UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ANDRÉ LUIZ DE SOUZA

A modicidade tarifária nas concessões de serviços públicos

RIBEIRÃO PRETO – SP

2016

ANDRÉ LUIZ DE SOUZA

A modicidade tarifária nas concessões de serviços públicos

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências. Versão original.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

RIBEIRÃO PRETO – SP

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e
Seção Técnica de Informática da FDRP/USP, com
os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S719m Souza, André Luiz de
A modicidade tarifária nas concessões de serviços
públicos / André Luiz de Souza; orientador Thiago
Marrara. -- Ribeirão Preto, 2016.
200 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-
Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. MODICIDADE TARIFÁRIA. 2. CONCESSÕES. 3.
SERVIÇO PÚBLICO. 4. SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO. 5.
REMUNERAÇÃO E POLÍTICA TARIFÁRIA. I. Marrara,
Thiago, orient. II. Título

Nome: André Luiz de Souza

Título: A modicidade tarifária nas concessões de serviços públicos

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo (FDRP-USP), para a obtenção do
título de Mestre em Ciências.

Aprovado em __/__/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha mãe, Maria Aparecida de Souza, por todo o amor, carinho e paciência sempre dedicados a mim e que fazem toda a diferença nos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Thiago Marrara, pelo apoio, atenção, competência e paciência, elementos que foram a mim direcionados sempre com muita cordialidade, e que foram fundamentais para a realização da pesquisa.

Aos Profs. Drs. Gustavo Assed Ferreira e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, honrados Presidente e Coordenador da Comissão de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, respectivamente, pela maestria com que exercem o comando do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – SP.

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e, principalmente, aos professores que tive a oportunidade de conhecer e ser aluno, que muito contribuíram para o resultado final do trabalho, com seus vastos conhecimentos e incentivos.

A todos os servidores da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Um agradecimento especial à servidora Vania Cristina Vasconcellos Prudêncio, por toda a competência e agilidade com que executa suas tarefas, mas principalmente por ser uma pessoa especialmente gentil.

“Devemos investigar que tipo de conhecimento a razão humana é capaz de atingir, antes que comecemos a adquirir conhecimento sobre as coisas em particular”.

René Descartes

SOUZA, André Luiz de. **A modicidade tarifária nas concessões de serviços públicos**. 2016. 200 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

RESUMO

A dissertação possui como objetivo principal o estudo da modicidade tarifária nas concessões comuns de serviços públicos da Lei nº 9.987/95. Para isso, elabora, inicialmente, um panorama geral acerca dos principais aspectos relativos ao instituto do serviço público, tais como sobre sua definição, características, princípios gerais e inovações legislativas ocorridas nas últimas décadas que possibilitaram novas formas para sua execução (e que suscitaram dúvidas relativas a uma possível crise de sua noção e existência como instituto jurídico no ordenamento pátrio). Analisa a figura do serviço público adequado e o conteúdo jurídico dos seguintes requisitos (ou princípios) de sua conformação: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia e atualidade. Expõe, após isso, elucidações quanto à avaliação do papel do serviço público adequado na concretização de direitos fundamentais. Estabelece, em seguida, conceitos e parâmetros mínimos acerca de fatores relacionados à forma como se opera a remuneração dos serviços públicos em uma concessão comum e à política tarifária que se cria e se aplica nesse tipo contratual, para entender a maneira como esses fatores impactam a composição do valor tarifário. Com esse intuito, os seguintes itens foram averiguados: competência para se confeccionar a política tarifária; seu conteúdo e sua vinculação a políticas públicas; diferenças entre regimes tarifários em situações de monopólio e concorrência; critérios de escolha da proposta vencedora da licitação previstos na Lei Geral de Concessão; princípio da isonomia na política tarifária e acesso universal ao serviço público; gratuidade e a possibilidade de diferenciação de tarifas; fórmulas ou modelos de estruturação utilizados para a fixação do valor da tarifa; receitas alternativas do art. 11 da Lei Geral de Concessões; o lucro nas concessões de serviços públicos; e o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Examina a previsão no ordenamento jurídico brasileiro da modicidade tarifária e apresenta as definições doutrinárias sobre o princípio, sistematizando-as com o intuito de apontar o conteúdo jurídico do mesmo. Avalia como se dão os impactos dos citados fatores referentes ao sistema remuneratório e à política tarifária sobre a modicidade na execução de serviços públicos nas concessões comuns. Realiza, por fim, conclusões quanto a problemas secundários levantados ao longo do trabalho, bem como quanto à questão principal referente às hipóteses relacionadas ao problema central da pesquisa, que consiste em saber se a devida compreensão do conteúdo jurídico do princípio da modicidade tarifária vincula-se à tarefa de se empregar corretamente as normas referentes ao regime remuneratório nos contratos de concessão de serviços públicos e de se proceder às melhores escolhas dentre as disponibilizadas para confecção e aplicação da política tarifária nesses tipos contratuais, no sentido da mais efetiva implementação do princípio.

Palavras-chave: *modicidade; serviço público adequado; concessão; remuneração e política tarifária.*

SOUZA, André Luiz de. **The moderateness of rates in public service concessions**. 2016. 200 p. Dissertation (Master's Degree Dissertation) – Faculty of Law of Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

ABSTRACT

The dissertation has as main object of study the moderateness of rates in public services concessions of Law nº 9.987/95. It elaborates initially an overview of the main aspects of the public service institute, such as about its definition, characteristics, general principles, legislative innovations that have occurred in recent decades and promoted new ways for its implementation (and that raised questions on a possible crisis in its concept and existence as a legal institute in the Brazilian legal order). It analyzes the figure of the adequate public service and the legal content of the following requirements (or principles) of its conformation: regularity, continuity, efficiency, safety, generality, courtesy and actuality. It exposes elucidations about the role of the adequate public service in the realization of fundamental rights. It sets concepts and minimum standards regarding factors related to how the remuneration of public services operates in a common concession and to rate policy that is created and adopted in that type of contract, to understand how these factors impact in the composition of the rate value, according to the analysis of the following elements: competence to fabricate the rate policy; its content and linking to public policies; differences between rate schemes in monopoly and competition situations; selection criteria of the bid winning of the bidding process in the General Law of Concession; the principle of equality in rate policy and the subject of universal access to public service; gratuity and the possibility of differentiation of rates; formulas or structure models used for fixing the rate value; alternatives revenues of article 11 of the General Concession Law; the profit in public service concessions; the principle of economic and financial balance of the concession contracts. It checks the moderateness of rates provision in the Brazilian legal system and it presents the doctrinal conceptual definitions of the principle, systematizing them in order to point its legal content that makes it possible to assess how the impact of those mentioned factors happens relating to the remuneration and to the rate policy on the moderateness in the execution of public services in concessions. It performs conclusions about secondary issues addressed throughout the dissertation as well as about the main issue that concerns the assumptions related to the central problem of the research, which is whether a proper understanding of the legal content of the moderateness of rates principle is linked to the task of properly applying factors related to the remuneration system and to making better choices among the available ones for the preparation and application of rates policies in a common concession of public services, in the sense of the most effective implementation of the principle.

Keywords: *moderateness; adequate public service; concessions; remuneration and rate policy.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO	25
2.1 SERVIÇO PÚBLICO: DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS.....	26
2.1.1 Transformações na noção de serviço público e a possível crise que envolve o instituto	32
2.1.2 As delegações de serviços públicos da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões)	39
2.1.3 Os princípios gerais referentes aos serviços públicos	43
2.2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA FIGURA DO “SERVIÇO ADEQUADO” E OS REQUISITOS ELENCADOS NA LEI GERAL DE CONCESSÕES.....	47
2.2.1 Serviço adequado como o fim almejado na concessão.....	49
2.2.2 Os destinatários da regra do art. 6º da Lei Geral de Concessões	52
2.2.3 O conteúdo dos princípios de adequação elencados na Lei Geral de Concessões	54
2.2.3.1 O princípio da regularidade.....	56
2.2.3.2 O princípio da continuidade (e a questão da ininterrupção na prestação de serviços públicos).....	57
2.2.3.3 O princípio da eficiência	62
2.2.3.4 O princípio da segurança.....	64
2.2.3.5 O princípio da generalidade	65
2.2.3.6 O princípio da cortesia	66
2.2.3.7 O princípio da atualidade	67
2.3 SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	68
3 O REGIME REMUNERATÓRIO E A POLÍTICA TARIFÁRIA NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	75
3.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE POLÍTICA TARIFÁRIA E SEU CONTEÚDO	76
3.2 O REGIME TARIFÁRIO EM SITUAÇÕES DE MONOPÓLIO E DE CONCORRÊNCIA.....	78
3.3 POLÍTICA TARIFÁRIA COMO IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA	80
3.4 A FIXAÇÃO DO VALOR DAS TARIFAS	82
3.4.1 Os critérios de escolha da proposta vencedora da licitação previstos na Lei Geral de Concessão.....	83

3.4.2 O princípio da isonomia na política tarifária, o acesso ao serviço público, a gratuidade e a possibilidade de diferenciação de tarifas.....	85
3.4.2.1 Capacidade contributiva, tarifas sociais e seus respectivos meios de contraprestação.....	88
3.4.2.2 Subsídios cruzados e subsídios estatais	89
3.4.2.3 Subsídios estatais nas concessões comuns e as parcerias público-privadas	94
3.4.3 As fórmulas utilizadas para a fixação do valor da tarifa (ou modelos de estruturação tarifária)	95
3.5 AS RECEITAS ALTERNATIVAS DO ART. 11 DA LEI GERAL DE CONCESSÕES	100
3.6 O LUCRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	102
3.6.1 O lucro nas concessões de mercado concorrencial e monopolístico	107
3.7 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	110
3.7.1 Previsão no ordenamento jurídico brasileiro	112
3.7.2 O conteúdo genérico e a necessidade de concreção caso a caso	114
3.7.3 Os riscos ensejadores da incidência do princípio.....	116
3.7.4 O reequilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Público.....	117
3.7.5 Formas para se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão	120
4 O PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA	125
4.1 A PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	126
4.2 O CONCEITO DE MODICIDADE TARIFÁRIA	128
4.2.1 O princípio da generalidade, a universalização dos serviços públicos e o princípio da modicidade das tarifas	132
4.2.2 Os demais princípios de adequação e a modicidade tarifária	135
4.2.3 A modicidade como representação de valor relacional e da “tarifa justa”	137
4.2.4 Conclusões quanto ao conceito e quanto ao conteúdo jurídico do princípio da modicidade das tarifas.....	141
4.3 FATORES REFERENTES AO REGIME REMUNERATÓRIO E POLÍTICA TARIFÁRIA NAS CONCESSÕES E SEUS IMPACTOS NA MODICIDADE TARIFÁRIA	142
4.3.1 Critérios de escolha da proposta vencedora da licitação	143
4.3.2 Modelos de estruturação tarifária.....	147
4.3.3 Gratuitades e tarifas diferenciadas	151
4.3.4 Receitas alternativas do art. 11 da Lei Geral de Concessões	155
4.3.5 O lucro e a modicidade tarifária	159
4.3.6 Compartilhamento de ganhos econômicos	166

4.3.7 Prazo contratual da concessão	170
5 CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS	191

1 INTRODUÇÃO

Existe no Brasil uma tendência crescente de delegação da execução de serviços públicos a prestadores privados não estatais. Pode-se dizer que a prática da transferência da execução de tais serviços para empresas privadas aumentou expressivamente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, de forma expressa no art. 175, dispôs a respeito do instituto da concessão e da permissão. Atualmente, a via concessória configura a principal forma de prestação de serviços públicos no país: “a importância do tema está em que o relacionamento entre pessoas privadas, concessionários e concedentes expandiu-se para a quase-unanimidade das situações ordinárias da vida brasileira atual” (MOREIRA, 2010, p. 14).

Alterações legislativas significativas foram realizadas no país durante a década de 1990, tendo sido responsáveis por esse incremento expressivo do volume de utilização das concessões no ambiente nacional. Durante o primeiro mandato do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, promoveu-se a Reforma Gerencial da Administração Pública, que ampliou enormemente as parcerias entre o Estado e setor privado, alterando inclusive dispositivos constitucionais e criando as condições legais necessárias para o expressivo estímulo às concessões de serviços públicos. Sua política central consistiu em delegações de atividades, ampliando a relação de serviços que pudessem ser providos por prestadores especializados do setor privado¹. Nesse período, foram criados também a Lei Geral das Concessões (Lei nº 8.987/95) e o Programa Nacional de Desestatização – PND (que já tinha tido seu início com a Lei nº 8.031/90, sendo sucedida pela Lei nº 9.491/97, consistindo em um amplo programa de desestatização de empresas, bens e serviços públicos, promovido pelo governo federal). No final da década de 1990, ainda se editou nova legislação do terceiro setor (Lei nº 9.790/1999) que, em muitos aspectos, superou a mera finalidade de fomento para viabilizar, na prática, verdadeiras delegações de serviços públicos sociais. Em 2004, já durante o primeiro mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, entrou em vigor a Lei da Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/2004), dando novos contornos à concessão e ratificando a estratégia de aliança com o setor privado para execução indireta de serviços públicos², inclusive serviços que, sob

¹ Sobre a Reforma Gerencial, cf. Bresser-Pereira (2011).

² Intensa atividade legislativa operou-se também, a partir de 1990, sobre outros inúmeros assuntos referentes ao direito administrativo, sendo do mesmo período a Lei de Improbidade, a Lei dos Servidores Cíveis da União, a

a égide da Lei Geral de 1995, não se compatibilizavam com o instituto da concessão por não assumirem caráter divisível e tarifável.

Essas alterações legislativas que propiciaram o ambiente de maior participação do setor privado em atividades que antes eram exclusivas do Estado fizeram parte de um movimento internacional de globalização. Configura inquestionável que o Brasil sofreu fortes influências externas na promoção dessas alterações, pois as mesmas não ocorreram apenas aqui. Foram operadas também em muitos outros lugares do mundo, principalmente em alguns países da Europa Ocidental (tais como Portugal, França, Itália e Espanha), nos quais foram promovidas mudanças na disciplina jurídica de atividades habitualmente consideradas como serviços públicos.

Esse processo de alterações que se operou internacionalmente e que influenciou alterações normativas nacionais não é novidade no do direito administrativo. Conforme destaca Thiago Marrara (2014, p. 26), a globalização é uma tendência antiga nesse ramo do direito, sendo prova disso o fato de países da América Latina, Ásia, Oceania e outras partes do globo já terem sido intensamente influenciados pelas diretrizes dos modelos europeu-continental e anglo-americano no decorrer do século passado. Porém, é fato que o processo de globalização³ acentuou-se nas últimas décadas, em razão de inúmeros fatores. Dentre eles, é possível destacar, principalmente, os de ordem econômica, que consistem em pressões do mercado e de alguns países no sentido de propiciar uma maior circulação de bens, serviços e fatores de produção para fora das fronteiras de cada país, tornando mais forte o comércio internacional, com o intuito de aumentar as possibilidades de obterem vantagens econômicas. Também é possível destacar fatores de ordem cultural e de avanço tecnológico, que promoveram um intercâmbio de informações cada vez maior (abrangendo conhecimentos técnicos e científicos) e que facilitaram o ingresso de inovações estrangeiras (induzindo às alterações operadas no âmbito interno do país).

O entendimento básico que se disseminou pelo mundo no final do século XX e que, através da globalização apontada no parágrafo anterior, influenciou as alterações legislativas operadas em âmbito interno teve como principal premissa a crença no fato de que o setor privado e o mercado (através de princípios básicos como os da livre iniciativa e o da

Lei de Licitações, as leis criadoras das agências reguladoras, dentre outras, conforme destaca Thiago Marrara (2014a, p. 23), configurando momento, segundo o autor, de “revolução normativa”, em que teve início a fase “da renovação, da transformação de certos institutos, das reflexões e embates doutrinários sobre os rumos da ciência jus-administrativa e seus princípios”.

³ Sobre uma visão crítica a respeito desse processo de globalização, cf. Joseph Stiglitz (2002).

concorrência) são capazes de executar com maior eficiência atividades que tradicionalmente pertenceram ao Estado⁴.

As mencionadas alterações promoveram o ressurgimento do interesse pelo estudo dos serviços públicos, que configura um dos temas mais antigos e tradicionais de direito administrativo, principalmente no que diz respeito a questões referentes à nova sistemática de execução privada adotada no país. Esse exponencial aumento da participação privada trouxe a necessidade de um reexame de diversos assuntos ligados ao instituto.

Dentre eles, é possível destacar o fato de essas inovações terem sido, em sua ampla maioria, promovidas a partir de modelos importados de países com ordenamento jurídico e princípios constitucionais muitas vezes diversos dos existentes no Brasil. Surgiram então necessidades de compatibilizá-los com a ordem jurídica nacional, na qual continuam existindo inúmeros requisitos de ordem pública que incidem sobre a figura dos serviços públicos, tais como o fato de sua existência estar ligada aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, à concretização de direitos fundamentais e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁵.

A compatibilização desse regime jurídico de execução dos serviços, composto por inúmeros requisitos de ordem constitucionalmente públicos, passou, portanto, a ter que se conciliar com institutos próprios do direito privado e do mercado. Dentre eles, destaca-se a possibilidade de existência da concorrência, a possibilidade de escolha entre diferentes modelos de estruturação do valor final da tarifa a ser cobrada dos usuários pelos serviços frente aos custos com a sua execução, o lucro como objetivo a ser buscado pelas empresas etc.

⁴ Esse movimento, que possuía como lema apontar uma ineficiência natural do Estado na atuação em atividades que poderiam ser transferidas à iniciativa privada, que poderia executá-las com maior habilidade, competência, efetividade e qualidade, seguindo as características próprias do mercado privado, tais como a concorrência, a livre iniciativa e a busca pelo lucro, passou a ser denominado por muitos como “neoliberalista”. Posições mais radicalizadas, consideradas “neoliberais”, chegaram a defender uma verdadeira restrição à participação do Estado na economia e a absoluta liberdade de mercado. Sobre o assunto, cf. Lima (2015). Especificamente sobre as diversas inovações relacionadas ao direito administrativo, introduzidas após a Constituição Federal de 1988 em razão de influências externas, Di Pietro (2014, p. 27) aponta que se deram “sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema da *common law* e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a introdução de novidades no âmbito do direito administrativo”. A autora destaca ainda influências de princípios da ciência econômica (que levou à formação do “direito administrativo econômico”) e da ciência da administração (que representou retorno a uma fase já vivida anteriormente em que existiu confusão entre os institutos e princípios jurídicos específicos do direito com aspectos unicamente, vinculados à ciência da administração).

⁵ Os objetivos fundamentais, de acordo com o art. 3º da Constituição Federal de 1988, são: (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; (iv) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação). A vinculação a esses princípios bem como aos objetivos fundamentais expostos no art. 3º da CF/88, é apontada, por exemplo, por Grotti (2003, 256).

Até então, o monopólio figurava como a principal forma de execução de serviços públicos e os valores cobrados dos usuários eram em sua grande maioria pautados em decisões políticas. O lucro era uma questão incidental: apesar de poder estar presente na execução direta pelo Estado, não consistia no foco central de sua atuação, diferentemente do que ocorre na execução privada, que tem nele sua meta principal (pois a realização da atividade deve apresentar taxas de retorno atrativas ao particular para incentivar seu interesse em tomar o lugar do Estado na prestação do serviço).

A mudança brusca na principal forma de execução dos serviços públicos, que era a direta (e pautada em fatores quase sempre políticos) e passou a ser privada (necessitando agora ser pautada em fatores econômicos e financeiros) trouxe desafios específicos no tocante aos valores a serem cobrados dos usuários pela fruição desses serviços (que agora são executados em sua grande maioria por empresas privadas). Tais valores devem, por essa razão, garantir o cobrimento de todos os custos, gerar lucro e preservar o equilíbrio econômico-financeiro da relação, para que as empresas privadas possam desempenhar com eficiência o serviço (fator esse que, em muitos casos, justifica a transferência da prestação da atividade do Estado para as mesmas) e de forma compatibilizada com o regime público de prestação de serviços públicos no país (que objetiva, principalmente, um acesso amplo e igualitário de todos a esses serviços).

