agência reguladora setorial editar normativo que discipline os efeitos desse contrato de direito privado celebrado entre concessionárias de serviços públicos, para o fim de evitar que: (i) os seus termos violem as normas regulamentares do serviço concedido; e (ii) a sua receita seja subtraída, integralmente, da rubrica da modicidade tarifária.

Não se trata de prática novidadeira. É assaz recorrente que o regulador discipline os termos de contratos de direito privado celebrados entre concessionários de serviços públicos, notadamente no que toca ao compartilhamento de infraestruturas (*essential facilities*). Em Telecomunicações, por exemplo, tal competência é prescrita pelo artigo 73 da Lei n° 9.472/1997, cuja redação é a seguinte:

As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

²⁵ Nesse contexto, a finalidade que se busca por intermédio do processo administrativo é traduzida, ao cabo, em um ato administrativo final, que, por arquitetura lógica e inequívoca, só se revela perfeitamente concebido quando atendidos, ao longo do processo, todos os requisitos e elementos necessários à sua escorreita formação. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández conceituam: “El procedimiento no se resume, pues, en un acto de naturaleza compleja – la resolución –, en el que vendrían a fundirse, perdiendo su propia identidad, todos los anteriores a él, ni tampoco consiste en un mero agregado de actos heterogéneos por su origen y por su contenido, carentes de toda relación estructural entre sí. Se trata, más bien, de una cadena, cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común, sin merma de su individualidad propia, en orden a un fin único a cuya consecución coadyuvan”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 443.

²⁶ FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 138.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld,²⁷ esse dispositivo outorga ao regulador a competência para estabelecer “os limites físicos para a destinação do espaço nos postes para outros serviços, bem como os cuidados técnicos que, em atenção à segurança e qualidade do serviço elétrico, devem ser observados na instalação e manutenção dos cabos e equipamentos de terceiros”.

A fim de disciplinar esse dispositivo, foi editada a Resolução Conjunta nº 1, de 24 de novembro de 1999 (ANEEL, ANATEL e ANP), que aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Esse normativo veio a disciplinar o denominado “Contrato de Compartilhamento de Infraestrutura”, negócio jurídico de direito privado celebrado entre as concessionárias dos referidos setores regulados, os quais têm o seu regramento delineado pela regulação.²⁸ Ao comentar o referido contrato, Alexandre Santos de Aragão²⁹ assevera que

o compartilhamento tem, portanto, natureza de contrato privado, mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade de vontade, no princípio da relatividade e no caráter essencialmente privatístico. Há uma limitação administrativa da liberdade de contratar: trata-se, se incumbente e entrante chegarem a um acordo, de um contrato regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública).

Do mesmo modo, no setor de Rodovias, a ANTT disciplinou, por meio da Resolução nº 2.552, de 14 de fevereiro de 2008 (com as alterações que lhe foram impingidas pela Resolução nº 3.346/2009), o contrato celebrado por concessionárias de rodovia para a exploração de receitas extraordinárias (decorrente, sobretudo, da exploração da sua faixa de domínio por outros concessionários de serviços públicos), o denominado “Contrato de Receita Extraordinária (CRE)”. De acordo com o seu artigo 2º, parágrafo §1º, os “CREs” “reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e a ANTT”. Nada obstante, destaca-se que a referida resolução, para além de disciplinar o regime jurídico desse contrato, estabeleceu o percentual dessas receitas que será revertido à modicidade tarifária.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jun. 2001.

²⁸ Tanto assim o é que o artigo 20 do referido normativo dispõe que: “Art. 20. O contrato de compartilhamento de infraestrutura deverá dispor, essencialmente, sobre o seguinte: I - objeto; II - modo e forma de compartilhamento da infraestrutura; III - direitos, garantias e obrigações das partes; IV - preços a serem cobrados e demais condições comerciais; V - formas de acertos de contas entre as partes; VI - condições de compartilhamento da infra-estrutura; VII - condições técnicas relativas à implementação, segurança dos serviços e das instalações e qualidade; VIII - cláusula específica que garanta o cumprimento do disposto no art. 5º deste Regulamento; IX - proibição de sublocação da infraestrutura ou de sua utilização para fins não previstos no contrato sem a prévia anuência do Detentor; X - multas e demais sanções; XI - foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais; XII - prazos de implantação e de vigência; e XIII - condições de extinção.”

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 472-473.