Esses desafios referem-se principalmente às questões da ordem da conformação do valor das tarifas (valores pagos pelos usuários e principal forma de custeio da remuneração do serviço na execução privada) com os princípios e objetivos fundamentais que a execução dos serviços públicos deve seguir (principalmente no que se refere à necessidade de poderem ser usufruídos pelo maior número possível de pessoas, de forma igualitária, de modo a se garantir a concretização de inúmeros direitos fundamentais previstos constitucionalmente), já que houve um maior distanciamento de razões meramente políticas na formação desses valores. É imperativo, portanto, que não ocorram dificuldades para que as pessoas possam arcar com o pagamento dessas tarifas, pois as atividades prestadas são presumidamente essenciais à vida digna.

As mudanças operadas no sentido da maior participação da execução privada podem propiciar (desde que mal empregadas, mal compatibilizadas com os requisitos legais ou ainda deliberadamente furtando-se ao cumprimento dos mesmos) um valor tarifário elevado e desproporcional ao custo da atividade executada, fazendo que muitas pessoas fiquem marginalizadas da possibilidade de usufruir das atividades, por não conseguirem pagar por

elas. Assim, embora os serviços públicos possam potencialmente ser executados com maior eficiência geral no setor privado e dentro de seu regime jurídico mais flexível, é imperioso que os usuários consigam arcar com o pagamento das tarifas. Em outras palavras, de nada adianta um serviço público eficiente, porém inacessível.

Para garantir que eficiência e acessibilidade ou universalidade andem juntas, existem no ordenamento jurídico brasileiro previsões normativas que auxiliam diretamente o administrador público na tarefa de compatibilizar os interesses econômicos do prestador privado com os interesses de acesso e as condições econômicas dos usuários dos serviços. Tais previsões normativas impedem que, ao se seguir a sistemática privada, os valores cobrados dos cidadãos não impeçam a consecução dos apontados objetivos constitucionalmente estabelecidos para os serviços públicos.

A Constituição Federal determina que os serviços públicos em uma concessão devam ser prestados de forma adequada. Reza o art. 175, em seu *caput*, que é “incumbência do Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Continuando, o parágrafo único, inc. IV, prescreve que a lei disporá sobre “a obrigação de manter serviço adequado”. Dessa forma, a Carta Magna deixou a cargo do legislador ordinário a incumbência da definição das características ou dos requisitos que devem ser observados para o serviço se tornar “adequado”. A Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95), ao disciplinar tal comando, elencou quais seriam esses requisitos, de modo que os mesmos se comportam como verdadeiros princípios que incidirão sobre o regime jurídico dos serviços públicos, o fazendo no em seu art. 6º § 1º. De acordo com esse dispositivo, o serviço será adequado quando for capaz de satisfazer “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

A delimitação do objeto de estudo e do objetivo geral da pesquisa (dentro desse amplo tema da execução privada de serviços públicos no país, da tarifa representando o veículo próprio de custeio em uma concessão e da necessidade de se continuar atendendo aos propósitos maiores estabelecidos à prestação dessas atividades), foi feita tendo como escolha a análise de um desses requisitos de adequação, qual seja, a modicidade das tarifas, com o intuito de entender seu conteúdo jurídico (no sentido de apontá-la como possível solução para a compatibilização referida anteriormente) e, a partir dessa verificação, compreender se é possível proceder a uma avaliação dos aspectos referentes ao regime remuneratório e à

política tarifária em uma concessão de serviços públicos que impactam sobre a mesma (bem como de que forma isso ocorre).

A delimitação específica em torno desse requisito de adequação baseia-se nas seguintes hipóteses: (i) a correta compreensão acerca do que venha a ser a modicidade tarifária, como requisito de adequação e princípio jurídico incidente sobre a prestação de serviços públicos, torna possível a adoção de condutas que tenham o condão de impactar de forma positiva na implementação da mesma; (ii) essas condutas podem ser referentes à observação adequada do regime remuneratório nas concessões de serviços públicos ou provenientes das melhores escolhas possíveis, dentre as várias opções disponibilizadas, de fatores relacionados à confecção da política tarifária, já que a devida observação do princípio e de todos esses aspectos devem ser materializados em cada caso específico em uma concessão e em todas as fases que a permeiam (desde os estudos técnicos prévios que apontam a concessão como a forma mais conveniente de prestação do serviço, passando pela fase de confecção do edital da licitação, lavratura do contrato com o particular e ao longo da fase de execução do mesmo).

As justificativas que dão suporte à análise de um estudo teórico mais amplo acerca da modicidade no direito brasileiro são várias. Dentre elas, destaca-se o fato de haver pouquíssimos estudos específicos sobre o assunto. Nota-se, com efeito, que a preocupação teórica das últimas décadas tem se dirigido mais à necessidade de tornar seguro e atrativo aos investidores privados um retorno satisfatório ao investimento de seus capitais no negócio da concessão, estabelecendo-se diversas garantias para a diminuição dos riscos de prejuízos e ampliação da segurança jurídica do negócio. Pouca atenção foi dada, no entanto, ao exame da modicidade das tarifas, que a princípio mostra-se como requisito de adequação que se vincula mais diretamente a interesses que supostamente seriam dos usuários dos serviços.

Outras justificativas são as constantes queixas ao longo do país com relação à impossibilidade ou dificuldade de acesso a inúmeros serviços públicos em razão do alto valor das tarifas ou quanto a certa falta de proporcionalidade entre os valores pagos pelos serviços e a qualidade/eficiência que os mesmos apresentam. Prova cabal disso foram as manifestações ocorridas por todo o país em junho de 2013, principalmente nas capitais dos Estados, que inicialmente surgiram para contestar os aumentos nas tarifas de transporte coletivo urbano (que é um tipo de serviço público normalmente prestado através do modelo concessório). Esse movimento realizado em forma de protesto também ficou conhecido como “manifestações

dos 20 centavos”⁶. Os desdobramentos desse levante popular tomaram rumos posteriores com objetivos diferentes, transformando-se em um grande movimento contra a corrupção nos setores públicos. Porém, seu início, conforme relatado, foi marcado por questões que envolveram o valor de tarifas de serviços públicos “privatizados”.

Importante ainda ressaltar, com relação à importância deste estudo, é que ele pode contribuir como referencial teórico para a área acadêmica, doutrinária ou para a prática profissional por aqueles que, de alguma forma, demonstrem interesse pela questão, podendo se tornar, também, material de apoio na avaliação e reformulação dos institutos jurídicos envolvidos e de decisões de âmbito político que criam políticas públicas no país, no sentido de se manterem em consonância com os objetivos constitucionais do Estado brasileiro, principalmente no que se refere aos propósitos de desenvolvimento nacional.

A busca pela maior parceria com o setor privado, como visto, deu-se com o intuito de que o mesmo poderia executar com maior eficiência, no lugar do Estado, a execução de inúmeras atividades, em prol de um dos objetivos fundamentais exposto constitucionalmente: o desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II da CF/88).

Sobre a busca pelo desenvolvimento, a Constituição Federal de 1988 traz inúmeros dispositivos. Refere-se ao tema em seu preâmbulo (ressaltando sua importância ao lado dos direitos individuais e sociais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, da igualdade e da justiça, adotados como valores para a constituição de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, com harmonia social e com a paz, interna e externa ao país). Faz menção também no art. 21, inc. IX, estabelecendo que o desenvolvimento a ser buscado tenha que se dar sob sua faceta econômica e social. Além desses dispositivos, muitos outros se referem à necessidade de desenvolvimento ligado a questões da educação e da saúde pública (art. 35, inc. III, art. 212, art. 214), de diminuição de desigualdades sociais regionais (art. 43), de desenvolvimento equilibrado como parâmetro inclusive para o setor privado (art. 174, § 1º), das funções sociais da cidade ligadas ao bem estar dos habitantes (art. 182), da cultura (art. 215, § 3º), da ciência (art. 218), dentre outros.

É possível afirmar, portanto, que a concepção adotada pela atual Constituição brasileira sobre desenvolvimento vai muito além do entendimento estreito que o vincula apenas a propósitos econômicos. Além disso, percebe-se que os serviços públicos apresentam uma grande importância com relação a essa acepção mais ampla de desenvolvimento, uma

⁶ A respeito das manifestações ocorridas no Brasil a partir de junho de 2013 e seus desdobramentos, cf. Judensnaider (2013).

vez que as atividades mencionadas no parágrafo anterior são materializadas através de tais serviços.

Nesse contexto, a delimitação do objeto de estudo da presente pesquisa tomou como fundamento também (além dos já apresentados) essa compreensão mais multifacetada de desenvolvimento, que não o reduz a questões meramente econômicas e financeiras (tais como os entendimentos que classicamente o vinculam apenas à necessidade, por exemplo, de elevação do Produto Interno Bruto de um país), mas a outros fenômenos, como os sociais, buscando raciocinar a respeito do papel dos institutos jurídicos aqui analisados, principalmente os que dependem de uma boa atuação da Administração Pública, em prol desse tipo de desenvolvimento. Para isso, é importante compreender ainda o caráter multidisciplinar e de interdependência entre os vários ramos do conhecimento científico, em que se tem a noção de que fatores jurídicos, econômicos e sociais implicam-se mutuamente e, em razão disso, devem ser sempre analisados de forma sistêmica para que possam ser adequados a fim de garantirem o máximo de efetividade em prol do desenvolvimento⁷.

Precedeu-se à execução da presente dissertação uma fase de pesquisa exploratória, que auxiliou na promoção da escolha e delimitação do objeto de estudo a ser tratado, bem como do método para a realização do mesmo.

Essa pesquisa exploratória inicial contribuiu para a opção de se abordar o conteúdo jurídico da modicidade tarifária a partir da análise de sua definição doutrinária, dentro das concessões comuns de serviços públicos da Lei nº 8.987/95. Em diversos momentos, no entanto, são feitas observações específicas com relação às parcerias público-privadas da Lei nº 11.079/04, porém sem o intuito de abordar a matéria de maneira exaustiva com relação a essa forma específica de outorga de serviços e obras ao setor privado. Todavia, os estudos realizados, as informações a seguir expostas, os diversos dados encontrados e as conclusões às quais se chegou servem também para as parcerias público-privadas no que forem compatíveis com esses e outros novos modelos de concessão de serviço público à iniciativa privada.

A fase preliminar de estudo mostrou também existir um vínculo importante entre o objeto de estudo e o programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), cuja área de concentração e linha de pesquisa são, respectivamente, “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito” e

⁷ Sobre as novas concepções sobre desenvolvimento, que vão além de aponta-lo unicamente com finalidades de crescimento econômico, cf. Amartya Sen (2010); sobre a importância de compreender o papel relevante dos institutos jurídicos com os propósitos de desenvolvimento, cf. Rodriguez (2009).

“Racionalidade Jurídica e Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito”, conforme indubitavelmente foi exposto ao longo da presente introdução e o será feito também no decorrer dos capítulos vindouros.

Com relação às técnicas que foram utilizadas para a realização do trabalho, lançou-se mão principalmente da pesquisa bibliográfica, tendo sido a mesma a principal ferramenta estratégica na execução da dissertação. Utilizou-se também de técnicas de investigação teórica – em especial a técnica conceitual, em que se demandou atitude investigativa no sentido de trabalhar, de forma basicamente dogmática e em nível conceitual, muitos dos institutos aqui versados.

A pesquisa adotou referencial teórico e problema lógico-conceitual para, a partir de então, estabelecer a construção de um arranjo lógico intrínseco e de exposição conceitual pertinente para o tratamento do problema e para a verificação das hipóteses levantadas. Utilizou-se também amplamente de técnicas de investigação normativa, focando-se no estudo normativo-jurídico da legislação brasileira atinente ao assunto (Constituição Federal e leis infraconstitucionais), analisando-as sob o prisma do “dever-ser”, sem prescindir dos comentários doutrinários pertinentes.

Ressalta-se que a análise se deu unicamente a partir da perspectiva do ordenamento jurídico nacional, pelo fato do assunto apresentar uma determinada particularidade em decorrência do arranjo jurídico nacional, além de comportar, até os dias atuais, um determinado ineditismo que de certa forma inviabiliza o estudo comparativo com ordenamentos jurídicos internacionais. Mesmo assim, em algumas passagens, são feitas referências a posições de autores estrangeiros sobre pontos específicos, pertinentes tanto aos objetivos principais quanto aos secundários.

Por ter se desenvolvido quase que exclusivamente no plano da investigação teórica, o trabalho utilizou, como material, fontes imediatas de pesquisa de interesse jurídico, tais como notícias publicadas em jornais, revistas e na *internet*, com as quais se procurou expor conjunturas políticas e esquemas de exercício de poder e suas relações com os assuntos abordados, principalmente no que se referiu às inovações operadas na ordem jurídico nacional nas últimas décadas. Fontes imediatas de cunho jurídico-formais de pesquisa também foram utilizadas, como já exposto, tais como os princípios gerais de direito, leis, doutrinas jurídicas, trabalhos de conclusão de curso, artigos científicos, dissertações, teses, jurisprudências etc.

A dissertação foi organizada em cinco capítulos da seguinte forma: após a presente introdução que configura o seu primeiro, no segundo procedeu-se à incursão da análise da figura do serviço público adequado e de seus demais requisitos de conformação, bem como se traçou um panorama geral acerca dos principais aspectos relativos ao instituto do serviço público, com vistas a oferecer uma contextualização sobre assuntos abordados ao longo do estudo, tais como sobre sua definição, características, princípios gerais aos quais se submetem e principalmente com relação às inovações legislativas ocorridas, que possibilitaram novas formas de execução de tais serviços e suscitaram, em razão disso, dúvidas relativas a uma possível crise pela qual estariam passando sua noção e existência como instituto jurídico no ordenamento pátrio. A análise acerca desses elementos configurou também importante premissa para a correta avaliação do papel do serviço público na concretização de direitos fundamentais, tarefa que foi realizada no último item do capítulo.

No terceiro capítulo, e de forma preliminar à verificação do conteúdo do princípio da modicidade tarifária, foram estabelecidos conceitos e parâmetros mínimos acerca de determinados fatores relacionados à forma como se opera a remuneração dos serviços públicos em uma concessão comum e à política tarifária que se cria e se adota neste tipo contratual. Tais elucidações prévias tornaram-se necessárias para, após a exposição da definição e do conteúdo jurídico da modicidade tarifária que se deu no capítulo seguinte, entender a forma como esses fatores possivelmente impactam a composição do valor tarifário. Para tanto, foram analisados os seguintes itens: competência para se confeccionar a política tarifária (bem como seu conteúdo e sua vinculação a políticas públicas); diferenças entre os regimes tarifários em situações de monopólio e concorrência; os critérios de escolha da proposta vencedora da licitação previstos na Lei Geral de Concessão; aspectos relacionados ao princípio da isonomia na política tarifária e sobre o acesso ao serviço público; gratuidade e a possibilidade de diferenciação de tarifas (especificamente sobre a capacidade contributiva dos usuários, sobre tarifas sociais e respectivos meios de contraprestação do *deficit* que geram); fórmulas utilizadas para a fixação do valor da tarifa (também conhecidas como modelos de estruturação tarifária); as receitas alternativas do art. 11 da Lei Geral de Concessões; o lucro nas concessões de serviços públicos; e, por fim, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

No quarto capítulo, após todos os esclarecimentos prévios e necessários apontados, passou-se à análise de como a doutrina define o conceito de modicidade tarifária para, posteriormente, apontar o conteúdo jurídico do princípio com o intuito de avaliar como se dão

possíveis impactos dos fatores expostos no capítulo terceiro sobre a modicidade das tarifas, na execução de serviços públicos através de concessões comuns. Com esse propósito, versou-se primeiramente sobre a previsão no ordenamento jurídico brasileiro da modicidade tarifária, para após apresentar as definições conceituais expostas pela doutrina, sistematizando-as com o intuito de apontar o conteúdo jurídico do princípio. Após, foram analisados especificamente os fatores referentes à remuneração e política tarifária nas concessões e seus possíveis impactos sobre a modicidade tarifária, tais como os critérios de escolha da proposta vencedora na licitação; os modelos de estruturação tarifária; as gratuidades e tarifas diferenciadas; a vinculação de receitas alternativas do art. 11 da Lei Geral de Concessões à modicidade; e a influência do lucro, do compartilhamento de ganhos econômicos e do prazo do contrato das concessões sobre a mesma.

No quinto e último capítulo, foram realizadas conclusões a respeito de determinados problemas secundários estabelecidos ao longo dos capítulos anteriores, bem como quanto à questão principal referente às hipóteses relacionadas ao problema central da pesquisa, que consiste em saber se a devida compreensão do conteúdo jurídico do princípio da modicidade tarifária realmente se vincula à tarefa de se aplicar corretamente fatores relacionados ao regime remuneratório e de se proceder a melhores escolhas dentre as disponibilizadas para confecção e aplicação de políticas tarifárias em uma concessão comum de serviços público, no sentido da melhor implementação da modicidade.

2 O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO

A modicidade tarifária é um dos requisitos de adequação do serviço público, ao lado da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia. Está prevista expressamente no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões), dispositivo esse que, por seu turno, foi editado para cumprir comando exposto no art. 175 da Constituição Federal, que determinou a criação de lei que dispusesse sobre os requisitos necessários à obrigação de se manter serviço adequado nas concessões de serviços públicos.

Para que seja possível a compreensão correta dos termos da modicidade tarifária como requisito de adequação e princípio jurídico que faz parte do regime jurídico específico dos serviços públicos no Brasil, é necessário previamente proceder à incursão na análise da figura do serviço público adequado e de seus demais requisitos de conformação, pelas razões que serão oportunamente esclarecidas no decorrer do presente capítulo.

Antes, porém, é pertinente traçar um panorama geral acerca dos principais aspectos relativos ao instituto do serviço público, com vistas a oferecer uma contextualização sobre assuntos que serão abordados ao longo deste estudo, tais como sobre seu conceito, características, princípios gerais aos quais se submetem e principalmente com relação às inovações legislativas ocorridas nas últimas décadas, que possibilitaram novas formas de executá-lo e suscitaram, em razão disso, dúvidas relativas a uma possível crise pela qual estariam passando sua noção e existência como instituto jurídico no ordenamento pátrio.

A análise acerca desses elementos configura também uma importante premissa para a correta avaliação do papel do serviço público na concretização de direitos fundamentais, tarefa que é realizada no último item do capítulo.

2.1 SERVIÇO PÚBLICO: DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

O conceito de serviço público foi e é objeto de vários trabalhos doutrinários e científicos, com escopo específico de esmiuçar todos os aspectos que ele envolve. Esse não será o objetivo do presente capítulo. Porém, noções propedêuticas são necessárias, a fim de, como já dito anteriormente, propiciar uma contextualização sobre assuntos imprescindíveis para a compreensão do objeto principal da pesquisa.

Ao longo do tempo, a noção de serviço público sofreu inúmeras transformações. Isso fez que a tarefa de defini-lo sempre fosse algo difícil. Essa dificuldade não é novidade, portanto, dos dias atuais. Diferenças de posicionamento dos mais diversos autores que escrevem sobre o assunto são reflexos dessas constantes transformações. Formas amplas ou mais restritivas são adotadas ao tratar seu conceito, não se chegando a um consenso rígido sobre o que configura o serviço público. Seguindo a mesma linha problemática e também refletindo essa confusão conceitual, o direito positivo brasileiro emprega o termo de variadas maneiras, apresentando, em alguns dispositivos, posições mais amplas sobre o que seria serviço público e, em outros, mais restritivas.