Mas, note-se: embora caiba à agência reguladora disciplinar tal ajuste, por meio da edição de um normativo que compatibilize o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação de um adequado serviço público, isso não autoriza a edição de regulação intrusivas, desproporcionais e violadoras da liberdade de iniciativa, que descaracterizem a natureza privada desses ajustes.

Isto porque, como já visto, as contratações realizadas pelos concessionários não se confundem com o objeto da concessão. Trata-se, pois, de atividades econômicas que sofrem influxos regulatórios mais intensos. Nesse quadrante, qualquer interferência regulatória nessas atividades, que não tenha por escopo garantir a adequada prestação do serviço delegado, será inconstitucional, por violação ao princípio da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*, da CRFB). Destarte, se o concessionário houver por bem extinguir tais contratos, ou reduzir os seus escopos, não há como obrigá-lo a desenvolvê-las. Mais ainda, não há como se imiscuir na forma como tais atividades vêm sendo desenvolvidas; do contrário, estar-se-ia impondo aos particulares obrigações típicas de serviços públicos, bem como lhes traçando um planejamento obrigatório para o setor privado, o que é interdito pelo art. 174 da CRFB.³⁰ Esse entendimento interdita, por exemplo, que o regulador exija do concessionário dados empresariais que estejam protegidos pelo sigilo comercial, ou que se imiscua na gestão empresarial da exploração dessas atividades (escolhendo qual atividade será explorada e em quais termos negociais).

Todas as premissas aqui sustentadas são reforçadas pelo regime jurídico dos contratos que veiculam a exploração de receitas extraordinárias pelo concessionário, tema do próximo e último item deste ensaio.

3 O regime jurídico dos contratos privados celebrados por concessionários que veiculam a exploração de receitas extraordinárias

o trespasse de cometimentos públicos para a iniciativa privada, por meio de módulos concessórios, possui arquiteturas econômicas estruturantes que servirão de diretriz interpretativa dos aspectos jurídicos que lhe são subjacentes.

³⁰ Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão da lavra do Superior Tribunal de Justiça: “A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF. 2. Deveras, sólida a lição de que um dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a ‘livre concorrência’ como um de seus princípios obrigatórios: ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência’. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados.” STJ. Resp. nº 61.4048. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 02.05.2005.

É que a concessão, como visto, resulta na transferência de um plexo de posições jurídicas³¹ aos concessionários, dentre as quais a de celebrar contratos dela decorrentes – os quais podem sofrer influxos publicísticos cambiantes, a depender das suas relações com o serviço delegado. Esse plexo de posições econômicas transferido ao particular tem o propósito de equilibrar valores aparentemente antagônicos, mas que são enredados, por meio do pacto concessório: de um lado, o dever do Estado de prestar um serviço essencial à população (sob as diretrizes da isonomia, da universalização e da continuidade) e, de outro, o lucro do concessionário, que justifique que ele invista recursos próprios (ou de terceiros) em empreendimentos públicos, e não em fundos financeiros de rentabilidade fixa.

Mais que isso, a transferência de posições jurídicas para a iniciativa privada tem o desiderato de viabilizar o financiamento do serviço delegado. Afinal, não se pode fugir de uma perspectiva que permeia a modelagem dos pactos concessórios: os serviços públicos custam. Assim é que, embora legitimamente se espere que os serviços públicos atendam a diversas finalidades de interesse público, há um custo na disponibilização desses serviços para a sociedade. Razão pela qual, na modelagem econômica dos pactos concessórios, deverá ser instituído um regime remuneratório pela prestação do serviço delegado, albergado por uma política tarifária (art. 175, III, da CRFB).³²

Na qualidade de política pública, a política tarifária, em poucas palavras, visa a estabelecer uma diretriz remuneratória bastante ao financiamento do serviço delegado. Essa política pública é usualmente levada a efeito por meio da denominada remuneração tarifária, a qual, nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães,³³ funciona “baseada no princípio da utilização e do benefício, onerando-se, segundo uma conotação ideal, aquele que efetivamente usa do serviço e na medida em que o faz”. Por intermédio dessa tipologia clássica de remuneração dos contratos de concessão, transfere-se o custo dos serviços a usuários determináveis.