A França foi o berço de suas embrionárias noções e algumas eram tão amplas que abrangiam qualquer atividade realizada pelo Estado. Tais noções mais abrangentes advinham da Escola do Serviço Público, comandada Leon Duguit, e influenciaram diversos doutrinadores brasileiros, que costumam tratar como serviço público qualquer atividade desempenhada pelo Estado com o escopo de atender a interesses coletivos⁸. Duguit definia o conceito de serviço público da seguinte forma:

[...] toda atividade cuja execução deva ser regulada, assegurada e controlada pelos governantes, posto que indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e que é de tal natureza que

⁸ Segundo Aragão (2009b, p. 8-9), “Os serviços públicos constituem conceito que historicamente tende a uma amplitude bastante dilargada, oriunda da sua matriz francesa, que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal. Muito disso se deve ao caráter mítico que os serviços públicos adquiriram ao longo do tempo, como se a exclusão de alguma atividade estatal do seu conceito representasse uma *capitis diminutio*, uma desvalorização dessa atividade, lançando-a em um limbo jurídico”.

somente pode ser assegurada por meio da intervenção da própria força governante” (DUGUIT, 1911, p. 71, tradução nossa)⁹.

Como exemplo da forma ampla de se conceituar serviço público, é possível citar a posição da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 106-107), que o define da seguinte forma: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. Di Pietro ressalta que a noção sobre serviço público não se manteve estática no decurso do tempo, desde o seu surgimento na França. Chama a atenção para o fato de que a combinação dos elementos que lhe propiciam atualmente propor um conceito para o instituto, quais sejam, *subjetivo* (serviço prestado pelo Estado), *material* (com o objetivo de satisfação de necessidades coletivas) e *formal* (mediante regime de direito público diverso do privado) possuíam verdadeira validade à época do surgimento do serviço público, mas que, com o passar dos anos, ocorreram dissociações, que conduziram à necessidade de se repensar seus termos conceituais.

Uma dessas dissociações foi o afastamento do Estado dos princípios liberais, ampliando o ramo de suas atividades próprias (abrangendo atividades comerciais, industriais e sociais). Outra dissociação foi o fato do Estado perceber que, muitas vezes, não possuía organização suficiente para executar determinados serviços, passando a delegá-los a particulares¹⁰. Dessa forma, ao empregar o conceito, mesmo o fazendo de forma ampla, a autora não deixa de expor a importância de levar em conta essa evolução. Porém, de forma expressa, afirma que a forma que considera mais acertada para conceituá-lo (levando-se em conta a realidade normativa brasileira) é a ampla, com a ressalva de “distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção” (DI PIETRO, 2014, p. 107)¹¹.

⁹ Texto original: “toute activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu’il est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale et qu’il est de telle nature qu’il ne peut être assuré complètement que par l’intervention de la force gouvernante”.

¹⁰ Essas duas dissociações expostas por Di Pietro coincidem, respectivamente, num primeiro momento, com a fase em que o Estado, em meados do século XX, passou a intervir ou atuar como agente em campo próprio dos particulares exercendo atividades econômicas, através de autarquias ou empresas com natureza jurídica de direito privado (por ele mesmo criadas) e depois, num segundo momento, mais para o final do referido século, com a abertura dos setores públicos à participação da iniciativa privada, adotando-se, inclusive, instrumentos próprios da atividade econômica privada, como é o caso do regime de concorrência na execução de serviços públicos (CÂMARA, 2009, p. 14-15).

¹¹ Conceituando serviço público também de forma ampla, Hely Lopes Meirelles (2008, p. 333) caracteriza-o como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. Em que pese lançar mão de um conceito amplo, o faz de uma forma um pouco mais restrita, por fazer referência à

Em sentido restrito, serviço público insere-se dentro das atividades exercidas pela Administração Pública, porém distintas do poder de polícia do Estado. Ou seja, não se trata de atividades desempenhadas dentro do âmbito das atribuições dos Poderes Legislativos e Judiciário e, tampouco, daquelas exercidas pelo Estado para manter a ordem e proteger os direitos objetivos das pessoas (poder de polícia). Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 679) é um dos adeptos dessa acepção, e o define da seguinte forma:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Marçal Justen Filho (2014, p. 727) também corrobora dessa acepção restritiva. O autor explica que o serviço público é uma atividade pública administrativa que tem por finalidade satisfazer de forma concreta “necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante mecanismos da livre iniciativa privada”. O autor acrescenta ainda que, para configurar serviço público, tal atividade deve ser executada mediante o regime de direito público, ser qualificada em legislação e destinada a pessoas indeterminadas.

Em sua obra sobre serviços públicos, no capítulo que versa sobre as diversas formas de conceituá-lo, Alexandre Santos de Aragão (2008, p. 154-164) destaca quatro possíveis acepções: *amplíssima*, *ampla*, *restrita* e *restritíssima*. Segundo o autor, dentre elas, a acepção restrita é a mais operacional, pois contempla atividades (serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais) que possuem um mínimo satisfatório de pontos em comum (tais como o fato de serem sujeitos à legislação consumerista e gerarem direitos subjetivos individuais) capazes de justificar a sua inclusão no mesmo conceito. Após tecer tais considerações, Aragão afirma que se caracteriza como serviço público a atividade de prestação de “utilidades econômicas a indivíduos determinados”, atribuídas pela lei ou pela Constituição ao Estado, “com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas

“Administração” (e não ao Estado como um todo), excluindo, portanto, as atividades legislativa e jurisdicional. Porém, tal conceito, permanece amplo, por não reconhecer diferenças entre o poder de polícia e a figura do serviço público, abrangendo todas as atividades exercidas pela Administração Pública.

diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”¹².

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo “serviço público” é empregado ora em sua acepção ampla, ora em sua acepção restrita. Para ilustrar aqui tal fato, analisa-se o tratamento constitucional que é dado à matéria.

A expressão “serviço público” é empregada em sentido amplo no § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, dado que o *caput* do referido dispositivo alude a atividades exercidas por qualquer um dos três Poderes do Estado, e não apenas ao Executivo. Reza tal dispositivo, em seu *caput*, que a administração pública, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No referido § 6º, determina que “pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Sob a acepção restrita, pode ser citado como exemplo o emprego do termo no art. 175 da Constituição Federal (no qual existe a previsão constitucional da incumbência ao Poder Público da prestação de serviços públicos, de forma direta ou mediante concessão e permissão, estabelecendo também a necessidade de prévia licitação). Tal dispositivo encontra-se inserido no título da Constituição que regula a ordem econômica e financeira no país, dando a ideia, portanto, de haver essa única espécie de serviço público (os que possuem características econômicas)¹³.

Os desafios referentes ao estudo do serviço público não se restringem ao campo conceitual, nem tão pouco à forma como é tratado no ordenamento jurídico brasileiro: também se fazem presentes em sua caracterização. De fato, apontar os critérios que permitem a definição, com segurança, de quais atividades realizadas pelo Estado constituem prestação de serviço público é tarefa das mais árduas enfrentada pela maioria dos autores que se propõem a escrever sobre o tema.

¹² Percebe-se na conceituação de Aragão uma aproximação da forma como o direito europeu vem tratando o instituto, como se verá adiante no item referente à avaliação de suposta crise que envolve a noção de serviço público.

¹³ Aragão (2008, p. 156-157) sustenta que é mais provável que tenha ocorrido uma impropriedade do legislador constitucional tê-lo feito dessa forma, do que propriamente ter tido o intuito de abordar serviço público em sua forma restritíssima de conceituação. Segundo o autor, o fato deste artigo estar inserido na Ordem Econômica da Constituição Federal indica que se refere somente aos serviços públicos de natureza econômica. Isto, entretanto, não implicaria a inexistência de outras categorias de serviço público, como os de natureza social.

De acordo com a lição de Grotti, (2003, p. 87), a justificativa de tamanha dificuldade reside no fato de que, para qualificar uma determinada atividade como serviço público, há que se remeter “ao plano da concepção do Estado sobre seu papel”. Comporta-se como um verdadeiro plano político, “que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”. Mesmo quando se restringe a análise do tema ao âmbito do sistema jurídico de um único país, é perceptível a existência de diferentes posicionamentos de quem se debruça sobre a questão.

Não existe na doutrina discordância relevante quanto aos elementos necessários para a caracterização de uma determinada atividade como serviço público.

Segundo Bandeira de Mello (2010, p. 674-676), para determinada atividade estatal ser alçada ao patamar de serviço público, faz-se necessária a verificação da presença de dois elementos: o *substrato material* e o *substrato formal*. O primeiro diz respeito ao objeto/conteúdo da prestação pública, o qual consiste em utilidades ou comodidades materiais que de forma singular sejam desfrutadas pelos administrados, e “que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico”. Cita, como exemplo, a água, energia elétrica, gás, telefone, transporte coletivo etc. O segundo diz respeito ao regime jurídico dos serviços públicos, que devem se submeter ao regime de Direito Público, o qual possui uma gama própria de princípios e regras aplicáveis. O autor confere maior peso ao segundo elemento quando da caracterização de determinada atividade como serviço público, afirmando que “só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível singularmente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de Direito Público”, e, por sua vez, ao regime jurídico-administrativo.

Também nesse sentido, Odete Medauar (2011, p. 335-336) escreve que a caracterização de uma atividade como serviço público refere-se a uma escolha política e identifica dois elementos comuns às atividades qualificadas como tal. O primeiro consiste no vínculo orgânico com a Administração, que pode ser direto (quando a própria Administração presta a atividade e, nessa hipótese, há a presunção de que se trata de serviço público) ou indireto (a Administração não presta a atividade, mas exerce controle permanente sobre o executor do serviço público). O segundo elemento consiste na submissão dos serviços públicos, total ou parcialmente, ao regime jurídico de direito administrativo. A possibilidade de submissão parcial ao regime jurídico de direito administrativo implica a admissibilidade de

incidência de normas de direito privado na regulamentação da prestação dos serviços públicos.

Di Pietro (2014, p. 108-109), como exposto anteriormente, elenca três elementos necessários à caracterização de uma atividade como serviço público. O primeiro é o elemento *subjetivo*, segundo o qual o serviço público é sempre incumbência do Estado, que, por sua vez, é responsável por sua criação (mediante lei) e sua gestão (seja de forma direta ou indireta). O segundo é o elemento *formal*, que corresponde ao regime jurídico a que se submete o serviço público. Segundo a autora, para serviços não comerciais ou industriais, o regime será o de direito público, não se excluindo a possibilidade da utilização de institutos de direito privado em situações previstas em lei (tais como em contratos de locação, compra e venda etc.). Com relação a serviços comerciais e industriais, o “regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público”¹⁴. Por fim, o último elemento é o *material*, de acordo com o qual são considerados serviços públicos quaisquer atividades de interesse público.

Os mesmos elementos apontados por Di Pietro são elencados por Marçal Justen Filho (2014, p. 731-732). O autor destaca, entretanto, que o elemento material (consistente numa atividade de satisfação de necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial) possui maior relevância que os demais, que teriam meramente uma função de conferir identidade ao serviço público. Nesse sentido, afirma que a razão de ser para que um serviço seja considerado público é o vínculo que guarda com o escopo de satisfazer direitos fundamentais, e “não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público”, que seriam apenas consequências da existência de um serviço público¹⁵.

Do quanto exposto, nota-se que, embora haja certo consenso em relação aos elementos cuja verificação é indispensável à caracterização do serviço público, há, todavia, uma divergência com relação ao peso/significância desses elementos e ao seu conteúdo. Quanto ao primeiro ponto (peso/significância), percebe-se que há entendimentos que atribuem

¹⁴ Di Pietro (2014, p. 108-109) continua sua explicação sobre o elemento formal da seguinte forma: “Em regra, o pessoal se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos servidores públicos para determinados fins; os contratos com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os bens não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a responsabilidade, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política que a instituiu. Vale dizer, o regime jurídico, nesse caso, é híbrido, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas”.

¹⁵ Adiante, essa ideia, que vincula o conceito de serviço público à satisfação de direitos fundamentais, e que é conhecida como “noção funcional de serviço público”, será analisada com mais detalhes.

maior importância ao elemento formal, ao passo que outros priorizam o elemento material. Quanto ao segundo ponto (conteúdo), as divergências referem-se principalmente a duas questões: a primeira envolve o elemento formal, no sentido de ser necessária ou não incidência exclusiva de normas de direito público; a segunda diz respeito ao aspecto material, referindo-se ao fato das necessidades atendidas deverem ser essenciais ou não.

A razão de ser das referidas divergências de entendimentos pode ser encontrada nas transformações pelas quais a noção sobre serviço público passou ao longo do tempo. Atualmente, é quase pacífica a compreensão que aponta no sentido de que o conteúdo dos elementos caracterizadores do serviço público não permanece equivalente à forma como era concebido ao tempo da Escola do Serviço Público. Em suas origens, o elemento subjetivo impunha que somente o Estado poderia prestar serviço público; o elemento material impunha que o serviço público deveria se destinar à satisfação de necessidades coletivas; e o elemento formal impunha que o serviço público deveria se submeter ao direito público, exclusivamente (Di Pietro, 2014, p.105).

2.1.1 Transformações na noção de serviço público e a possível crise que envolve o instituto

Conforme destacado no item anterior, a noção a respeito dos serviços públicos, desde a sua origem na França até os dias atuais, passou por constantes transformações. Existem, no entanto, entendimentos que sustentam haver nos dias atuais uma verdadeira crise que indicaria o fim do instituto tal como é conhecido, por não ser mais compatível com as finalidades para as quais habitualmente se propôs.

A doutrina de direito administrativo aponta a existência de duas grandes crises envolvendo os serviços públicos, embora não descarte a ocorrência de outras. A primeira teria acontecido em meados do século passado, principalmente em virtude do aumento da intervenção do Estado na economia. Essa intervenção se deu de duas formas: (i) houve o aumento da intensidade de intervenção regulatória sobre as atividades econômicas privadas, caracterizando-as como também de interesse público; e (ii) passou a ocorrer o exercício direto

pelo Estado de várias atividades econômicas, comerciais e industriais, utilizando de instrumentos de direito privado, como as sociedades de economia mista e empresas públicas (ARAGÃO, 2009a, p. 427).

A segunda crise – que teve seu início por volta do início da década de 1980 – seria a que atualmente se tem falado. Teria ocorrido em decorrência da primeira, sendo motivada pelo aumento da iniciativa privada tanto na economia “com a devolução ao mercado [por parte do Estado] de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado” (ARAGÃO, 2008, p. 243-244) como na execução de atividades que sempre foram consideradas exclusivamente públicas. Essa maior participação do mercado privado não se deu de qualquer forma, sob a qualificação como uma atividade privada qualquer, pois os vínculos com os interesses públicos continuaram a existir, preservando-se, portanto, uma forte regulação por parte do Estado.

Para aqueles que tentam incluir na definição do conceito de serviço público as mudanças de titularidade do exercício das atividades que antes eram executadas diretamente pelo Estado, o instituto vive hoje uma verdadeira crise, que sustentaria o seu fim como instituto jurídico.

Aqueles que seguem essa linha de raciocínio entendem que o serviço público não é mais compatível com o direito administrativo contemporâneo. A ideia ganha importância quando é utilizado o argumento de que os países da América Latina e da Europa passaram a adotar, principalmente após a globalização, o modelo anglo-americano, no qual o Estado não é titular de inúmeras atividades que se prestam a atender interesses coletivos.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 143-144) afirma, após sustentar que a figura do serviço público é “mítica”, que existe um quarto critério referente aos elementos que o caracteriza (além dos tradicionais critérios subjetivo, material e formal). Esse critério “extra” seria o *teleológico* e estaria ligado à segurança jurídica que o Estado deve garantir durante sua prestação através da generalidade, continuidade e modicidade. Os serviços públicos possíveis no direito administrativo pertenceriam a diferentes categorias: (i) a primeira diz respeito aos serviços públicos “que apresentam superiores exigências de segurança, e deverão ser, por isso, integralmente planejados, executados e controlados pelo Poder Público”; e (ii) a segunda categoria toma como base a segurança jurídica e nela estariam os serviços “que apenas exigem acompanhamento, para detectar a eventual

irregularidade, que poderão ser planejados e executados pelo setor privado e apenas regulados pelo Estado”¹⁶.

O autor sugere, portanto, haver realmente uma crise da noção de serviço público, considerando desnecessária sua existência como figura própria. As atividades desempenhadas pelo Estado que são hoje caracterizadas como “serviços públicos” poderiam ser prestadas simplesmente mediante a garantia da presença da segurança nas relações jurídicas, quer sejam estas privadas ou públicas.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 217-218), ao comentar o assunto, vislumbra uma tendência de aproximação da antiga noção francesa de serviço público e as *public utilities* norte-americanas, “notadamente pela aproximação dos sistemas jurídicos da *common law* e do romano-germânico, naquilo que pode ser denominado de ‘globalização jurídica’”. O autor observa que “a doutrina tem destacado a nova noção de serviço público, adotada no âmbito da União Europeia, que representaria, em última análise, a aproximação entre o serviço público francês e as *public utilities* norte-americanas”. Ao fazer referência a “serviços universais” ou “serviços de interesse econômico geral”, o direito comunitário europeu estaria consagrando o “princípio da concorrência na prestação de serviços públicos e o princípio da concorrência na prestação de atividades econômicas de interesse geral, retirando a exclusividade do Estado”.

Em que pese a importância de tais entendimentos que sugerem a desnecessidade da figura do serviço público vinculada a propósitos maiores do Estado, bem como aos argumentos que sustentam que a iniciativa privada, de forma independente e seguindo seus princípios próprios (como os da livre iniciativa e os da concorrência), existem posicionamentos que entendem que o que acontece, na realidade, são apenas transformações naturais, que não deixam de dar substrato de existência para a manutenção dos serviços públicos no meio jurídico.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 1), o tema da crise e transformação da noção de serviço público insere-se no contexto da própria mudança que tem ocorrido nas últimas décadas na relação entre Estado e sociedade, no que se refere à “ampliação dos campos de atuação regulatória estatal e mesmo pela introdução de fortes

¹⁶ Moreira Neto (2000, p. 143-144) afirma ainda que em cada uma dessas categorias “estará caracterizado um serviço público no sentido proposto, que é o da atividade de algum modo assegurada pelo Estado, não importando em que etapa possa ou deva intervir com emprego da coerção, o modo com que o fará e com que intensidade, o que assimilaria em uma mesma categoria os serviços públicos tradicionais e os serviços de interesse geral, de recente conceito”.

instrumentos de atuação estatal sobre as regulações econômicas (afirmação do direito do consumidor e fortalecimento do direito da concorrência)”. Paralela a essa mudança na relação entre o Poder Público e o setor privado, a própria noção de serviço público sofre transformações em decorrência da privatização de empresas e ativos estatais e da quebra do monopólio da exploração dessas atividades.

O autor acredita que tem havido uma diminuição da intervenção estatal no domínio econômico, porém com aumento de regulação, pelo próprio Estado, nos campos em que se retira da exploração direta dessas atividades econômicas. O Estado deixa de prestar diretamente a atividade que antes prestava. No entanto, para compensar essa transferência ao setor privado, aumenta-se a regulação de tais serviços: “a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades” aliada ao “trespasse de sua exploração a particulares [...] antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública”. Com relação à transformação na noção de serviço público, Marques Neto chama a atenção para o fato de que com a progressiva transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada, houve a necessidade do aumento da regulação dessa prestação, que não deixou de se submeter ao regime público. Justificando, portanto, essa forte regulação, estariam, por exemplo, os princípios básicos do regime público que garantem a universalidade de tais serviços, pois o fato de ter ocorrido a transferência ao setor privado não fez com que perdessem sua forte relevância social (MARQUES NETO, 2005, p. 3-4).

Estaria em crise, portanto, uma concepção tradicional de serviço público, que o define apenas como uma parcela da atividade estatal que não possui características econômicas e que se confunde, no final das contas, com a própria função estatal¹⁷. Essa “desestatização” traz problematizações e novos desafios para a esfera jurídica, principalmente com relação ao incremento de regulação por parte do Estado desses serviços passados à iniciativa privada. A competição e a divisão de competências federativas são outros dois pontos de destaque que o autor aborda ao tratar da questão das transformações sofridas pelos serviços públicos.

¹⁷ Essa visão essencialista e absoluta, segundo o autor (MARQUES NETO, 2005, p. 10) “perde espaço para uma noção lastreada na ideia de que, malgrado tratar-se de uma atividade econômica (passível de exploração econômica, inclusive com vistas ao lucro), por força de sua relevância social, seja reservada à titularidade do poder público com vistas a i) restringir o acesso à sua exploração àqueles que dele recebam uma outorga ou licença específica e ii) exigir que a sua exploração esteja subordinada a um regime sujeito a maior incidência regulatória (mormente submetida ao regime de direito público)”.