Não obstante, o ente delegante poderá instituir uma política tarifária por meio da qual serão estabelecidos mecanismos endógenos e exógenos de financiamento da concessão. O principal mecanismo endógeno é a fixação de

³¹ Em termos econômicos, o plexo de direitos e de posições transferidos pelos títulos concessórios é transformado num bem privado, rival e excludente, ou seja, a sua utilização por determinado agente impede/exclui a sua utilização por outros. O que o difere dos denominados “bens públicos”, sob o viés da Análise Econômica do Direito, como se extrai de COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Brokman Companhia, 2010.

³² Claro que não se desconhece que o financiamento dos serviços públicos pode ser levado a efeito pela distribuição dos custos por toda a sociedade, por meio de recursos orçamentários, pela transferência do custo do serviço entre usuários efetivos e potenciais, ou por intermédio da transferência desse custo para as gerações futuras. Mas não é o caso dos Contratos de Concessão do Transporte Metroviário das Linhas 1, 2 e 4. Para um aprofundamento do ponto, veja-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

³³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço de público*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175.

uma tarifa sujeita à regulação estatal,³⁴ mediante a qual serão previstos os custos na prestação do serviço (o que resultará na tarifa módica) e a rentabilidade do projeto concessionário (*v.g.* por meio das metodologias de *price cap*, *cost plus*, *rate of return*, *yardstick competition*). De outro bordo, os principais mecanismos exógenos de financiamento da concessão podem resultar: (i) da instituição de fundos, especialmente criados para esse fim (*v.g.* o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, instituído pela Lei n.º 9.998/2000); (ii) de subsídios providos, diretamente, pelo poder público (*v.g.* as contraprestações pecuniárias, previstas nas concessões patrocinadas e administrativas da Lei n.º 11.079/2004); e (iii) das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, previstas nos artigos 11³⁵ e 18, inciso VI, da Lei n.º 8.987/1995.

É dessa última modalidade de financiamento exógeno (posto que alheiro à remuneração tarifária) dos contratos de concessão que se esta aqui a tratar. Não se cuida de instituto novidadeiro. Tem-se notícia de que a jurisprudência do Conselho de Estado Francês, por ocasião do julgamento do caso *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*,³⁶ de 30 de março de 1916, já admitia a complementação das receitas do concessionário por fontes alternativas à tarifa. De acordo com Marçal Justen Filho,³⁷ todas as hipóteses previstas no artigo 11 da Lei n.º 8.987/1995 poderiam ser enquadradas como receitas extraordinárias, assim consideradas como aquelas que “são as relacionadas com a exploração alternativa, do ponto de vista econômico, do objeto da concessão; não importam o desenvolvimento de outras utilidades ao público, nem a ampliação propriamente dita do objeto da concessão”.

³⁴ Regulação tarifária que, como bem observado por Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara “tem notabilizado por uma maior flexibilidade em relação ao tradicional sistema de regulação das tarifas. A forma mais contudente 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 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. O Regime Tarifário como Instrumento de Políticas Públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005.

³⁵ Eis o teor do dispositivo: “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

³⁶ Fonte: <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 373.

De fato, por meio dessa modalidade de financiamento, confere-se à concessão de serviço público uma acepção mais econômica, que permita ao concessionário angariar recursos em razão da sua própria criatividade empresarial.³⁸ Essas atividades se aproveitam das externalidades positivas produzidas pela execução do serviço delegado para favorecer a integração financeira da concessão às oportunidades periféricas de negócios.³⁹ Cite-se, como exemplos, a exploração da faixa de domínio de rodovias, por outras concessionárias de serviços públicos, e a veiculação de publicidade na parte traseira de veículos de transporte coletivo de passageiros.⁴⁰

Nada obstante, tenho para mim que as expressões “receitas alternativas”, “receitas complementares”, “receitas acessórias” e de “projetos associados” comportam diferentes significações. Filio-me, neste particular, à classificação de Luiz Alberto Blanquet,⁴¹ para quem: (i) receitas alternativas são aquelas que substituem a receita decorrente da tarifa; (ii) receitas complementares se referem àquelas que complementam o valor cobrado dos usuários, a título de remuneração tarifária; (iii) receitas acessórias são aquelas que são extraídas de atividades não estranhas ao objeto da concessão; e (iv) receitas derivadas de projetos associados dizem respeito àquelas que são obtidas em projetos inconfundíveis com o objeto da concessão. Isto porque equiparar as referidas expressões seria apequenar as diversas oportunidades de negócio que o concessionário poderá desenvolver, em virtude da celebração de um contrato de concessão.⁴²

³⁸ Como destaca Flávio Amaral Garcia: “Por força do princípio da modicidade das tarifas, a ideia é fazer com que o usuário não seja o único a assumir o ônus de produzir renda para o concessionário. Afinal, existem alternativas de obtenção de riquezas agregadas ao objeto concedido. Trata-se, assim, de uma acepção empresarial do instituto da concessão, possibilitando outros meios capazes de produzir receita para o concessionário e que podem não estar ligados diretamente à atividade principal objeto do contrato.” GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

³⁹ Nesse sentido, confira-se os pertinentes ensinamentos de Fernando Vernalha Guimarães: “Estes negócios derivados e potencialmente rentáveis são favorecidos por externalidades positivas geradas pela execução do serviço público principal. Aproveitam-se estas externalidades para favorecer a integração financeira no projeto da concessão de oportunidades periféricas de negócio. Assim e por exemplo, a construção de uma rodovia por meio de uma concessão de obra pública poderá gerar oportunidades de negócios rentáveis que lhe podem ser associados, como a exploração de praça de restaurantes e lojas à sua margem. A existência da rodovia propicia a circulação de pessoas nos arredores, gerando público consumidor para estes estabelecimentos.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121148, jan./mar. 2008.

⁴⁰ Ressalte-se que, em determinados serviços, essas receitas são tão importantes que se configuram como a principal forma de remuneração dos concessionários, como, por exemplo, na concessão de radiodifusão disciplinada pela Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações – CTB). Isso se deve ao fato de que o artigo 6º, inciso II, d, do CTB, preceitua que o serviço de radiodifusão deve ser apto a ser recebido, direta e livremente, pela população em geral, ou seja, de forma gratuita. Contudo, como se sabe, a remuneração desses concessionários é resultante da exploração de publicidade na programação transmitida, a qual não possui natureza de tarifa, mas de receita extraordinária à concessão – regida, pois, pela liberdade de preço. Outro exemplo relevante de receitas acessórias é o daquelas exploradas no bojo de contratos de concessão de uso de bem público, por meio da celebração de contratos de *naming rights*.

⁴¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 60.

⁴² Até mesmo porque entendimento contrário seria desconsiderar um dos mandamentos mais comezinhos da exegese jurídica segundo o qual “a lei não possui palavras inúteis”.

Mas, ressalte-se: tais modalidades não são excludentes entre si. A depender da modelagem financeira adotada, será plenamente possível, por exemplo, que uma receita obtida em decorrência da exploração de um “projeto associado” seja “alternativa” à remuneração tarifária do concessionário. A *ratio* da referida classificação tem de ver com o papel que tais receitas terão na remuneração da concessionária (na qualidade de fonte principal ou acessória de financiamento) e com a vinculação dessas atividades com o objeto da concessão.

Tais receitas, sob outra perspectiva, podem decorrer de atividades, diretamente, vinculadas ao objeto da concessão principal (o serviço público delegado), ou resultarem de atividades autônomas, que lhe serão vinculadas, por intermédio de uma engenharia econômica. Nesse sentido, Marcos Augusto Perez e Rafael Roque Garofano⁴³ apontam, como exemplo do primeiro grupo, a exploração de publicidade em bens integrantes da concessão e, do segundo grupo, a associação de empreendimentos imobiliários à concessão de linhas do metrô, ou de VLT (veículo leve sobre trilhos).

Embora as modalidades de exploração dessas receitas sejam diversas, o seu regime jurídico é o mesmo.⁴⁴ Como já se teve a oportunidade de asseverar

as atividades exploradas pelos concessionários que dão origem às receitas extraordinárias não se confundem com o objeto da concessão. Trata-se de atividades econômicas em sentido estrito, as quais são exercidas, no âmbito da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV, e 170, caput, da CRFB), mas que devem ser submetidas à prévia autorização estatal (art. 170, parágrafo único, da CRFB) e aos influxos da regulação levada a efeito pelo contrato de concessão.⁴⁵

Portanto, as referidas atividades não se submetem ao regime jurídico-administrativo a que a doutrina jusadministrativa atrela ao serviço público.⁴⁶ Daí porque estou de acordo com Cristiane Lucidi Machado, para quem

as atividades aptas a gerar receitas extraordinárias não são serviços públicos delegados e, por esses motivos, não podem sofrer os efeitos da regulação por parte dos entes reguladores como se o fossem. O papel destes últimos, no que tange àquelas atividades, é empreender todas as medidas necessárias para que o seu produto

⁴³ PEREZ, Marcos Augusto; GAROFANO, Rafael Roque. O compartilhamento de receitas extraordinárias nas parcerias público-privadas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 169-188, set. 2013/fev. 2014.