Nesse sentido também se posiciona Irene Patrícia Nohara. De acordo com a autora, “é inadequada para o nosso sistema a pretensão de caracterizar a competência de jurisdição pela noção de serviço público”. A crise envolvendo a noção de serviço público viu-se acirrada quando ocorreu a percepção de que o conceito tradicional do instituto era inadequado para explicar “o rol de todas as atividades estatais” ou então o “regime jurídico de prestação, que, no caso de atividades de caráter comercial e industrial, passou a ser privado”. Era inadequado também para dar embasamento legal ao fato do sujeito prestador de forma direta não ser mais o Estado, que “passou a delegar a particulares a execução de serviços públicos”. (NOHARA, 2011, p. 442).

No entanto, segundo Nohara (2011, p. 442), a crise “não significou a quebra ou a falência do conceito, mas apenas a necessidade de evolução, para que o seu sentido e alcance fossem compatíveis com as modificações processadas nas atribuições do Estado”. A autora ainda alerta para o fato de que, no Brasil, o conceito de serviço público “nunca foi relevante para a configuração da jurisdição aplicada, porquanto desde 1891 há um sistema de jurisdição uma, onde o juiz tanto aplica direito privado com direito público”.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 110), a inspiração para hoje se falar em crise do serviço público no Brasil advém do direito comunitário europeu – que, por sua vez, sofreu influências do *common law*. Na União Europeia, a noção de serviço público como sendo instituto de exclusiva competência do Estado teria se tornado incompatível com os princípios gerais da ordem econômica, no que tange à liberdade de iniciativa e livre concorrência. De acordo com o item 2 do art. 90 do Tratado de Roma¹⁸ de 1957:

As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas às regras do presente Tratado, notadamente às regras de concorrência, contanto que a aplicação destas regras não prejudique o cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade¹⁹.

¹⁸ O Tratado de Roma é o nome dado, na realidade, a dois tratados: Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM). Foram assinados em 25 de março de 1957, em Roma, pelos seguintes países: Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo. Entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1958.

¹⁹ Texto original: “Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolo fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità”.

Fala-se, portanto, em serviços de interesse econômico geral, não sendo mencionado “serviço público”. Houve alterações até mesmo no próprio direito francês, no qual a expressão serviço público foi substituída por serviço de interesse econômico geral (para as atividades de natureza econômica, conservando-se o termo antigo para os serviços de natureza social). A mencionada alteração no termo, trazida pelo Tratado de Roma, incentivou uma série de privatizações e liberalizações de serviços públicos, diminuindo a prestação direta por parte do Estado em inúmeros países europeus (DI PIETRO, 2014, 110).

As consequências para tal mudança de postura do direito comunitário europeu residem no fato de ter passado a existir uma “mercadorização” dos serviços públicos, com a transformação dos usuários em verdadeiros consumidores e clientes. Nesse contexto, o serviço público passou a ser uma figura de mercado, em relação ao qual existe a possibilidade, inclusive, de escolha do prestador (concorrência). No entanto, conforme aponta Di Pietro (2014, p. 111), o Tratado de Amsterdã de 1997 abrandou um pouco essa situação, prevendo as figuras das obrigações de serviço universal e obrigações de serviço público, quando assim fossem necessárias para atenderem as necessidades coletivas.

O Brasil, por estar inserido no mundo globalizado, também sofreu todas essas influências no final do século XX. Dessa forma, o serviço público no ordenamento jurídico pátrio também foi objeto de alterações em decorrência do movimento de globalização, que trouxe novas ideias a respeito de uma possível melhor eficiência do setor privado, seguindo a lógica do mercado e de seus princípios básicos (como a livre iniciativa e a concorrência), na execução de atividades que tradicionalmente haviam sido prestadas pelo Estado.

No entanto, Di Pietro (2014, p. 111-112) conclui que essas alterações não são suficientes para configurar uma verdadeira ruptura conceitual, nem capazes de trazer novas bases jurídicas que justificariam o fim da figura do serviço público tal como é conhecido. Não existe no Brasil “a mesma justificativa para adotar-se a conclusão de que o conceito de serviço público entrou em crise, tendendo a desaparecer, já que o país não está vinculado a qualquer tratado que estipule medidas semelhantes às impostas à União Europeia”. A Constituição Federal de 1988 “continua a atribuir atividades ao poder público”. Tais atividades ainda possuem “caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21; e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175”. Seria muito difícil o Brasil seguir as orientações do Tratado de Roma sem a alteração da Constituição da forma como é feita pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Diante do que foi exposto, parecem acertadas as conclusões no sentido de que a atual crise envolvendo a noção de serviço público não indica o fim do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro. Há um aumento significativo do número de atividades delegadas a executores privados que, em nome do Poder Público, prestam-nas mediante um regime jurídico rígido, ao qual foram incorporadas diversas normas de caráter privado, como as referentes à concorrência. No entanto, tais serviços se apresentam extremamente regulados por parte do Estado.

Essa grande preocupação com a regulação da atividade desempenhada pela iniciativa privada na consecução de serviços que antes eram prestados pelo Estado mostra que continua existindo a defesa de interesses coletivos essenciais, e que, por conta disso, não podem ser livremente entregues à sistemática pura do mercado.

Num primeiro momento, quando os serviços públicos eram prestados exclusivamente pelo Poder Público, era pertinente aceitar que a natureza pública do órgão que os executava configurasse elemento obrigatório para compor o conceito do instituto. Se essa situação alterou-se, passando a existir a possibilidade de execução privada, a definição de serviço público também deve ser alterada, para que não haja incongruências com a nova conformação jurídica e fática que vem sendo empregada. Sobre isso, Câmara (2009, p. 15) afirma que:

[...] parece possível afirmar que não só no presente momento, mas nas já superadas crises imputadas ao conceito de serviço público, o problema residia e reside, fundamentalmente, na subsunção de uma nova realidade (econômica, social e política) às abstratas construções doutrinárias empregadas para explicar o conceito. Nos casos até então vislumbrados, apesar das mudanças, a noção de serviço público acaba por permanecer no sistema jurídico. A mudança no ordenamento jurídico exigiu apenas a adaptação de algumas lições doutrinárias construídas sob a influência de uma fenomenologia distinta.

Este fenômeno consiste em um processo normal no campo das ciências sociais, pois o objeto nas mesmas sofre metamorfoses de forma constante. Para entender melhor a questão, é importante analisar o significado de crise com relação a um determinado instituto jurídico. Ao tecer considerações sobre isso, Aragão (2008, p. 239), invocando lições de Jürgen Habermas, sugere que, diversamente dos sistemas biológicos (que têm seus limites bastante precisos), os sistemas sociais possuem limites complexos e variam seus elementos, para poderem se autossustentar e assim continuar existindo. Essas alterações podem implicar em

“aprendizagem e mudança” ou “dissolução e quebra”, e fica difícil, muitas vezes, saber se foi formado um novo sistema ou se o antigo apenas se reinventou com base em novos parâmetros²⁰.

Não há motivos, portanto, para se atribuir uma crise à noção jurídica formal de serviço público sempre que a realidade normativa ou fática se modificar (a não ser que implique em uma verdadeira ruptura constitucional em que se subtraia do Estado a titularidade vinculada ao caráter de interesse público de tais serviços). Necessita-se, por ora, procurar novos arranjos jurídicos para defini-lo, que possam representar com mais fidelidade a sua atual realidade no ordenamento jurídico.

Da forma como têm ocorrido, configuram transformações necessárias, que acompanham a evolução da sociedade e que mostram, algumas vezes não tão claramente, que a preocupação continua atinada ao bom atendimento das necessidades coletivas, que podem possuir ou não características para exploração econômica.

Para concluir, vale lembrar a citação de Aragão (2008, p. 264), na qual o autor expõe que “Nunca é demais lembrar que o serviço público já teve a sua ‘sentença de morte’ anunciada várias vezes, tendo chegado aos nossos dias mudado, mas ainda bem presente”.

2.1.2 As delegações de serviços públicos da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões)

Diante das inúmeras transformações ocorridas com os serviços públicos nas últimas décadas, a exclusividade estatal na sua prestação deixou de figurar, como verificado, fator necessário para caracterizar uma atividade como tal. Existem atualmente diversas maneiras de se prestar um serviço público. O mesmo pode ser prestado de forma direta pelo Estado ou de

²⁰ Ao abordar o conceito de crise na medicina e na dramaturgia, Habermas (1999 *apud* ARAGÃO, 2008, p. 239) trata também da noção de crise nas ciências sociais: “Os organismos biológicos têm limites espaciais e temporais bem precisos; seu patrimônio se define por valores de normalidade que oscilam apenas dentro de margens de tolerância determináveis empiricamente. Diversamente, os sistemas sociais podem se afirmar em um ambiente de extrema complexidade variando os seus elementos sistêmicos, seus padrões de normalidade, ou ambos ao mesmo tempo, a fim de alcançar um novo nível de auto-sustentação. Porém, quando um sistema se conserva variando tanto os seus limites, seu patrimônio, a sua identidade acaba se tornando imprecisa. Uma tal alteração do sistema pode ser concebida como aprendizagem e mudança, ou como processo de dissolução e quebra: não pode ser determinado com certeza se foi formado um novo sistema ou se apenas houve a regeneração do antigo.

forma indireta, transferindo a terceiros a sua execução. Não serão analisadas aqui todas essas possibilidades, por não fazerem parte do escopo do trabalho²¹.

Desponta, no entanto, como tendência marcante na atualidade, a parceria do Poder Público com os setores privados para a execução de serviços públicos, que objetiva maior eficiência na prestação de tais atividades, com melhor aproveitamento dos recursos econômicos, para gerar serviços com maior qualidade e menor custo. Essa transferência da execução de serviços públicos ao setor privado pode se dar por diferentes institutos jurídicos, sendo algum deles já antigos no ordenamento jurídico brasileiro e outros bastante recentes, possuindo a maior parte dos mesmos natureza contratual²².

A expressão “delegação de serviços públicos” normalmente é utilizada em termos amplos para abranger as diversas figuras através das quais se opera a transferência do Estado para terceiro do exercício da função estatal de prestação do serviço (JUSTEN FILHO, 2014, p. 757). Dentre as diversas formas de delegação de serviços públicos, a mais habitualmente utilizada é a concessão, que configura uma espécie de contrato administrativo e que, após a edição da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), passou a poder ser realizada em três modalidades: a concessão comum, a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A concessão encontra-se expressamente prevista no art. 175 da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços

²¹ Sobre as diferentes formas e meios de execução de serviços públicos no país, cf. José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 351-366);

²² O processo de parceria com o setor privado ganhou grande impulso no país com o Programa Nacional de Desestatização (PND) que consistiu em um amplo programa de desestatização de empresas, bens e serviços públicos, que teve início na década de 1990, com a Lei nº 8.031/90, sucedida pela Lei nº 9.491/97, tendo sido promovido pelo Governo Federal. O art. 1º da Lei nº 9.491/97 elencou os objetivos fundamentais do PND, destacando-se, entre eles, o do inc. I, no sentido de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. Com ele, não foram transferidas à iniciativa privada apenas empresas exploradas sob o regime de direito privado, tais como siderúrgicas ou petroquímicas, mas também serviços qualificados como públicos pela Constituição Federal ou leis infraconstitucionais, que por sua vez ganhou novo impulso com a edição da Lei nº 8.987/95. A partir de então, surgiu a possibilidade de afirmar que o processo de transferência de empresas, bens e serviços à iniciativa privada pode operar-se de modo substancial (opera-se realmente a desestatização, ou seja, o Estado deixa de possuir a titularidade) ou formal (ocorre a privatização apenas da gestão, porém o Estado continua sendo o titular – tendo sido o que ocorreu com os serviços públicos). Dessa forma, as desestatizações que se operam em nível infraconstitucional, quando versam sobre serviços públicos, não podem ocorrer com relação à sua titularidade, pois a transferência substancial é matéria do PND e não foi prevista na Lei nº 8.987/95. No entanto, a legislação ordinária é capaz de privatizar substancialmente empresas, bens e serviços não vinculados a serviços públicos. Foi isso que ocorreu no país, por exemplo, com os bancos, tendo o Estado se desfeito de controle societário, bens móveis e imóveis, carteira de clientes, funcionários, nome da instituição etc (MOREIRA, 2010, p. 21).

públicos”. Apesar de fazer menção ao instituto em outras passagens, como no art. 21, não existe uma formulação constitucional referente ao instituto.

Previamente à edição da Lei nº 8.987/95, coube à doutrina formular o conteúdo do instituto, ante a ausência de expressa definição constitucional. Restou tradicionalmente consolidado o entendimento de que concessão é a delegação contratual da execução do serviço (e não de sua titularidade, que permaneceria com a Administração), na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo e que o contrato de concessão submeter-se-ia ao regime de direito administrativo, tratando-se de ajuste bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae* (MEIRELLES, 2008, p. 390).

Posteriormente, com o advento da Lei nº 8.987/95, o legislador infraconstitucional trouxe a definição dessa modalidade de delegação de serviço público. Conforme o artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal, considera-se concessão de serviço público “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Por poder materializar-se de diferentes modos, a definição fornecida pela Lei Geral de Concessões não eliminou a variedade possível de conformações do contrato nos casos concretos, continuando a haver variações significativas quanto às suas regras e soluções referentes à responsabilidade do concessionário, extensão dos seus encargos, direitos dos usuários, formas de remuneração do serviço.

Essa enorme possibilidade de variações fez que o legislador criasse legalmente novos modelos de concessões, principalmente para aumentar a segurança jurídica com relação a práticas que já vinham sendo adotadas e que não constavam expressamente na Lei nº 8.987/95. Dessa forma, foi editada a Lei das Parcerias Público-Privadas em 2004. Com a criação legal das concessões das parcerias público-privadas, as concessões da Lei nº 8.987/95 passaram a ser chamadas de “comuns”.

Pelos motivos expostos na introdução do presente trabalho (delimitação do objeto de estudo), serão dispensados maiores esclarecimentos acerca das demais formas de concessões previstas no ordenamento jurídico. O foco será dado, portanto, nas concessões comuns da Lei nº 8.987/95. Não fica descartada, no entanto, a possibilidade das conclusões encontradas na

pesquisa poderem ser aplicadas às demais formas de prestação de serviços públicos previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tanto às diretas quanto às indiretas²³.

Sobre as concessões comuns, Marçal Justen Filho (2014, p. 759) explica que:

[...] é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.

Existem três possibilidades diferentes de concessões comuns ao setor privado previstas na Lei Geral de Concessões: de serviços, de obras e de serviços combinados com obras.

Configurando a hipótese mais comumente adotada, a concessão exclusiva de serviço público é aquela em que o objeto da delegação é unicamente a prestação do serviço, ou seja, o particular terá a obrigação de executar o fornecimento de determinadas atividades identificadas pela Constituição ou pela lei como serviço público. É o que ocorre, por exemplo, com a concessão de transporte coletivo, municipal ou interestadual, nas quais o concessionário assume o dever de prover as utilidades materiais para a locomoção das pessoas, consistindo tal atividade em um serviço público.

A segunda hipótese configura situação em que a realização da obra cria a satisfação da necessidade estatal. O setor privado edificará a obra que será utilizada pelos usuários, não havendo um serviço público a ser prestado após isso (podendo haver manutenções para a conservação da obra). Pode ser citada, como exemplo, a construção de rodovias. De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 317), o legislador, através da Lei Geral de Concessões, ampliou as possibilidades de concessões, permitindo que o concessionário possa se remunerar apenas com a exploração da realização de obras, mesmo sem a execução de um serviço público.

Na terceira hipótese, a concessão do serviço público depende da realização de uma obra prévia. É o caso, por exemplo, da concessão de serviços de distribuição de energia elétrica que necessitam previamente da construção de hidrelétrica que aproveite o potencial elétrico de um rio, para posteriormente disponibilizar o serviço de distribuição aos usuários.

²³ Com relação às diferentes modalidades concessórias, para maiores detalhes cf. Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 261).

Ao final do término do prazo do contrato de concessão, a obra é revertida ao patrimônio público e normalmente se procede a uma nova licitação para concessão do serviço.

Importante ressaltar que com a concessão ocorre também a imposição ao ente privado de determinadas normas do regime público, como é o caso da responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, pois, mesmo não fazendo parte do setor estatal, o empresário passará a exercer atividade considerada pública. De acordo com tal dispositivo, tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as de direito privado prestadoras de serviços públicos devem responder por eventuais danos que seus agentes causem a terceiros, sendo garantido o direito de regresso contra os responsáveis nos casos de dolo ou culpa.

2.1.3 Os princípios gerais referentes aos serviços públicos

Antes de iniciar a análise dos princípios²⁴ específicos referentes à figura do serviço público adequado, é pertinente fazer uma abordagem dos princípios gerais que fazem parte do regime jurídico dos serviços públicos, executados diretamente pelo Estado ou através de concessões.

Os serviços públicos, sejam os prestados diretamente pelo Estado ou por executores privados, submetem-se a um regime jurídico próprio. Tal regime “sedimenta-se a partir de um conjunto de princípios e regras que lhe dão identidade e que, congregados, dão-lhe especificidade e singularidade” (GROTTI, 2003, p. 255). A doutrina destaca a existência de princípios gerais dos serviços públicos que são inerentes a este regime jurídico peculiar e que impõem direitos e deveres diferenciados dos demais institutos, impregnando a Administração Pública com prerrogativas extraordinárias²⁵.

²⁴ Nesse ponto, importante esclarecer que os requisitos de adequação do serviço público elencados no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95, ou seja, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas são tratados pela doutrina, como se verá mais adiante, como verdadeiros princípios jurídicos. Ao longo do presente estudo, por serem ao mesmo tempo requisitos e princípios, ambas as expressões serão utilizadas.

²⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se referir à importância dos princípios no Direito Administrativo, faz uma analogia com o mundo físico, explicando que “o sistema planetário se rege por leis ou princípios da mais ampla generalidade, como a lei da gravitação dos corpos. Outras leis, mais específicas e particularizadas, mas sempre em conexão com as anteriores, explicam diversas espécies de fenômenos que se articulam em um

Nesse sentido, Louis Rolland (discípulo de Duguit e também representante da Escola do Serviço Público) ensinava, no começo do século XX, que existem quatro importantes características ou princípios comuns a todo serviço público: (i) o fato de corresponderem “a uma obrigação imposta aos governos de prover o bem comum”; (ii) devido à sua grande importância para a população, serem “empreendimentos regulares e contínuos”; (iii) poderem ser suas regras de organização e funcionamento “modificadas a qualquer momento pela autoridade competente”; e (iv) o fato de todos os particulares serem iguais perante todos os serviços públicos. Essa lição ficou conhecida como as quatro “Leis de Rolland”: vínculo estatal, continuidade, adaptabilidade e igualdade²⁶.

Em que pese existir no campo doutrinário e acadêmico discordância quanto ao número, nomenclatura, conteúdo e valor jurídico dos princípios referentes ao regime jurídico dos serviços públicos – e como aponta Grotti (2003, p. 256), divergência essa que ocorre muitas vezes apenas por discordâncias terminológicas ou pelo fato de serem fundado ou desdobrado pelos autores os mesmos preceitos – embora antiga a lição de Rolland, as características por ele apontadas configuram a base para que sejam estabelecidos os princípios que a doutrina elenca como os gerais para os serviços públicos.

Di Pietro (2014, p. 112) é uma das autoras que segue as lições francesas e enumera como princípios cernes do regime jurídico geral dos serviços públicos os seguintes: (i) continuidade; (ii) mutabilidade do regime jurídico; e (iii) igualdade dos usuários²⁷.