⁴⁴ No mesmo sentido, SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 273.

⁴⁵ FREITAS, Rafael Vêras de. Algumas propostas para a interpretação das fontes de receitas alternativas nas concessões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 151-164, set. 2014/fev. 2015. No mesmo sentido, GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121148, jan./mar. 2008.

⁴⁶ V. JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Tradução de Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948. Entendimento que não encontra amparo mais no ordenamento jurídico pátrio, em razão da fragmentação de regimes jurídicos de da instituição da concorrência assimétrica entre prestadores de serviços de utilidade pública.

concorra para a modicidade das tarifas, em cumprimento ao que determina a lei.⁴⁷

Malgrado se configurem como atividades privadas submetidas a influxos regulatórios, por estarem integradas, economicamente, à concessão, devem se submeter à tutela fiscalizatória do Poder Público (em consonância com os artigos 29, 30 e 31 da Lei nº 8.987/1995). Isto porque não se poderia cogitar que uma atividade acessória viesse a impedir que o serviço delegado fosse prestado à população. Aqui, aplica-se a lógica civilista de que “o acessório segue o principal”. Tal dever de fiscalização melhor será exercido no âmbito da regulação, na qualidade de uma função equidistante e equilibradora de sistemas jurídico-econômicos,⁴⁸ que terá de equacionar os interesses dos concessionários, do poder concedente e dos usuários na exploração dessas atividades anexas aos dois módulos concessórios.

Tais vieses interpretativos têm repercussões práticas. Muito já se discutiu se a totalidade do resultado dessa exploração deveria ser revertida à modicidade tarifária. Trata-se de questionamento em vias de superação. É que o art. 11 da Lei nº 8.987/1995, expressamente, prescreve que essas receitas são instituídas: (i) “em favor da concessionária”; e (ii) “com vistas a favorecer a modicidade tarifária”; e, no seu parágrafo único, prescreve que “as fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Ora, se um dos objetivos dessas receitas é a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é evidente que o seu objetivo não é só o de favorecer a modicidade tarifária, mas, também, de se prestar à justa remuneração do concessionário. Isto porque, como de conhecimento convencional, é o próprio concessionário quem estabelece os parâmetros desta equação-financeira, por ocasião da apresentação de sua proposta na licitação (art. 9º da Lei nº 8.987/1995). Do contrário, a expressão “em favor do concessionário”, prevista no referido disposto, também seria despida de significação.⁴⁹

Demais disso, como bem observado por Cristiane Lucidi Machado,

⁴⁷ MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 97107, jul./set. 2004.

⁴⁸ Filio-me ao conceito regulação de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem “a regulação é uma atividade estatal pela qual o Estado usa o seu poder extroverso para intervir e modelar comportamentos privados. Porém, o faz a não a partir de comandos binários proibido-permitido, vedado-autorizado, conduta-sanção, ordem-sujeição, mas, sim, perseguindo objetivos públicos pautados no ordenamento jurídico em concertação com os atores econômicos e sociais. Sendo assim, podemos concluir a função reguladora como sendo a modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses aos sistemas regulados e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico.” KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 512. v. 4.

⁴⁹ ALMEIDA, Aline Paola. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 217.

tratando-se de atividades econômicas, orientadas pela persecução do lucro, o estímulo que se apresenta mais adequado e eficiente é conceder ao delegante a participação no produto obtido com o exercício daquelas atividades, o que se dá por meio da partição, com este, das receitas extraordinárias.⁵⁰

Isso porque, ainda nas suas palavras, “é difícil vislumbrar situação em que o delegatário se veja estimulado a empreender esforços para o exercício de atividades pelas quais não será remunerado, e cujo produto será revertido total e exclusivamente para a modicidade das tarifas”. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão entende que

o fato de o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 visar à modicidade tarifária não quer dizer, contudo, que todo o lucro com elas obtidos seja direcionado apenas para a modicidade tarifária, pois, se assim fosse, o concessionário não teria estímulo para realizar os empreendimentos ancilares ao objeto principal da concessão.⁵¹