O princípio da continuidade tem aplicação especial nos contratos administrativos e no exercício da função pública²⁸ e tem como decorrência o fato de o serviço público não

complexo. Também ante o Direito, em geral, e no Direito Administrativo em particular, se reconhece situação análoga. Algumas noções ou princípios são categoriais em relação a outros, de significado mais restrito, porque abrangentes de alguns institutos apenas. Estes, a seu turno, desempenham função categorial relativamente a outros mais particularizados que os anteriores. Assim se processa uma cadeia descendente de princípios e categorias até os níveis mais específicos. Alguns alicerçam todo o sistema; outros, destes derivados, dizem respeito ora a uns ora a outros institutos, interligando-se todos, não só em plano vertical, como horizontal, formando uma unidade, um complexo lógico, a que chamamos *regime*” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 89-90, grifo do autor).

²⁶ Segundo Egon Bockmann Moreira, a assimilação das “Leis de Rolland” tem que ser feita de forma contextualizada, pois quando Rolland as descreveu, referia-se a “todo o direito administrativo e da integralidade das atividades da Administração francesa de então”, ou seja, não sobre o que o direito positivo brasileiro considera “serviço público” e muito menos ainda “sobre a complexa perspectiva da complexa relação jurídica concessionária vivida nos dias de hoje” (MOREIRA, 2010, p. 243-244).

²⁷ A característica do “vínculo estatal” é abordada por Di Pietro quando conceitua serviço público. Afirma que serviço público, como já abordado anteriormente, é atribuição da lei ao Estado de toda atividade material para que seja exercida “diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público”. Percebe-se, portanto, a necessidade do serviço ser atribuído por lei ao Poder Público (DI PIETRO, 2014, p. 105-106).

²⁸ Di Pietro salienta que o princípio da continuidade, com relação aos contratos administrativos, traz as seguintes consequências: “1. a imposição de prazos rigorosos a o contraente; 2. a aplicação da teoria da imprevisão, para

poder parar (DI PIETRO, 2014, p. 113-114). Se a necessidade social que concede respaldo à necessidade de existência de um serviço público é relevante, logo ele não poderá ser interrompido. Segundo Antonio Martínez Marín (1990, p. 27), “o grau de interrupção ou irregularidade não só nos revela o maior ou menor cumprimento do regime regulamentar do serviço, mas sim a medida em que essa necessidade pública ou interesse geral são satisfeitos”. Esse princípio será analisado em detalhes mais adiante, pois configura um requisito específico de adequação elencado na Lei Geral de Concessões.

Com o propósito de assegurar a melhor prestação possível, o regime jurídico especial dos serviços públicos traz a mutabilidade como dever estatal. Segundo Di Pietro (2014, p. 113) “O princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo”. Isso traz como consequência o fato de que servidores públicos, usuários dos serviços ou os contratados pela Administração não possuam um direito adquirido com relação “à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público”.

A premissa da mutabilidade é, portanto, indissociável da ideia de serviço público, pois as necessidades sociais estão em constante transformação. Além de ser um dever estatal, com o intuito de assegurar a melhor prestação possível do serviço, sinaliza no sentido de não haver direito adquirido dos prestadores ou dos usuários à manutenção de determinadas condições que se façam necessárias serem alteradas ou excluídas (MOREIRA, 2010, p. 244).

A igualdade dos usuários (quarta lei de Rolland aqui mencionada) é consequência da aplicação do princípio da igualdade no regime de prestação dos serviços públicos. O princípio da igualdade (também conhecido como princípio da isonomia) aplica-se, de forma geral, a diversos institutos do direito administrativo, e assim não o poderia deixar de ser com relação aos serviços públicos. Com relação específica a esses últimos, de acordo com os ditames do

recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço; 3. a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração (hoje abrandada, conforme demonstrado no item 8.6. 7.8); 4. o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço”. Com relação à sua aplicação ao exercício da função pública, Di Pietro ensina que “1. as normas que exigem a permanência do servidor em serviço, quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei; 2. os institutos da substituição, suplência e delegação; 3. a proibição do direito de greve, hoje bastante afetada, não só no Brasil, como também em outros países, como a França, por exemplo. Lá se estabeleceram determinadas regras que procuram conciliar o direito de greve com as necessidades do serviço público; proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início” (DI PIETRO, 2014, p. 113).

mesmo, uma vez satisfeitas as condições legais, o usuário fará jus à prestação do serviço, sem distinções pessoais (igualdade formal). Há ainda outro aspecto do princípio, que é o da igualdade material, mediante o qual a lei deve prever a possibilidade de serem criadas situações de prestação de serviços de forma diferenciada para determinados grupos de usuários que apresentem características específicas que justificam essa exceção no tratamento. Como exemplo, podem ser citadas as gratuidades e tarifas socialmente diferenciadas para grupos de usuários de comprovada hipossuficiência econômica. Um exemplo de atendimento a tal princípio sob sua faceta material é permitir “isenção de tarifa para idosos ou tarifas reduzidas para os usuários de menor poder aquisitivo” (DI PIETRO, 2014, p. 113)²⁹.

Esses princípios expostos constituiriam, portanto, os que de alguma maneira poderiam ser aplicados a todos os serviços públicos. Porém, conforme destaca Grotti (2003, 256), existe uma variedade enorme de serviços públicos que são de titularidade do Estado e, por essa razão, não há “uma totalidade normativa aplicável a todos eles”³⁰. O que existe, segundo a autora, são “pontos comuns” entre as várias espécies de serviços públicos, que consistem em “princípios fundamentais que se aplicariam sem distinção de seu modo de exercício, que lhes conferem prerrogativas e restrições especiais em relação aos particulares”, não impedindo, no entanto, que os serviços sejam regidos por regras e princípios específicos seguindo as peculiaridades de cada caso, objetivando o alcance de seus objetivos. Sobre esses princípios fundamentais que se aplicam indistintamente a qualquer serviço público, a autora expõe que:

[...] acham-se consagrados no direito positivo de cada sociedade sob várias formulações normativas e visam a assegurar a qualidade do serviço e oferecer garantias aos usuários. Relacionam-se com os fins do Estado e com os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/88), igualdade (art. 5º, *caput*), bem como, com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a importância de se estudar os princípios básicos que se aplicam aos serviços públicos consiste em entender a quais objetivos fundamentais os mesmos se encontram vinculados no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não exista uma “totalidade normativa”, conforme aludido por Grotti, é importante o reconhecimento desse cerne comum

²⁹ Para um aprofundamento sobre o princípio da igualdade, cf. Taborda (2015, p. 241-269).

³⁰ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld (2000b, p. 32-34).

a todos eles, que consiste na busca continua pela qualidade do serviço e satisfação dos usuários, norteadas por princípios maiores previstos constitucionalmente, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

A partir dessa concepção a respeito dos princípios gerais aplicáveis ao regime dos serviços públicos, é possível afirmar que existe um estreito vínculo entre os propósitos fundamentais a que se prestam tais princípios e a figura do serviço público adequado, prevista no art. 175 da Constituição Federal, sobre a qual se passa a tratar no item seguinte.

2.2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA FIGURA DO “SERVIÇO ADEQUADO” E OS REQUISITOS ELENCADOS NA LEI GERAL DE CONCESSÕES

Por força do inc. IV do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal de 1988, a prestação dos serviços públicos no Brasil deve ocorrer de forma adequada. Reza tal dispositivo, em seu *caput*, que é “incumbência do Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Continuando, no parágrafo único, inc. IV, prescreve que a lei disporá sobre “a obrigação de manter serviço adequado”. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 deixa a cargo do legislador ordinário a incumbência da definição das características ou requisitos que o serviço necessita apresentar para ser “adequado”.

O referido dispositivo constitucional estimulou a edição do parágrafo 1º do art. 6º da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões). De acordo com tal lei, o serviço será adequado quando for capaz de satisfazer “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Uma questão que merece destaque é que os princípios trazidos pela Lei Geral de Concessões não são exclusivos das categorias dos serviços públicos concedidos. A referida lei traz previsão genérica e aberta, que atende inclusive a serviços prestados diretamente pelo Poder Público. Moreira (2010, p. 243) elucida que tais princípios enumerados no art. 6º da Lei 8.987/1995 não são exclusivos dos “serviços concedidos, mas sim do gênero serviço

público”³¹. Nesse sentido também se posiciona Justen Filho (2003, p. 300), ao afirmar que o termo “adequado”, consagrado no art. 6º da Lei 8.987/95, pode ser expandido para indicar atributo essencial que se exige de qualquer serviço público, prestados diretamente ou através de concessão pelo Estado. Grotti (2003, p. 258) também afirma que as exigências mínimas estabelecidas para adequação do serviço nas concessões e permissões “devem prevalecer na prestação de serviços efetuados diretamente pelo Poder Público”.

Além disso, os requisitos estabelecidos na Lei Geral de Concessões se comportam como verdadeiros princípios que nortearão todas as partes envolvidas na prestação do serviço, seja diretamente ou através da concessão (poder concedente, concessionário e, inclusive, usuários). De acordo com Grotti (2003, p. 258), esses requisitos são “princípios gerais operativos”. Nesse sentido também se posiciona Moreira (2010, p. 242), que sustenta que a Lei nº 8.987/95 “merece ser compreendida como sistema aberto de princípios e regras, com intensa capacidade de aprendizagem. Não somente regras, nem tampouco apenas princípios – e todos na condição de normas”. Dessa forma, além de se comportarem como princípios, a lei os traz de forma exemplificativa, como exigência mínima para que um serviço público concedido seja considerado adequado, conforme previsão constitucional.

Além da previsão expressa na Lei de Concessões, existem outras referências na legislação infraconstitucional à adequação do serviço público, e algumas delas são anteriores a 1995, como é o caso da lei paulista (Lei nº 7.835/92 alterada pela Lei nº 9.056/94) que já prescrevia que serviço adequado, no âmbito das concessões e permissões, “é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança”.

Nesse sentido, o Código Brasileiro do Consumidor (Lei nº 8.078/90) também previu alguns princípios quanto à prestação adequada dos serviços públicos. Em seu artigo 6º, inc. X, disciplina que são direitos básicos do consumidor a “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. No caput do art. 22, prescreveu que o Poder Público, diretamente ou através de “suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

³¹ Nesse sentido também se posiciona Justen Filho (2003, p. 300), ao afirmar que a expressão “adequado”, consagrada no art. 6º da Lei 8.987/95, pode ser expandida para indicar atributo essencial que se exige de qualquer serviço público, prestados diretamente ou através de concessão pelo Estado. Grotti (2003, p. 258) também afirma que as exigências mínimas estabelecidas para adequação do serviço nas concessões e permissões “devem prevalecer na prestação de serviços efetuadas diretamente pelo Poder Público”.

Além disso, a adequação dos serviços públicos, exigida constitucionalmente, mesmo antes da edição da Lei Geral das Concessões em 1995, que a disciplinou expressamente elencando seus requisitos, já vinha sendo tratada em outros diplomas legais. Tais requisitos comportam-se no meio jurídico como verdadeiros princípios, cuja incidência se dá não apenas nas concessões, mas sobre qualquer forma de prestação de serviços públicos.

Após essas considerações, passa-se ao estudo mais detalhado da figura do serviço público adequado dentro das concessões de serviços públicos.

2.2.1 Serviço adequado como o fim almejado na concessão

A fonte original ou primária em que se encontra a expressão “serviço adequado”, portanto, é a Constituição Federal (art. 175, parágrafo único, inciso I). O *caput* e o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995 são, por sua vez, específicos. Assim, “toda e qualquer concessão ou permissão tem como ponto de partida a adequação do serviço em sua prestação aos usuários – este é o pressuposto”. Ou seja, uma concessão só deve existir se ocorrer a prestação de serviço adequado aos usuários. Todas as atividades devem ser desenvolvidas para que seja atingido esse objetivo, que por sua vez “funcionaliza” a concessão. Esse objetivo a ser perquirido pelo agente público, “contido na relação administrativa que se estabelece ao início da licitação e na futura relação concessionária, é o atendimento ao interesse público, tal como previsto na Constituição, na Lei Geral de Concessões e no regime estatutário do serviço” (MOREIRA, 2010, p. 245).

A prestação do serviço adequado deve nortear todo o processo licitatório, desde os estudos técnicos que apontam o modelo concessório como a melhor forma para prestar o serviço até o futuro contrato de concessão. A análise de adequação do serviço (de acordo com a Constituição Federal, Lei Geral das Concessões, estatutos setoriais e regulamentos) deve ser feita em todas as etapas que envolverão a transferência da execução do serviço ao ente privado, tanto nas prévias – debates sobre o mérito do projeto e exigências do edital, por exemplo – como nas posteriores – já na fase de confecção e execução do contrato de concessão.

Regulamentando, portanto, a previsão constitucional, o parágrafo 1º do art. 6º da Lei de Concessões traz a definição legal do que seria um serviço adequado. Justen Filho (2003, p. 302-303) acredita tratar-se de um conceito indeterminado³², onde existe ausência de regulação jurídica exaustiva por parte do legislador. Diante da impossibilidade de se vislumbrar de antemão todas as situações do caso prático e assim incorporá-las na lei, segundo o autor, o legislador trouxe princípios norteadores básicos a orientar a aplicação da norma. Dessa forma, “o aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que *melhor lhe pareça* e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados”³³.

A Lei Geral de Concessões trouxe dispositivo, então, que regulamenta a norma constitucional, que, por sua vez, previu a figura do serviço público adequado. Fez isso de forma indeterminada ou exemplificativa, estabelecendo os requisitos mínimos para que um serviço seja considerado adequado. Esta análise, devido à grande variedade de serviços, dependerá de cada caso em concreto. Como os tipos de serviços públicos são muito variados, a lei deixou de descrever exaustivamente o que seria uma prestação adequada ou não. Essa análise deverá ser feita pelo agente público através de ato administrativo discricionário levando-se em conta situação em concreto. Por fim, a adequação se conformará levando-se em conta o regime setorial e o contrato de concessão.

Isso porque não há dois contratos de concessão iguais. Moreira (2010, p. 250) chama a atenção para a “conclusão de que a configuração do ‘serviço adequado’ dá-se caso a caso, nos termos do respectivo regime estatutário, edital, proposta e contrato”. Ao tratar do assunto, busca o significado da palavra adequar, que “significa acomodar algo frente a um conjunto de dados; compatibilizar dois ou mais elementos entre si; tornar algo conforme a outra coisa”. Dessa forma, um serviço adequado “é aquele bem prestado – não o ‘serviço perfeito’. Ele

³² Sobre o assunto, Justen Filho (2003, p. 303) ainda afirma que, “a aplicação dos conceitos indeterminados exterioriza-se em três aspectos diversos”. O primeiro deles diz respeito ao fato de permitir “reconhecer-se um núcleo conceitual de certeza positiva”. O segundo refere-se a “regiões de certeza negativa”. O terceiro a “zonas de penumbra ou incerteza”. O conceito indeterminado apresenta, dessa forma, “um significado mínimo inquestionável”. É nesse significado mínimo em que se encontram as situações nas quais o conceito é empregado ou não. Além disso, a incerteza gerada quando há dúvidas quanto à presença desse mínimo não contamina a aplicação no que se refere à área de certeza (JUSTEN FILHO, 2003, p. 303). Também, sobre conceitos jurídicos indeterminados, cf. Grotti (2000, p. 103-104);

³³ Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 796) também apresenta entendimento de que o termo “serviço público adequado” é um conceito jurídico indeterminado. Para ele, os serviços prestados pelo concessionário devem ser adequados e tal “adequação do serviço é um conceito jurídico indeterminado relativamente densificado pelo art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95 como sendo aquele que atende às condições de eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade”.

deverá ser executado em conformidade com as exigências fixadas na lei de regência, no edital, na proposta e no contrato”.

Na mesma linha de raciocínio, encontra-se o posicionamento de Letícia Guimarães, para quem a existência de serviço adequado depende da compatibilização e ponderação dos requisitos previstos em lei. Exemplo disso é um possível conflito entre o requisito da atualidade e o da modicidade das tarifas. Investir numa constante melhoria e expansão do serviço, com aplicação de técnicas, instalações e equipamentos modernos, pode comprometer a modicidade das tarifas e resultar num aumento desvantajoso do preço que se paga por elas (GUIMARÃES, 2007, p. 37). A adequação deve ser, portanto, constante e arduamente buscada.

De acordo com Justen Filho (2003, p. 301), o ato administrativo editado pelo poder concedente (e que preferencialmente deve ser autônomo com relação ao edital), deve disciplinar “as condições de prestação do serviço e o regime jurídico infralegal ao qual se subordinará”. Esse regulamento anterior não precisa ter cunho exaustivo (por exemplo, não precisa discriminar o valor da tarifa, mas deve descrever as condições para a fixação da mesma na futura licitação). E tudo isso deve ser orientado, como foi exposto no parágrafo anterior, a garantir a prestação de serviço público adequado.

A análise de adequação também depende de fatores de tempo e espaço. Uma prestação de serviço considerada adequada há dez anos, por exemplo, muito provavelmente não o será hoje. Moreira (2010, p. 252-253) cita uma situação clássica para explicar o assunto: “Um serviço de telefonia concebido no alvorecer das comunicações digitais teve configuração diversa daquela que se dá nos dias de hoje: então, muito adequada; hoje, certamente inútil”. Da mesma forma, um serviço aplicado no interior pode não apresentar as mesmas características de adequação para ser exercido numa cidade grande. Essa verificação pode se dar tanto no que se refere ao “seu arranjo interno (custos referentes à área urbana; competição, violência etc.)”, bem como “na comparação com a demanda de serviços (custos referentes à distância da área rural; ausência de infraestrutura; escassez de usuários; baixa capacidade econômica destes etc.)”.

2.2.2 Os destinatários da regra do art. 6º da Lei Geral de Concessões

A regra contida no art. 6º da Lei Geral de Concessões possui três destinatários principais: Estado, concessionárias e usuários.

O Poder Público é o primeiro destinatário. A ele incumbe estruturar a concessão de forma a garantir os resultados almejados. Assim, todo o projeto concessionário, em todas as suas etapas, fase licitatória, bem como durante a confecção do contrato e fiscalização da execução do mesmo, deve ser feito tendo como meta a efetiva prestação de serviço público adequado, sendo necessária a realização de amplo estudo técnico prévio que aponte o melhor modelo concessório a ser adotado. Em estudo realizado sobre uma análise crítica dos modelos de concessão de rodovias adotados no país, Gasiola e Marrara (2015, p. 156, grifo nosso) explicam que:

Para que um programa de concessão de rodovias seja bem-sucedido – aliás, *para que qualquer concessão o seja* – mostra-se imprescindível que o ente regulador [poder concedente ou respectiva agência reguladora] se dedique ao planejamento de modo sério e aprofundado, que leve em conta o impacto da outorga, que se garanta e se valorize a participação social e, igualmente, que se construa um modelo capaz de promover a segurança jurídica do concessionário no intuito de imprimir maior atratividade ao modelo de parceria com o mercado.

O segundo destinatário é o concessionário, a quem incumbe desempenhar todas as atividades necessárias para prestar um serviço público de acordo com o modelo legal. Seu dever de prestar o serviço público adequado acontece tanto perante o Estado, quanto perante os usuários.

Por fim, o terceiro destinatário da regra são os usuários. Para eles, o serviço adequado é tanto um direito, quanto uma regra a ser observada. Segundo Justen Filho (2003, p. 302), “ao estabelecer as condições em que o serviço se desenvolverá, produz-se uma espécie de limitação indireta aos poderes dos particulares usuários”, ficando imposto a eles “o dever de fruição das utilidades de modo a permitir a manutenção de um serviço adequado”.

Dirigindo-se, portanto, às três principais partes envolvidas na concessão, a prestação de serviço público adequado não pode ser utilizada para atender a interesses meramente

personais de nenhuma delas. Ou seja, não pode ser utilizada a beneficiar a máquina administrativa ou ao interesse econômico das empresas concessionárias. Não pode ainda ocorrer com vistas a satisfazer interesses de um usuário específico. Isso porque o regime jurídico de direito público continua como pano de fundo da prestação do serviço público através das concessões: tal serviço foi destacado pela lei e separado daqueles em que predomina interesse puramente econômico. Dessa forma, não devem existir vantagens individuais ou egoístas de qualquer natureza, seja na execução direta ou na indireta de tais serviços.