De fato, a visão míope de que tais receitas deveriam ser integralmente revertidas à modicidade tarifária importaria nas seguintes consequências deletérias à prestação do serviço delegado: (i) faria com que o concessionário não explorasse as potencialidades econômicas decorrentes da concessão, o que, na ponta, militaría em desfavor da própria modicidade tarifária, já que não lhe seria revertido qualquer percentual; e (ii) como alertado por Marcos Juruena Villela Souto

se tal receita fosse integralmente e obrigatoriamente transportada para o serviço público, o regulador se julgaria legitimado a disciplinar quanto de milho tem que ter em cada saquinho de pipoca porque se usar mais milho do que deveria estaria gastando mais e o resultado não propiciaria maior redução da tarifa.⁵²

E, ainda de acordo com o referido autor, “isso é ridículo e absurdo, mas se for exigido do regulador esse compromisso, ou se o regulador se empolgar em ter mais competência as discussões não vão prosperar e tudo vai acabar no judiciário, desautorizando a autonomia e a independência das agência reguladoras”.

Trata-se de entendimento que encontra guarida da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que, no julgamento do Processo nº 014.811/2000-0, que versava sobre a viabilidade técnica e jurídica do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessões rodoviárias em virtude da obtenção de receitas alternativas, consignou

⁵⁰ MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n.7, p.97-107, jul./set., 2004.

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 611.

⁵² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Estadual das Concessões*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 65, 2010, p. 192.

é razoável que parte dessas receitas seja destinada à concessionária, sob pena de que a captação desses recursos torne-se desinteressante para esta última. Ora, se a obtenção dessas acessórias não trouxer nenhum ganho para as concessionárias e, portanto, não for buscada no mercado, consequentemente não haverá redução na tarifa de pedágio.⁵³

Nos setores regulados, essa é a sistemática que vem orientado a destinação das receitas extraordinárias. No setor de Energia Elétrica, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) vem incluindo, nos contratos de concessão celebrados com as concessionárias de distribuição, cláusula que prevê a reversão parcial das receitas extraordinárias à modicidade tarifária.⁵⁴ No setor de Telecomunicações, a própria Lei nº 9.472/1997 (LGT), em seu artigo 108, §2º, dispõe, expressamente, que “serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.” Se serão “compartilhados” com os usuários, é porque não se trata de uma reversão integral. Por fim, cite-se, no setor de Rodovias, a já referida Resolução nº 2.552/2008 da ANTT, que em seu artigo 4º especificou os percentuais que serão revertidos à modicidade tarifária. Confira-se:

Art. 4º Será revertida à modicidade tarifária a receita extraordinária líquida, após deduzidos os valores relativos a tributos, custos diretamente associados ao CRE e o montante equivalente a 15% (quinze por cento) da receita bruta.

§1º Os custos diretos do concessionário são decorrentes exclusivamente da execução do CRE.

§2º O montante equivalente a 15% (quinze por cento) da receita bruta mencionado no caput, corresponde à cobertura dos custos a título de análise de projetos, administração e fiscalização do objeto do CRE, sendo vedada a cobrança de quaisquer outros valores pelo concessionário.

§3º O valor mínimo a ser revertido à modicidade tarifária deverá ser de 10% (dez por cento) da receita extraordinária bruta, sob pena de redução da alíquota de 15% (quinze por cento) de que trata este artigo.

Daí por que estou de acordo com Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida,⁵⁵ para quem se trata de “um cálculo econômico que demanda a

⁵³ TCU. Acórdão nº 393/2002. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Julgamento em: 30/10/2002, Ata: 40/2002.

⁵⁴ Confira-se, nesse sentido, a Subcláusula Quinta da Cláusula Primeira do Contrato de Concessão nº 145/2002, onde consta que: Subcláusula Quinta - A CONCESSIONÁRIA aceita que a exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica, de que é titular, seja realizada como função de utilidade pública prioritária, comprometendo-se a somente exercer outras atividades empresariais, que deverão ser contabilizadas em separado, nos termos e condições previstos em regulamentação própria e desde que as receitas auferidas sejam parcialmente destinadas a propiciar a modicidade das tarifas do serviço de energia elétrica, que serão consideradas nas revisões de que trata a Cláusula Sétima deste Contrato. Até que seja expedida a regulamentação própria prevista nesta Subcláusula, o exercício de outras atividades empresariais dependerá de prévia autorização da ANEEL (grifos nossos).