Embora as três esferas de atores devam relacionar-se de forma conjunta a operacionalizar a prestação de serviço público adequado, os usuários merecem a maior atenção e cuidado na relação concessionária. Para isso servem as diversas regras e princípios incidentes na concessão e na própria ideia de serviço público adequado. Como o interesse buscado é o público, merecem ter toda a proteção normativa possível frente ao Poder Público que pode utilizar a máquina administrativa para fins escusos, bem como frente aos interesses econômicos das empresas, que podem ocasionar situações desproporcionalmente onerosas, como, por exemplo, as que se relacionam com valores elevados de tarifas para terem seus lucros aumentados ou por simplesmente exercitarem uma má administração dos custos, com ineficiência de gerência do serviço, o que também acarreta aumento tarifário desnecessário.

Os usuários também possuem um “*status* positivo” em meio ao poder concedente e às concessionárias: não devem atuar na condição de meros súditos (concepção que faz parte de um direito administrativo arcaico), ou simplesmente na posição de clientes (própria do mercado privado), ou ainda na posição de executores (que ocorreria numa situação onde predominasse interesses pessoais). Os usuários de serviços público, concedidos ou não, são “sujeitos de direito [...] de quem se espera colaboração ativa para que o interesse público primário seja atingido de modo eficaz” (MOREIRA, 2010, p. 249).

2.2.3 O conteúdo dos princípios de adequação elencados na Lei Geral de Concessões

Antes de ser abordado cada um dos princípios que compõem o serviço público adequado segundo a Lei Geral de Concessões, importante esclarecer o porquê da necessidade de se conhecer o conteúdo jurídico dos mesmos de maneira prévia à análise do princípio da modicidade das tarifas, que será feita no próximo capítulo.

Primeiramente, é importante destacar que o alcance da aplicabilidade de cada princípio deverá ser estabelecido no contrato de concessão (ALMEIDA, 2009, p. 162-163). Esse fato decorre de dois fatores: (i) a lei de concessões não traz o conteúdo jurídico de cada um desses princípios; e (ii) a lei que estabelece a política tarifária é abstrata e incapaz de atender as peculiaridades de cada caso concreto de prestação de serviço público. Dessa forma, o edital de licitação e o contrato de concessão serão os veículos de concretização dos princípios de adequação do serviço público.

A norma do art. 6º da Lei de Concessões é dirigida, conforme abordado no item anterior, primariamente à Administração Pública, estabelecendo dever que deve ser cumprido de forma ótima e conferindo maior grau de precisão aos comandos constitucionais: “A Lei Geral das Concessões instituiu o fim a ser perseguido e como ele deve estar caracterizado em todas e cada uma das concessões. O princípio da legalidade exige que a adequação do serviço concedido seja *secundum legis*, definido em concreto caso a caso” (MOREIRA, 2010, p. 252).

A delimitação no caso concreto que é feita através do contrato de concessão é fundamental para a composição da equação econômico-financeira do contrato, como será tratado adiante. O respeito a essa relação inicial será determinante para garantir o sucesso e a própria manutenção da prestação do serviço ao longo do tempo. A consequência do cumprimento das cláusulas contratuais irá refletir-se, portanto, diretamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Daí extrai-se o primeiro motivo para se conhecer profundamente todos os princípios incidentes no conceito de adequação da lei: será necessário operacionalizá-los, no caso concreto, no contrato de concessão. A exposição clara de seus termos será imprescindível para a composição da equação econômico-financeira inicial do contrato, que assegura a subsistência incólume da prestação do serviço ao longo do prazo de execução do contrato de concessão.

Um segundo motivo (e que não deixa de ser uma consequência desse primeiro) é a influência que cada um desses princípios tem sobre a composição da tarifa, pois o grau e a forma das obrigações estabelecidas no contrato configuram o substrato da remuneração do serviço, ou seja, geram um custo. Por impactarem no valor da tarifa a ser paga pelo usuário, impactarão também na modicidade tarifária. Esse assunto será especificamente abordado quando for analisado o conceito de modicidade tarifária. Por enquanto, fica aqui o alerta quanto a razões pelas quais será realizada a análise do conteúdo de cada princípio de adequação: a correta aplicação do princípio da modicidade tarifária dependerá (além de outros fatores que serão oportunamente verificados) da aplicação dos demais princípios de adequação, sendo necessário o conhecimento acerca dos mesmos. Segundo Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida (2009, p. 132):

Significa dizer, portanto, que estes princípios [os referentes à adequação] poderão ser adequados em prol da modicidade tarifária. De nada adianta um serviço público de altíssimo padrão se os usuários brasileiros não podem arcar com o valor da tarifa, exigindo subvenções estatais e/ou outros subsídios privados.

Vale lembrar ainda, antes de se adentrar na análise individualizada de cada um dos princípios, que a enumeração do § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, conforme já mencionada, é exemplificativa³⁴. Essa análise também não terá caráter exaustivo. O objetivo será apresentar aspectos gerais acerca dos mesmos, que possibilitem atender aos propósitos expostos nos parágrafos anteriores. Por fim, a modicidade tarifária não será analisada neste momento. Seu conteúdo, por fazer parte do objeto central do presente estudo, será verificado em capítulo próprio.

³⁴ De acordo com Moreira, “São condições normativas cujo cumprimento há de ser integral e harmônico. A enumeração é feita *numerus apertus*, de forma exemplificativa”. Assim, o legislador traz como exigência mínima que, para que o serviço possa ser considerado adequado, ele atenda a esses requisitos estabelecidos na Lei, quais sejam, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas. (MOREIRA, 2010, p. 252).

2.2.3.1 O princípio da regularidade

Em que pese muitos autores não abordarem esse princípio de forma autônoma, pois o consideram como uma consequência do princípio da continuidade, a exigência da regularidade significa que o serviço deve ser estável e executado conforme regras previamente estabelecidas e de conhecimento público.

Um serviço regular é o normal, ou seja, aquele que não é extraordinário, excepcional ou esplêndido (estas qualidades atípicas não podem ser superestimadas, sob pena de comprometer a modicidade tarifária e a adequada prestação do serviço) (MOREIRA, 2010, p. 253). É a “manutenção da prestação do serviço segundo padrões qualitativos e quantitativos próprios” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 306).

Grotti (2003, p. 287) afirma que a regularidade diz respeito à prestação do serviço conforme as regras e condições previamente estipuladas e, por essa razão, diferencia-se da continuidade. De acordo com a autora, é um “*plus* em relação à continuidade, de tal modo que aquela pressupõe esta”.

Em que pese a regularidade não se confundir com a continuidade, aquela decorre desta por pressupor a sua manutenção também de forma ininterrupta, sendo um conceito jurídico indeterminado, que deve ser concretizado no contrato objetivamente: “Diante da situação real, calcada nos estudos de viabilidade do negócio e à luz da realidade de mercado e das expectativas dos usuários, o modelador do contrato estabelecerá os critérios para valoração específica da regularidade”. Como exemplo, nos serviços de transporte, cita-se o “tempo estimado para as viagens, o intervalo de partida entre os veículos, se é permitida a viagem de passageiros em pé, o número de passageiros que pode viajar sentado e em pé, o estado dos veículos”, que seriam critérios para se aferir a qualidade e quantidade do serviço público, sendo inclusive importantes para se calcular o valor da tarifa (ALMEIDA, 2009, p. 144).

2.2.3.2 O princípio da continuidade (e a questão da ininterrupção na prestação de serviços públicos)

A continuidade, que além de ser requisito de adequação expresso na Lei Geral de Concessões, também configura, conforme abordado no item sobre os princípios gerais, uma das “Leis de Rolland”. Significa a permanência do serviço no tempo, sem interrupções não previstas previamente.

Como princípio de adequação em concessões, configura um verdadeiro dever a ser implementado na prestação do serviço, direcionado à Administração bem como ao concessionário, sendo objetivo “comum a todos os partícipes da consecução do interesse público, seja na prestação do serviço, seja na fruição do mesmo” (SCARTEZZINI, 2006, p. 117).

O princípio da continuidade também é conhecido como princípio da permanência. Teve origem no direito francês, sendo um subprincípio decorrente da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa (RIBEIRO BASTOS, p. 53, 2002). De acordo com Grotti (2003, p. 260-261), o “princípio da continuidade dos serviços público deriva de sua indisponibilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o satisfaz”. Isso pressupõe sua execução de forma contínua e ininterrupta (exceto em casos previstos em lei).

Importante destacar que a continuidade não implica o direito à existência do serviço público. Refere-se aos serviços que já estão sendo prestados aos usuários.

Também não significa que os serviços devam ser prestados de forma ininterrupta. Isso dependerá de cada tipo de serviço. No caso de serviços periódicos, para se atender à continuidade, é necessário estabelecer com antecedência e tornar público os momentos de prestação (MOREIRA, 2010, p. 254). Continuidade consiste, portanto, em ausência de interrupção que não seja não previamente prevista, tendo como base a atividade a ser desenvolvida.

A atividade prestada através do serviço público pode ser absoluta (requer permanentemente a prestação do serviço) ou relativa (de caráter intermitente). No primeiro caso, é possível citar o exemplo de atividades realizadas em um hospital ou de distribuição de água e energia elétrica para uma cidade, que requerem uma prestação ininterrupta. No

segundo caso, cita-se a prestação de serviços em uma biblioteca pública ou de transporte coletivo, que poderão estar em atividade por determinadas horas por dia e não necessariamente todos os dias da semana.

Como abordado no item anterior, regularidade e continuidade se implicam. Pode-se dizer que a regularidade pressupõe a continuidade. A regularidade é um adicional à continuidade, ou seja, os serviços podem ser contínuos sem que sejam regulares. Porém, não há forma de serem regulares sem serem contínuos.

Assunto que merece destaque com relação ao princípio da continuidade é a questão das possibilidades de interrupção na prestação dos serviços públicos. A matéria é importante, na medida em que a interrupção impede o acesso às atividades da prestação do serviço público, que assim foram erigidas legalmente como essenciais ou extremamente importantes. O princípio da continuidade vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar disso, como já analisado, ele não implica necessariamente a não interrupção na prestação do serviço público, já que alguns são contínuos de forma absoluta ou e outros, de maneira relativa.

Para que seja possível a correta aplicação do princípio da continuidade, além das possibilidades normais de interrupção devido à continuidade absoluta ou relativa, constitui-se imprescindível entender as possibilidades de verdadeira interrupção que compromete a continuidade, quanto à sua legitimidade bem como quanto aos seus limites. A interrupção pode propiciar, de um lado, um choque com o princípio da dignidade humana e de outro, a falta de remuneração que poderia comprometer a prestação do serviço.

A análise que será feita aqui sobre esse tema objetivará expor os detalhes gerais da questão, que permitem estabelecer uma noção geral a esse respeito. Sobre o assunto, existe amplo debate jurídico, com posições suficientemente embasadas que apontam em sentidos diversos³⁵.

A primeira hipótese de controvertida legitimidade de interrupção é a relacionada ao inadimplemento do usuário, conforme prescreve o § 3º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 e a aparente contradição que esse dispositivo apresenta com o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que também determina a continuidade dos serviços públicos. Reza esse artigo que serviços essenciais devem ser prestados de maneira contínua. Essa

³⁵ Para maiores informações sobre o princípio da continuidade dos serviços públicos e a questão da discussão que envolve as hipóteses legítimas de interrupção, cf. Gianfrancesco Genoso (2011).

essencialidade pode ser interpretada de diversas maneiras, uma vez que a referida lei não a conceitua.

Numa acepção mais literal, essenciais seriam os serviços indispensáveis à vida em comunidade e, dessa forma, à dignidade da pessoa humana. A essencialidade configuraria, portanto, um conceito em constante mudança, dada a necessidade de acompanhar a evolução das demandas dos indivíduos em uma sociedade.

Outra acepção possível é a que se refere à essencialidade do trabalho a ser executado na prestação do serviço. Aqui, pode haver serviços públicos essenciais e não-essenciais, bem como atividades privadas essenciais ou não-essenciais. De acordo com José Cretella Júnior, a proposição é de “nítido truísmo”, por ser na natureza do serviço a existência do atributo de ser essencial. Assim, tal conceito envolve um juízo de valor que não se discute no plano lógico, mas tão somente no jurídico (CRETELLA JÚNIOR, 1994, p. 1.063).

Uma terceira acepção de essencialidade é a prevista na Lei de Greve (Lei nº 7.783/89). Nela cita-se como serviços essenciais, sem distinção de serem da esfera pública ou privada: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo e compensação bancária. Reitere-se, como dito, que a Lei de Greve não diferencia serviços públicos de serviços privados, nem serviços públicos prestados diretamente de outros prestados indiretamente por meio de técnicas de delegação.

Como anteriormente analisado, a Lei nº 8.987/95, no seu art. 6º, § 1º faz referência à continuidade como um dos requisitos de adequação do serviço. No entanto, dessa vez, o legislador teve a precaução de expor as situações em que o concessionário pode, de forma lícita, interromper a prestação do serviço, sem sofrer as consequências da não aplicação do princípio da continuidade. Segundo o § 3º do art. 6º, não fica caracterizada “como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso” desde que: i) “motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações”; e ii) “por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

A primeira hipótese relaciona-se a situações de emergência e perigo, sem que seja possível prévio aviso aos usuários, não havendo escolha para o concessionário, a não ser

interromper o serviço, com o intuito de evitar maiores prejuízos ou comprometer a segurança das pessoas, dos bens e do próprio serviço. É o que acontece, por exemplo, no caso de tempestades, durante as quais, muitas vezes, os serviços de distribuição de energia elétrica, água, saneamento e transporte público ficam comprometidos por um tempo, até que medidas sejam tomadas, com o intuito de restabelecer as condições seguras de prestação dos serviços. Não haveria necessidade de a lei estabelecer expressamente essa hipótese de interrupção, já que a excepcionalidade decorre do mundo dos fatos (força maior). Não há que se falar em responsabilidade do concessionário por danos, nessa situação. No entanto, o mesmo necessita possuir uma equipe sempre pronta a lidar com as situações emergenciais, para que a reação a essas calamidades seja imediata (MOREIRA, 2010, p. 264).

A segunda hipótese de interrupção legítima na prestação do serviço que se depreende do dispositivo em questão é a que ocorre por motivos técnicos ou de segurança nas instalações. Nesse caso, o concessionário tem o dever de avisar previamente os usuários, através de meio hábil (ou seja, não basta uma mera publicação em diário oficial, que não garante uma efetiva ciência da população). Tais interrupções são muitas vezes necessárias para se fazer reparos ou atualizar os equipamentos que garantirão que a prestação do serviço seja executada de forma adequada.

É na terceira hipótese, que se refere à interrupção na prestação do serviço em razão da inadimplência do usuário, e que tem natureza sancionatória, que reside a aparente contradição com o referido dispositivo do Código de Defesa do Consumidor e que traz sérias dúvidas com relação ao possível comprometimento do princípio da continuidade, por furtar-se das possibilidades legítimas de interrupção.

Conforme apontado, sobre esse assunto, existe uma grande divergência na doutrina. Há entendimentos que apontam sustentação de forma contrária à suspensão da prestação, distinguindo os serviços “essenciais” dos “não essenciais”. Segundo eles, a suspensão dos serviços essenciais não guardaria respaldo no ordenamento jurídico brasileiro em razão de prejudicar o interesse da coletividade. Nas hipóteses de inadimplemento, o que deve ser buscado são as formas legais de cobrança do que é devido, porém sem a interrupção da prestação do serviço. Na hipótese de se estar diante de um serviço facultativo, as normas que regulamentam seu funcionamento poderiam estabelecer as hipóteses de interrupção na prestação aos usuários inadimplentes.

Essa é a posição de Grotti (2003, p. 275), para quem, em que pese a divergência doutrinária existente, a interrupção de serviços obrigatórios, que atende a interesses coletivos

e que são essenciais à dignidade da pessoa humana, mesmo que prevista na regulamentação de vários serviços, não é legítima³⁶.

Leila Cuéllar (2010, p. 356) apresenta entendimento no sentido oposto, ou seja, a essencialidade do serviço não se presta a garantir inadimplência. De acordo com a autora, “É justamente porque o serviço é essencial que não se pode consentir com a inadimplência – que em escala elevada pode traduzir-se na não prestação do serviço, pura e simplesmente”.

No mesmo sentido, encontra-se o entendimento de Eros Roberto Grau (2001, p. 140), para quem a matéria, que ganha relevância principalmente em questões de distribuição de energia elétrica e fornecimento de água, não recebe o respaldo do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor:

[...] parece bem nítido, portanto, que na hipótese de interrupção da prestação do fornecimento de energia elétrica, após prévio aviso, quando por inadimplemento do usuário (considerado o interesse da coletividade), não incidem o art. 22 e seu parágrafo único do Código do Consumidor³⁷.

Moreira (2010, p. 266-267) também se posiciona contra a tese de continuar o atendimento a inadimplentes em casos de serviços essenciais. Para ele, a previsão do § 3º do inciso II do art. 6º tem como objetivo a “continuidade do serviço a todos os usuários e seu aperfeiçoamento constante num projeto autossustentável”. O inadimplemento frustraria a razão de ser da Lei Geral de Concessões e, por consequência, frustraria também o dispositivo do art. 175 da Constituição Federal: “A Lei 8.987/1995 e os contratos dela oriundos têm por objeto normas que implementem projetos concessionários nos quais o pagamento da tarifa – módica, insista-se – por parte de todos os usuários é um dado essencial”. A interrupção aqui não se prestaria a um modo indireto de cobrança, pois a dívida já existe (ou seja, apenas impediria que a mesma aumentasse). Também não haveria qualquer agressão ao princípio da dignidade humana. A interrupção no fornecimento impediria a ocorrência de “efeitos em

³⁶ No mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94-95. Em sentido contrário, BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões de serviços públicos: comentários à lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à lei n. 9.704 de 27 de dezembro de 1996, e da lei 9.648 de 27 de maio de 1998, de 1995 com as inovações da lei 9.427, 2ª ed.*, Curitiba: Juruá, 2000, p. 52.

³⁷ Decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 805.113 do Rio Grande do Sul (Ministro Castro Meira), também aponta nesse sentido: “O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do CDC deve ser obtemperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade”.

rede” que culminariam na falência da prestação do serviço público – ou seja, se alguém percebe que o vizinho não está pagando a conta de água, e não teve seu fornecimento suspenso, poderá tomar tal atitude como exemplo, e deixar de pagar também. Poderia ocorrer, então, uma “crise sistêmica” com o não-pagamento de várias contas individuais, que colocaria em risco toda a coletividade. Casos de hipossuficiência de usuários devem ser tratados através de políticas públicas específicas, como as assistenciais.

De qualquer forma, seja posicionando-se contra ou a favor da interrupção na prestação de serviços públicos pela inadimplência, é requisito essencial o seu devido aviso prévio, que assegura ao usuário o seu direito à ampla defesa e ao contraditório (CÂMARA, 2009, p. 137).

Uma última possibilidade de interrupção na prestação de serviço público merece destaque, por ser aventada como forma legítima que não compromete o princípio da continuidade e se refere ao direito à greve. Sobre o assunto, existe também amplo debate³⁸, porém, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 7.783/1989, que traz o rol de atividades consideradas essenciais, conforme já mencionado anteriormente no presente item do trabalho, seria também aplicada a serviços públicos prestados diretamente ou mediante concessão. No entanto, para que não haja o comprometimento à continuidade, restaria de forma indispensável que durante o período grevista, fosse assegurado aos usuários um mínimo de fruição do serviço³⁹.

2.2.3.3 O princípio da eficiência

Expressamente arrolada como princípio constitucional, a eficiência foi introduzida na Constituição Federal de 1988 com a redação dada ao *caput* do art. 37 pela Emenda

³⁸ Sobre o direito de greve e a prestação de serviços públicos nas concessões e permissões, cf. Letícia Guimarães (2007, p. 80-92).

³⁹ O acórdão no Mandado de Injunção nº 670, do Espírito Santo, do Supremo Tribunal Federal (Ministro Relator Gilmar Mendes) determina que: “O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*)”.