⁵⁵ ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara de. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 224.

participação direta da agência reguladora, que deverá observar a natureza da atividade envolvida e a consequência econômica (a locação de espaço para lanchonete no metrô, por exemplo, não terá a mesma repercussão do cabeamento de fibras óticas)”. Nesse sentido, tenho para mim que caberá ao órgão regulador e fiscalizador da atividade concedida, definir qual o percentual das receitas extraordinárias auferidas pela concessionária em decorrência de contrato privado coligado será revertido à modicidade tarifária e qual “complementará” a sua remuneração.

Essas premissas que norteiam o regime jurídico da exploração das receitas extraordinárias reforçam as teses defendidas nesse ensaio segundo as quais: (i) os contratos celebrados por concessionários, previstos no art. 25 da Lei nº 8.987/1995, são regidos, predominantemente, pelo *direito privado*; (ii) tais ajustes tem natureza *jurídica de contratos privados regulados*, por serem coligados a um rede contratual serviente à adequada prestação de serviços públicos; (iii) caberá à regulação disciplinar o seu regime jurídico, de modo compatibilizar o princípio da autonomia da vontade das partes contratantes com a necessidade de uma adequada prestação de serviços públicos; e (iv) essa incidência regulatória não poderá ser intrusiva, nem importar em violação ao princípio da liberdade de iniciativa, nem tão intrusiva a ponto de desestimular a sua celebração.

Conclusões

Diante do exposto, é possível sumariar, em proposições objetivas, as conclusões desse ensaio:

- (i) Os contratos celebrados por concessionários com terceiros, que não guardam relação finalística com a atividade delegada, não se submetem ao regime jurídico-administrativo, eis que têm por objeto a faculdade atribuída ao parceiro privado para explorar atividades economicamente associadas ao pacto concessório;
- (ii) Tais acordos têm natureza jurídica de *contratos privados coligados e regulados*, por se tratar de ajustes celebrados no âmbito de uma relação que veicula a prestação de um serviço público;
- (iii) Em razão dessa qualidade, estão sujeitos a influxos regulatórios, os quais terão de compatibilizar o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação adequada do serviço;
- (iv) A despeito da competência do órgão regulador para intervir nos contratos celebrados por concessionários de serviços públicos, as atividades por ele veiculadas, por se tratar de atividades econômicas reguladas, não podem sofrer um regulação intrusiva, sob pena de violação ao princípio da liberdade de iniciativa;

Private Contracts Celebrated by Concessionaries and their Regulation

Abstract: This article looks into the legal status and framework of the contracts celebrated by the public service concessionaries, as per article 25 of the 8.987/95 Law. With those premises established, the framework for regulatory interventions within such arrangements will be investigated, through the analysis of transactions concerning the exploration of extraordinary revenue as a typical example of a contract celebrated by public service concessionaries.

Keywords: Concessions. Private contracts. Regulatory intervention. Public services.

Referências

- ALMEIDA, Aline Paola. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.
- CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. O Regime Tarifário como Instrumento de Políticas Públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Brokman Companhia, 2010.
- CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.
- FREITAS, Rafael Véras de. Algumas propostas para a interpretação das fontes de receitas alternativas nas concessões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 151-164, set. 2014/fev. 2015.
- FREITAS, Rafael Véras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121-148, jan./mar. 2008.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço de público*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948. T. II. 6v.

- KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: Funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 512. v. 4.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.
- MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 97107, jul./set. 2004.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. *Governet. Boletim de Licitações e Contratos*, v. 64, p. 726-732, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- MENEZES, Fernando. Contratos administrativos nos dias atuais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009.
- PEREZ, Marcos Augusto; GAROFANO, Rafael Roque. O compartilhamento de receitas extraordinárias nas parcerias público-privadas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 169-188, set. 2013/fev. 2014.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Estadual das Concessões. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 65, 2010.
- SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jun. 2001.
- TAFUR, Diego Jacome Valois. Contratos conexos no âmbito do *project finance*. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 197227, jul./dez. 2013.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.
- TEUBNER, Gunther. *Network as Connected Contracts*. Tradução de Michelle Everson. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1233545>, p.17>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e a sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Recebido em: 17.10.2016

Aprovado em: 27.01.2017

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Rafael Véras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 219-240, jan./fev. 2017.