Constitucional 19/98. A eficiência do art. 6º da Lei de Concessões é um desdobramento desse princípio constitucional. Eficiente é a prestação que cumpre “com perfeição o estatuto da concessão e as obrigações contratuais, gerando com efetividade o benefício social que dele se espera [...]”. De acordo com esse princípio, o objetivo será a constante busca da melhor forma prática para ser eficiente, tendo em mente o que se realiza de forma concreta e “a perspectiva ideal da atividade de concessão daquele serviço público” (MOREIRA, 2010, p. 254).

Para Antonio Cesar Amaru Maximiano (1988, p. 70), a ideia de eficiência relaciona-se com a utilização racional de recursos, sendo possível, dessa forma, mensurar o grau de eficiência de um serviço de acordo com a racionalidade em que são empregados os recursos para a sua realização.

A eficiência pode ser vista também como um conceito econômico. Segundo Grotti (2003, p. 298), tal conceito, ao ser inserido no universo jurídico, estabelece “parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados”. Não é suficiente que o Estado alcance resultados com os meios que lhe foram ofertados pela sociedade (isso seria “eficácia”). É imprescindível que ele o faça da melhor forma possível, o que atribui uma “dimensão qualitativa” ao se aplicar o princípio da eficiência.

Nesse ponto, é importante destacar que a adequação pode ser confundida com eficiência. Sob essa perspectiva, não haveria necessidade do legislador mencioná-la entre esses requisitos expressos, pois não há forma de se imaginar que um serviço possa ser adequado sem ser eficiente. Porém, ele assim o preferiu fazer para garantir que, em hipótese alguma, tal característica não fizesse parte do conceito de adequação. Sobre o assunto, Justen Filho (2003, p. 302) escreve que eficiência é a concretização de “atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico”. Em suma, sob essa perspectiva, a eficiência seria a aptidão em se realizar uma determinada atividade da forma menos onerosa.

2.2.3.4 O princípio da segurança

Numa primeira análise, pode-se compreender o requisito da segurança como prestar uma atividade sem causar riscos de nenhuma natureza, sejam físicos ou emocionais, a usuários ou a terceiros. Porém, essa aceção se mostra mais como um ideal a ser atingido, do que propriamente uma meta concreta, pois os eventos futuros são imprevisíveis, e um serviço não deixa de ser adequado se acidentes acontecerem. Dessa forma, o objetivo é a adoção de todos os procedimentos necessários para dirimir possibilidades de perigo. Desde que se comprove a adoção de tais procedimentos, um serviço não poderá ser considerado como inadequado quando ocorram danos, pois tal requisito não deve ser compreendido em termos absolutos.

Assim, o princípio da segurança significa “a adoção das técnicas conhecidas e de todas as providências possíveis para reduzir o risco de danos, ainda que assumindo ser isso insuficiente para impedir totalmente sua concretização” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 306)⁴⁰. A segurança traz consigo a responsabilidade do concessionário e, subsidiariamente, do poder concedente. Caso não se adotem as medidas necessárias e isso gere danos, opera-se a obrigação de indenizar, de acordo com o art. 37, § 6º da Constituição Federal e art. 43 do Código Civil.

Como nenhum dos princípios constitui-se em um fim em si mesmo, as precauções a serem implementadas para a execução do serviço devem ser suficientes à não inviabilização da prestação do mesmo, pressupondo uma relação de custo-benefício e de ponderação das medidas de vantagens e desvantagens que se relacionam ao objetivo de diminuir os riscos de danos que potencialmente podem ser ocasionados (GROTTI, 2003, p. 293-294).

⁴⁰ O autor traz ainda um exemplo prático, no qual descreve que, para se cumprir o requisito de segurança, poderia ser exigido na prestação do serviço de transporte urbano que os ônibus trafegassem a uma velocidade de 5 km/h. Isso com certeza reduziria os riscos de acidentes. Porém, encareceria demais o serviço. Dessa forma, percebe-se mais uma vez o quanto é importante conhecer todos os requisitos que envolvem o regime de prestação dos serviços públicos, pois é necessário sopesá-los, flexibilizá-los e compreendê-los em conjunto, para se atingir a adequação exigida constitucionalmente (JUSTEN FILHO, 2003, p. 306).

2.2.3.5 O princípio da generalidade

A generalidade na prestação de um serviço público é atingida quando se garante a universalização da sua oferta aos potenciais usuários. Está ligada diretamente ao fato do serviço ser público. Porém, limites que garantam a operacionalização do serviço não comprometem o requisito. Isso porque existem limites sobre o que é possível ser feito na prática ao se executar um serviço, como, por exemplo, um número máximo de pessoas a serem transportadas em uma linha de transporte coletivo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 306). Ou seja, ainda que os outros requisitos, tais como a segurança ou a modicidade possam limitar a generalidade, o serviço deve ser prestado de forma a garantir seu gozo pelo maior número possível dos potenciais usuários.

Sob outra perspectiva, o princípio da generalidade é uma manifestação do princípio da igualdade: “o princípio da generalidade revela-se como manifestação do princípio da igualdade – o que se desdobra tanto no que respeita à proibição de discriminações como na adoção de condutas promotoras da igualdade material” (MOREIRA, 2010, 255).

O serviço público há de ser prestado de forma a respeitar os variados tipos de liberdade provenientes de um determinado grupo, em regime de igualdade, impessoalidade e neutralidade. Apresenta, assim, elevada pertinência sob o ponto de vista social, uma vez que, de acordo com Rocha (1996, p. 96-97), veda a “elitização do serviço público”, pois não deve haver “graus de cidadania”, pelos quais uns conseguem participar mais que outros no Poder Público e usufruir de suas atividades.

O princípio da generalidade deve garantir a eficácia da aplicação do princípio da igualdade, tanto sob o enfoque formal quanto material. Ou seja, não se prejudica a adequação constitucional exigida ao se impor limites na execução do serviço, mas sim quando se estabelecem privilégios de fruição a determinado usuário ou grupo de usuários, sem uma prévia justificativa legal que autorize o tratamento diferenciado.

A igualdade formal que se busca com a generalidade consiste na sujeição de todos os usuários atuais ou potenciais às mesmas regras de acesso ao serviço. De acordo com Gonçalves e Martins (2004, p. 209) “o prestador de um serviço onerado com obrigações de serviço público tem a obrigação de tratar igualmente, isto é, de sujeitar ao mesmo regime

jurídico, todos os utentes” e assim aplicar-lhes “de forma idêntica as condições fixadas, à qual corresponde o direito do utente de exigir esse tratamento igualitário”.

Já com relação à igualdade material, a generalidade será atendida quando forem respeitados os critérios estabelecidos que justifiquem o tratamento diferenciado a determinado grupo de usuários.

A questão da generalidade e do acesso universal à prestação dos serviços públicos será analisada com maiores detalhes no capítulo específico a da modicidade pois, como se verá, guarda vínculo estreito com o conteúdo da mesma.

2.2.3.6 O princípio da cortesia

A palavra “cortesia” possui dois importantes e diferentes significados. Por isso, é determinante entender o sentido que o legislador pretendeu dar à palavra ao ser estabelecido esse critério de adequação do serviço público. Em sentido comum, cortesia significa a qualidade de ser cortês. Nessa acepção, designa civilidade, maneiras delicadas, polidez e urbanidade. Outro sentido da palavra consiste em gesto representado por obséquio, doação e patrocínio de despesa. É no primeiro sentido que a utilização do termo na Lei Geral de Concessões foi empregada, ou seja, representando “cordialidade”.

Exige-se uma postura formal e materialmente cordial. Sob o ponto de vista de uma cortesia material, não pode haver supressão de direitos fundamentais. Os usuários devem ser tratados de forma cordial, com acesso inclusive a todos os dados do serviço que pretendem ou necessitam utilizar, não enfrentando discriminações do Poder Público ou da concessionária. A cortesia é “decorrência imediata dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, moralidade, publicidade e impessoalidade” (MOREIRA, 2010, p. 257).

Nesse ponto específico, o princípio da cortesia se comunica também com o da publicidade⁴¹, para assim compor o sentido correto da adequação que se espera do serviço, afim de que possa fazer valer de forma plena os direitos do usuário.

⁴¹ Sobre o princípio da publicidade no direito administrativo, cf. Marrara (2012, p. 280-300).

A cortesia decorre também da noção funcional do serviço público, ou seja, “destina-se a reprimir a tendência do prestador do serviço considerar-se dono coisa pública, tal como se estivesse prestando um favor aos usuários” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 307). Isso porque a oferta dessas utilidades através do serviço prestado não consiste em liberalidade do Estado ou da concessionária (se assim o fosse, a própria figura de serviço público, imposição da lei, deixaria de existir).

O Estado e as empresas concessionárias têm o dever da prestação do serviço, imposto pela lei. Dessa forma, a cordialidade sai do campo da moralidade, da ética e das relações sociais saudáveis para entrar no campo jurídico, com o dever por parte do Estado e de quem lhe faça às vezes, em face do usuário. Assim, positivada no art. 6º da Lei Geral de Concessões, nasce a obrigação de prestação do serviço, de forma obrigatoriamente cortês para compor o sentido de adequação.

2.2.3.7 O princípio da atualidade

A atualidade consiste na busca constante por aperfeiçoamento técnico do serviço prestado. Essa melhoria ocorre tanto em termos tecnológicos, como quanto ao número de usuários capazes de usufruir do serviço. Explica Moreira (2010, p. 258) que “atualidade implica o constante aperfeiçoamento do serviço a ser prestado – tanto em termos tecnológicos como no que concerne à ampliação do número de usuários”.

O legislador positivou seu entendimento acerca do que vem a ser esse princípio. No § 2º do art. 6º da Lei 8.987/1995, elencou os quatro “ângulos” mediante os quais deve ser entendida a atualidade: (i) modernidade, que implica em inovação de técnicas, equipamentos e instalações; (ii) conservação (ou manutenção dos benefícios adquiridos); (iii) melhoria, que configura o constante aperfeiçoamento; e (iv) expansão, que significa o incremento no número de vantagens e de pessoas beneficiadas com o serviço.

A questão da atualidade pode, muitas vezes, entrar em conflito com o princípio da eficiência. Um serviço pode ser eficiente mesmo quando utiliza técnicas ultrapassadas. A adoção de técnicas modernas pode também acarretar prejuízos à modicidade da prestação.

Esse panorama requer, então, com vistas à composição de adequação do serviço, um atento olhar dos prestadores, pois sucessivas melhorias tecnológicas em algum momento acarretarão a ineficiência do serviço.

O outro lado da moeda consiste no fato de que progressos tecnológicos trazem consigo redução de custos. Tome-se como exemplo o uso de lâmpadas para iluminação de vias públicas. Ao longo da história, foi-se descobrindo novas tecnologias referentes ao gasto energético. Hoje, sabe-se que lâmpadas de LED funcionam de forma mais econômica que as fluorescentes e que estas são mais econômicas que as incandescentes. Substituir todas as lâmpadas de uma cidade, de uma vez, pelas mais econômicas de LED seria oneroso demais. Mas essa substituição pode ocorrer de forma gradativa, avaliando os custos e os benefícios da adoção de tal melhoria técnica⁴².

Portanto, escolher técnicas mais atuais de prestação do serviço é atitude que requer avaliação do custo-benefício da operação. Importante lembrar que a atualidade pode, inclusive, gerar a encampação do serviço concedido. Nessa situação, os custos não são arcados pelo concessionário, e sim pela comunidade. Ou seja, deverá ser avaliado se “os reflexos econômicos (ou de outra ordem) necessários a promover a atualidade do serviço são compensados por benefícios efetivos à comunidade ou se tornariam a tarifa tão elevada que parte considerável dos usuários seria excluída da fruição do serviço” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 307). Dessa forma, a falta de atualidade pode ser compensada pela modicidade das tarifas, sendo uma questão de discricionariedade por parte do agente público e do concessionário para escolher a forma de execução do serviço que mais beneficiará o usuário.

2.3 SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que seja possível a compreensão do vínculo existente entre a concretização de direitos fundamentais e o serviço público adequado (que garante a modicidade das tarifas), é

⁴² Sobre isso, Marçal Justen Filho escreve que “Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas, satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção de técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 307).

preciso adentrar no campo do direito constitucional, com a finalidade de entender que, desde o surgimento do constitucionalismo no século XVIII, a Constituição e os direitos fundamentais sempre foram figuras intimamente vinculadas. A partir dessa época, a Constituição passou a ser compreendida como um instrumento que estabelecia a garantia dos direitos individuais bem como o Estado de Direito em um determinado país, impondo limitações ao poder estatal, através da organização do poder político, da prescrição de princípios gerais e demarcação dos objetivos a serem perquiridos pela sociedade e pelo próprio Estado.

Essa noção inicial de constitucionalismo evoluiu para uma concepção contemporânea, conforme a qual os direitos fundamentais passaram a ser o foco principal da proteção normativa, de forma diversa do entendimento tradicional (pelo qual se submetiam ao Estado de Direito e à lei). A Constituição deixou de ser vista apenas como um conjunto de normas que ocupava a mais alta hierarquia dentro do ordenamento jurídico, passando a ser vista como resultado dos anseios da sociedade, com o objetivo principal de garantir os direitos fundamentais, servindo a isso toda a organização estatal nela prevista (KRELL, 2002, p. 28-29).

O problema enfrentado hoje por esse direito constitucional contemporâneo relaciona-se à proteção efetiva dos direitos fundamentais, estabelecidos como a principal razão de ser da Constituição (no tocante aos aspectos da fundamentação dos mesmos, bem como da sua positivação e eficácia).

Sobre a noção de direitos fundamentais, Robert Alexy (1993, p. 130) expõe conceito que os apresenta como direitos a algo, ou como liberdades, ou ainda como competências, ligados a um arranjo de forma “*iusfundamental*”, através de uma relação entre meio, fim e ponderação, que conduz a uma natureza dinâmica que potencialmente pode levar a um cenário de choque com outros direitos fundamentais e com princípios referentes a bens coletivos, apresentando, por conta disso, uma grande vinculação com seu entorno normativo.

Sobre uma classificação que facilita a compreensão a respeito dos direitos fundamentais, é possível expor que, num primeiro momento, os mesmos podem ser divididos em direitos de defesa (caracterizados por determinar abstenções de agir por parte do Estado) e direitos de prestação (que configuram o poder de exigir do Estado a realização de ações, com caráter normativo ou fático).

Outra possível classificação é a que os dividem em três dimensões: os de primeira dimensão, também conhecidos como clássicos, dizem respeito aos direitos individuais em face do Estado, podendo ser definidos também como direitos de defesa, destinando-se à proteção de valores tais como a vida, a liberdade, a propriedade e a segurança; os de segunda dimensão dizem respeito aos direitos sociais, e requerem uma ação positiva do Estado na promoção da justiça social, conferindo aos indivíduos o direito às prestações estatais de cunho social, tais como direito à educação, à saúde, ao trabalho etc.; os da terceira dimensão dizem respeito à proteção de grupos de cidadãos como, por exemplo, a família ou toda a nação, sendo de titularidade coletiva ou difusa, como o direito à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento econômico.

O tema da eficácia jurídica das normas contidas na Constituição e que versam sobre direitos fundamentais vem sendo objeto de amplo debate, principalmente com relação aos direitos sociais, levando a diferenças de posicionamentos de quem se debruça sobre o tema: de um lado existem os que acreditam que tais normas apresentam uma eficácia muito pequena, sendo incapazes de serem objetos de ações judiciais; de outro lado, existem os que se posicionam de forma contrária a essa visão, admitindo que os direitos sociais expostos na Constituição gozam de plena eficácia, que são verdadeiros direitos subjetivos e que, portanto, podem ser pleiteados em juízo⁴³.

O argumento mais forte utilizado pelos que se posicionam contra a “judicialização” dos direitos fundamentais sociais versa sobre o princípio da separação dos poderes, segundo o qual o Poder Judiciário não pode se imiscuir nas funções do Executivo, que controla as questões orçamentárias e que, por isso, é quem possui o conhecimento e a competência para verificar se é financeiramente viável a implantação de um determinado direito social.

Nesse sentido, apresentando argumento contrário à “judicialização”, Ernst-Wolfgang Böckenförde⁴⁴ (1993 *apud* Aragão, 2008, p. 536) expõe que:

⁴³ Segundo Finger (2003, p. 63), a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais de cunho social ganha relevância nos dias atuais também em razão da “onda de doutrinas políticas e econômicas neoliberais que passaram a questionar a validade da garantia dos direitos sociais pregando a redução e, em alguns casos, até a eliminação de tais direitos”. Sob esse aspecto, o tema do serviço público é importante, principalmente tomando como base o Brasil, um Estado de Direito que tem como fundamento uma “social democracia”, que almeja uma sociedade livre, justa e igualitária e que tem sofrido fortes influências de um “pseudo-modernismo neoliberal e globalizador”, cujos propósitos são o atendimento de interesses da “economia internacional” e dos países desenvolvidos.

⁴⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden, Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993.

[...] devido à impossibilidade de resolver estes problemas por via da aplicação judicial do Direito, os direitos fundamentais se reduzem a programas constitucionais. Vinculam o legislador e o Poder Executivo apenas objetivamente, como normas de princípio, mas não podem fundamentar nenhuma pretensão reclamável diretamente aos tribunais, salvo a defesa ante uma inatividade extremamente abusiva. Esta consequência é inelutável.

Essa discussão não faz parte do objetivo geral ou específico da pesquisa. O presente trabalho parte da premissa que os direitos fundamentais sociais possuem eficácia suficiente para que sejam passíveis de judicialização, conforme exposto por Ana Cláudia Finger, em estudo específico sobre o tema. A referida autora afirma que:

Não obstante, diante da ênfase dada aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, positivados no início do texto constitucional, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, constituindo-se parâmetro hermenêutico e valores superiores a toda ordem constitucional e jurídica, *as objeções suscitadas quanto à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais caem por terra*. De ressaltar-se, a inovação trazida pelo artigo art. 5º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental, que dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. É de se reputar excluído, assim, o cunho programático desses preceitos. Também no intento de consagrar um *status* jurídico diferenciado e maior proteção a essas normas, o legislador constituinte as incluiu no rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) (FINGER, 2003, p. 70, grifo nosso)⁴⁵.

Após a adoção dessa posição (que confere eficácia suficiente aos direitos fundamentais sociais) cabe agora analisar o vínculo existente entre a concretização dos direitos fundamentais sociais e a implementação do serviço público.

De antemão, é possível afirmar que os serviços públicos comportam-se como verdadeiros veículos para a concretização de inúmeros direitos fundamentais, principalmente os de cunho social (ou de segunda dimensão, conforme analisado). Di Pietro (2014, p. 107)

⁴⁵ Sobre essa questão, a autora ainda expõe que “O que se observa nos debates travados acerca da eficácia das normas definidoras dos direitos sociais, é que a problemática transcende questões de técnica constitucional. Com efeito, aqui predominam discussões que perpassam pela seara da teoria constitucional e vão para a ciência política, restando marcadas por conflitos marcadamente ideológicos. Assim, mais do que um caráter científico, a resistência à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais apresenta-se puramente ideológica e não jurídico-racional. Em verdade, debate-se as fronteiras entre o jurídico e o político, entre o político e o econômico, a legitimidade democrática do poder judicial, notadamente, o que se reputa o caráter contramajoritário da tutela judicial dos direitos fundamentais sociais” (FINGER, 2003, p. 70).

para elucidar o assunto, aponta o vínculo existente entre os serviços públicos, os direitos sociais e a concretização de direitos fundamentais:

Serviço público social é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo artigo 6º da Constituição.

Assim, compreende-se que os direitos fundamentais sociais não configuram direitos contra o Estado, mas sim direitos que devem ser realizados através do Estado. São direitos que o Estado deve atender através da implementação de serviços públicos com a finalidade de concretização do gozo efetivo de inúmeros direitos constitucionais (FINGER, 2003, p. 60).

Alexandre Santos de Aragão (2008, p. 537), em que pese adotar uma postura não radical com relação à matéria da judicialização dos direitos fundamentais sociais (expondo a importância das razões do lado contrário), reconhece o vínculo existente entre os mesmos e os serviços públicos, não descartando de forma absoluta, por isso, a possibilidade de imposição judicial de prestação de serviço público para assegurar direitos fundamentais. Segundo ele, as imposições judiciais são admissíveis nos casos concretos de forma excepcional em que a falta de atitude do Estado atinge a dignidade da pessoa humana. Isso, segundo o autor, não ocorre “simplesmente quando a pessoa não tem como usufruir uma prestação relevante, mas sim quando a ausência desta colocar em risco o mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental em questão”.

A partir da consideração, então, do serviço público como um verdadeiro direito que se vincula com a obrigação do Estado em o executar com vistas a satisfazer um determinado direito fundamental, existe a possibilidade de o cidadão detentor desse direito em exigir sua execução, mesmo que seja através de ação judicial, diante de omissões e ou até mesmo ineficiências por parte do Estado ou de quem os executa em seu nome.

O direito de exigir a conduta positiva do Poder Público não necessita residir no enunciado da norma constitucional ou legal. Assenta-se no programa governamental que a mesma estabelece: “o que significa que é impositiva a busca dos meios idôneos a implementar os objetivos nela definidos. A ineficiência na realização desse mister sujeita o Poder Público à

sindicabilidade de seus atos e omissões e à responsabilização de seus agentes” (FINGER, 2003, p. 81).

Vale ainda ressaltar que existe posição doutrinária, conforme exposto no item 2.1, que vincula a concretização de direitos fundamentais ao conceito de serviço público e ao elemento material que compõe uma das características que permitem definir uma atividade como serviço público. Segundo o conceito apresentado de Marçal Justen Filho (2014, p. 727), o serviço público é uma atividade pública administrativa que tem por finalidade a concreta satisfação de necessidades individuais ou coletivas vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante mecanismos da livre iniciativa privada. Com relação ao elemento material, o autor sustenta que é o que possui a maior relevância, pois é nele que reside a necessidade de vincular-se ao escopo de satisfazer direitos fundamentais e que a titularidade estatal ou o regime jurídico público (ou misto) são apenas meios para atender os objetivos materiais.

Tendo como base todo o exposto até aqui, diante do contido no artigo 175, inciso IV, da Constituição Federal, outra conclusão não seria possível a não ser a que aponta no seguinte sentido: se a implementação do serviço público é imprescindível para a concretização de direitos fundamentais e se há posição doutrinária que sugere que a figura do serviço público está intrinsecamente ligada aos mesmos (chegando a fazer parte, conforme apontado, de sua definição), o mesmo também ocorrerá quanto às exigências de adequação desses serviços.

Portanto, não basta a implementação de um serviço público com a finalidade de atender a um determinado direito fundamental. É necessário que seja verificado se em sua execução estão presentes todos os requisitos de adequação elencados na Lei Geral de Concessões.

Nesse ponto, já é possível compreender a importância da análise do princípio da modicidade das tarifas, bem como dos fatores referentes à remuneração e à política tarifária nas concessões que causam impactos sobre a mesma no que se refere ao assunto aqui exposto: como requisito de adequação dos serviços públicos, a correta implementação da modicidade tarifária está intrinsecamente ligada à concretização de direitos fundamentais. A falta de ação do Estado no sentido de garantir a modicidade compromete a adequação do serviço, fazendo surgir ao cidadão, pelas razões expostas nos parágrafos anteriores, o direito de pleitear judicialmente a sua implementação.

3 O REGIME REMUNERATÓRIO E A POLÍTICA TARIFÁRIA NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

De forma preliminar à verificação do conteúdo do princípio da modicidade tarifária é necessário estabelecer conceitos e parâmetros mínimos acerca de determinados fatores relacionados à remuneração dos serviços públicos em uma concessão comum e à política tarifária adotada nas mesmas. Tais elucidações prévias precisam ser realizadas, para que seja possível, após a exposição do conceito de modicidade, entender a forma como esses fatores a impactam, na composição do valor tarifário.

A remuneração nas concessões de serviço público configura um grande desafio, pois objetiva-se buscar o equilíbrio entre duas forças que, a princípio, parecem inconciliáveis: de um lado, existem os interesses dos concessionários em obterem o maior lucro possível ao desempenhar a atividade no lugar do Estado; o outro é preenchido pelos interesses públicos que advêm dessa atividade, e que requerem o maior acesso possível de todos aos serviços, com tarifas que universalizem a prestação e atendam a esse propósito. É possível dizer então que, para compor a remuneração, é importante reconhecer o papel da instituição de uma justa política tarifária para a prestação de um serviço público concedido, a fim de garantir a correta remuneração do concessionário e os maiores benefícios possíveis aos usuários e à sociedade, de forma generalizada.

A remuneração opera-se, basicamente, pelo recebimento de tarifas e através do recebimento de receitas alternativas, complementares ou acessórias relativas ao próprio negócio da concessão ou provenientes de projetos associados. Pode coexistir também com esses meios a existência de subsídios e subvenções, inclusive com a participação direta do Poder Público com o repasse de valores. Essa participação do Estado com pagamentos já acontecia nas concessões comuns que, pelas razões que serão estudadas a seguir, apresentavam *deficit*, mas ganhou impulso a partir do surgimento das parcerias público-privadas, como se houvesse ocorrido uma “exegese extensiva pela doutrina [do preceito do art. 11 da Lei Geral de Concessões], que passou a admitir não só o custeio do serviço também por receitas alternativas à receita tarifária, como ainda a hipótese de subsídios pelo poder público” (GUIMARÃES, 2012, p. 235).

No entanto, o foco principal da remuneração nas concessões continua sendo a tarifa, que deve assegurar a correta remuneração do concessionário (que, por sua vez, envolve inúmeros fatores, como a recuperação de capitais investidos, os custos com a prestação do serviço, investimentos futuros etc.) e a adequada prestação do serviço público, conforme exigem a Constituição Federal e a Lei Geral de Concessões.

A justa remuneração na concessão, ao atentar-se a essas duas posições de interesses diferentes (concessionários *versus* usuários), presta-se também a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sobre o qual repousa, conforme também será visto mais adiante, todo o sucesso do projeto em se manter operante no sentido de atender aos propósitos previamente estabelecidos para o desempenho da atividade em grau máximo da execução do serviço público adequado ao longo da duração do contrato.

3.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE POLÍTICA TARIFÁRIA E SEU CONTEÚDO

O parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, inc. III prevê que a lei infraconstitucional irá estabelecer a política tarifária das prestações de serviços públicos, prestados diretamente ou não pelo Estado. Caberá a cada ente federativo definir a política tarifária que adotará na prestação do serviço, ou seja, os temas referentes a ela serão tratados pelo titular do serviço público. A Lei Geral de Concessões fixa as normas básicas que deverão ser seguidas por todos e é aplicada de modo subsidiário quando não houver disposição específica legal.

De acordo com Almeida (2009, p. 78), a lei que estabelece a política tarifária não é de “alcance nacional para todos os serviços públicos delegados”, porque, de acordo com o art. 18 da Constituição Federal de 1988, cabe a cada ente da federação organizar seus próprios serviços, e “porque cada serviço deve ser formatado de modo singular, em atendimento às suas peculiaridades”.

O direito de criar a própria política tarifária resta preservado, portanto, para cada ente da federação. Mesmo quando as diretrizes de um determinado serviço são fixadas por outro ente federativo, como é o caso do saneamento básico, cuja competência é da União para

determinar as diretrizes gerais, de acordo com o art. 21, inc. XX da CF, a competência será comum para União, Estados, Distrito Federal e Municípios para promover os programas de saneamento básico.

Sobre essa questão, Almeida (2009, p. 80) cita que “A opção da forma da prestação dos serviços é privativa do titular, não cabendo à União impor limites para a livre convicção dos entes”. As normas que possuem abrangência em todo o país e que tratam de diretrizes gerais devem ser moderadas e constituídas com a finalidade de “permitir que o titular exerça o direito de administrar o serviço público, sem deixar de estabelecer arcabouço jurídico mínimo, dando mais segurança ao particular que se interesse pelo negócio”.

A política tarifária tem como objetivo expor a forma com a qual será feita a remuneração do serviço público em uma concessão e todas as obrigações do concessionário. Configura “um dos principais instrumentos de intervenção do Poder Público sobre serviços estatais delegados a particulares” (SUNDFELD; CÂMARA, 2006, p. 610).

Pelo fato de ter que apresentar os direitos e deveres dos concessionários no que tange aos assuntos remuneratórios, a política tarifária concede formato cristalino ao serviço público objeto da concessão. Ela esmiuçar os detalhes através dos quais ocorrerá a remuneração do serviço em um determinado setor. Por essa razão, não pode uma lei genérica versar sobre todos os serviços públicos de titularidade daquele ente federativo, pois cada tipo de serviço tem suas peculiaridades e, assim, requer um regime tarifário diferente. Cada tipo de serviço, seja de abastecimento de água, transporte coletivo urbano, telefonia, energia elétrica, transporte aéreo, transporte ferroviário etc. necessita de sua própria política tarifária, decorrente de seu quadro econômico próprio (PINTO, 2002, p. 199).

A lei de política tarifária também deve prever o prazo do contrato de concessão do serviço público. Esse item tem interferência direta no valor da tarifa (como será analisado adiante). Para que não ocorra o engessamento do edital de licitação, a lei de política tarifária deve prever o prazo mínimo e máximo dentro do qual, a partir do devido estudo técnico e econômico, pressupõe-se ser mais adequada a duração do contrato para a prestação do serviço.

O conteúdo da lei de política tarifária, elaborado por cada ente titular do serviço público, deve conter previsões genéricas a serem detalhadas por cada edital de licitação e colocadas em prática no caso concreto no contrato de concessão. Assim pode ser sintetizado o teor que a lei de política tarifária necessita apresentar:

[...] as diretrizes relativas aos aspectos econômicos e financeiros, como as formas previstas para a remuneração do concessionário, a possibilidade de inclusão de receitas não tarifárias, se será disponibilizado algum tipo de subvenção estatal e em que grau, as linhas gerais do tipo de tarifa (comum ou social) e, em decorrência, se haverá subsídio cruzado (entre usuários ou entre serviços), as espécies de investimentos que devem ser feitos pela concessionária, as diretivas genéricas para o alcance das metas físicas de expansão do serviço, o regime de bens reversíveis (ALMEIDA, 2009, p. 84-85).

A lei de política tarifária, apesar de ter que versar sobre todos esses itens, não deve detalhar de forma exata a maneira como as partes envolvidas na concessão deverão atuar em cada situação específica, pois isso acarretaria prejuízo à elasticidade inerente às questões de conformação mercadológica, que normalmente necessita de soluções rápidas e originais no dia a dia em um ambiente próprio de negócios realizados na seara privada.

3.2 O REGIME TARIFÁRIO EM SITUAÇÕES DE MONOPÓLIO E DE CONCORRÊNCIA

O regime clássico de prestação de serviços públicos foi, durante muito tempo, o monopolístico. Novas concepções econômicas sobre diferentes formas de se prestar o serviço público (como analisado no capítulo 2) e o avanço tecnológico permitiram que ocorresse uma “desintegração vertical” ou “*unbundling*” das diferentes fases ou segmentos da execução desses serviços, nos casos possíveis de haver atividades competitivas. Passou a existir então espécies de serviços que podem ser prestados por operadores distintos em concorrência ao lado de atividades não competitivas (ORTIZ, 2004, p. 623).

Com isso, serviços que antes se submetiam apenas à tutela tarifária do Estado passaram a possuir liberdade tarifária, com o deslocamento do controle das tarifas do Estado para o mercado. Porém, conforme alerta Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 175), não se pode confundir o “regime de liberdade tarifária” com o “regime de liberdade de preços” (que é próprio da iniciativa privada). Ambos existem no campo dos serviços públicos, porém com diferenças significativas entre eles.

No “regime de liberdade tarifária”, há uma determinada liberdade de fixação do valor da tarifa pelo concessionário a ser exercida na esfera da concessão (observando-se o regime de direito público e todas as demais normas, sejam as contidas na lei, no estatuto ou no contrato). Na situação de “liberdade de preços”, o regime jurídico é basicamente o privado, não pressupondo a relação de concessão entre concessionário e o poder concedente. É o caso, por exemplo, do art. 129 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), que determina o regime de preços livres.

Contudo, o surgimento da concorrência na prestação dos serviços públicos não eliminou a necessidade de algumas atividades continuarem a ser desempenhadas através de monopólios. Geralmente, tais atividades dizem respeito a operações que requerem um “sistema de infraestrutura por rede, cuja duplicação se retrata inviável pelos altíssimos custos envolvidos”, conforme observa Guimarães (2012, p. 175). Agregue-se a isso a situação em que a concorrência não é possível por inviabilidade fática de multiplicação da infraestrutura ou de compartilhamento da única infraestrutura existente

No primeiro caso, de barreira à concorrência por custo de infraestrutura, os custos fixos que envolvem a execução do serviço possuem forte prevalência sobre os custos variáveis, o que permite a ocorrência de economias em escala, aumentando-se a quantidade produzida. É o que acontece, por exemplo, com o transporte ferroviário. Os custos que envolvem a construção de linhas férreas alternativas que possibilitariam a concorrência são altos demais e inviabilizam a entrada de novas empresas na prestação do serviço para concorrer com a já atuante no setor. A causa de necessidade de existência de monopólios são “retornos crescentes em escala”: em algumas situações, o maior número de usuários possibilita “maior utilidade do produto para o usuário seguinte e, portanto, maiores a probabilidade e lucratividade da venda sucessiva” (SALOMÃO, 1998, p. 192-194).

Existem, portanto, dois regimes tarifários no Brasil no que se refere à prestação de serviços públicos objetos de concessão: o *regime de monopólios* (em que deve existir um controle administrativo do valor das tarifas) e o *regime de concorrência* (que viabiliza *liberdade tarifária* e, em alguns casos, *liberdade de preços* (própria da iniciativa privada), sendo que, nesta última a função do Poder Público será a de fiscalizar para evitar abusos, utilizando-se, para tanto, dos órgãos responsáveis pela proteção da concorrência)⁴⁶.

⁴⁶ Sobre a estruturação dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no país e seu vínculo com o direito administrativo, cf. Marrara (2014b).

De acordo com Carlos Ari Sundfeld (2000a, p. 321-322), existem níveis de regulação dos preços dos serviços públicos explorados por particulares, que podem ser controlados de forma mínima pelo Estado (situação na qual ocorre um simples “acompanhamento da evolução dos preços”), ou de forma máxima (na qual ocorre a própria fixação de valores). Tudo isso “passando por diferentes mecanismos de verificação da regularidade dos reajustes ou de repressão dos abusos”. Via de regra, o controle máximo é empregado nas situações de monopólio, ante a ausência da concorrência durante a fase de execução do contrato, que colocaria limites nos valores das tarifas. O controle mínimo é o que se adota nos casos de serviços prestados sob regime concorrencial e serve para impedir, sobretudo, a predação entre prestadores.

3.3 POLÍTICA TARIFÁRIA COMO IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

O regime tarifário nas concessões de serviços públicos constitui um instrumento de política pública. Como bem observa Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 67), este aspecto muitas vezes ocupa uma posição de segundo plano no debate jurídico, em razão do foco normalmente voltar-se para a relação entre poder concedente, concessionário e usuários. Quando o assunto é *tarifa de serviço público*, chama mais atenção dos estudiosos e aplicadores do Direito a sua repercussão na relação entre usuários e concessionários. Embora muitas vezes esquecido, determinar o valor de uma tarifa possui importância que vai além dos interesses das partes envolvidas diretamente na prestação de serviços públicos.

O poder concedente - além de atuar na relação entre esses dois atores da concessão (concessionárias e usuários), intermediando possíveis conflitos de interesses existentes entre eles (as primeiras almejam o maior retorno possível de seus investimentos; os últimos querem tarifas baixas e serviços de qualidade;) - institui políticas públicas para a execução do serviço através do regime jurídico tarifário que será adotado no caso concreto.

Entender isso - que a fixação de um regime tarifário reflete uma opção política relacionada à aplicação de uma determinada política pública - é um pressuposto de compreensão de que não existe critério preestabelecido para cada concessão e que determine a

forma como as tarifas serão fixadas: “Seria simplista defender que a fixação de tarifas devesse tão-somente refletir os custos da prestação do serviço, acrescidos de um adicional correspondente à remuneração do prestador do serviço”. Ou seja, o regime tarifário a ser adotado depende muito mais de uma decisão política, não sendo meramente uma “aplicação de dados objetivos, que visem unicamente a fixação de um preço justo para a prestação de dado serviço”. A tarifa configura um importante instrumento de realização de políticas públicas pelo Estado (CÂMARA, 2009, p. 68).

Assim, cada ente federativo tem liberdade para escolher entre os seguintes arranjos tarifários: (i) concessão comum: usuário arca com a remuneração principal ou total; (ii) concessão patrocinada: usuário arca parcialmente com a remuneração do serviço; (iii) prestação direta ou concessão administrativa: o serviço é custeado por recursos orçamentários estatais. Essas escolhas “são temas privativos de política pública, que desce a minúcias quando se trata da demarcação em concreto do valor da tarifa nas concessões comuns” (MOREIRA, 2010, p. 323).

Os contratos de concessão normalmente são de longo prazo. Com isso, compreendem períodos superiores a mandatos de governantes políticos. Dessa forma, devem enquadrar-se no planejamento de políticas públicas do país. A escolha de um determinado regime tarifário vincula-se a objetivos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, tais como educação, emprego e crescimento econômico. Apresenta finalidade de interesse social inquestionável.

A política tarifária (e seu respectivo regime jurídico), por ser a representação da aplicação de uma determinada política pública, não obriga que todas as tarifas sejam iguais em diferentes projetos de concessão. O que se busca é a satisfação de interesses coletivos, e não o benefício de um ou outro usuário ou do concessionário. Sendo assim, dependendo do objetivo que se almeja alcançar, a forma de constituir o valor de uma determinada tarifa pode variar, seguindo os preceitos básicos contidos no ordenamento jurídico.

Sobre esses interesses superiores, não foi em vão que o art. 175 da Constituição Federal previu que a fixação tarifária para os serviços deve ser “política”. Isso significa que a tarifa não deve apresentar características simplesmente econômicas, a fim de unicamente cobrir custos, remunerar o concessionário, dar mais eficiência e expansão aos serviços: “deverá também estar dirigida a assegurar a máxima generalidade possível de cobertura, a custo acessível, e harmonizando todos os interesses econômicos e *sociais* em jogo” (MOREIRA NETO, 2005, p. 442, grifo nosso).

3.4 A FIXAÇÃO DO VALOR DAS TARIFAS

A tarifa consiste no valor pago pelo usuário para usufruir de um serviço e/ou infraestrutura. Apesar desse conceito ser simplificado frente a inúmeras discussões que envolvem o instituto, configura uma delimitação útil para os fins do estudo proposto no presente trabalho. Dentro de uma concessão, é a contraprestação devida pelo usuário em razão de serviço público que a ele é prestado pela concessionária⁴⁷. Distinguem-se das taxas por inúmeros aspectos. Dentre eles, pode-se destacar o fato de não necessitarem de lei para serem criadas ou aumentadas (como determina o inc. I do art. 150 da CF com relação às taxas). Não se submetem também ao princípio da anterioridade, pois, por estarem estreitamente vinculadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (como se verá adiante), requerem uma maior flexibilidade quanto a sua alteração para atenderem à dinâmica e constante alteração dos fatos na evolução contratual.

A tarifa pode apresentar, num primeiro momento de análise, uma aparente natureza contratual, em razão dessa sua ligação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato entre o poder concedente e a concessionária. Porém, também sofre forte regulação estatal. Vincula-se a atividades relacionadas ao cumprimento dos serviços que são elencados como público, e como tal, tem seus contornos bastante delimitados pela lei. Recebe parametrização legal pelo ente titular do serviço público (através da elaboração, por lei, da política tarifária) e regulamentação por parte da Administração Pública.

Tudo isso reduz a margem de liberdade negocial entre as partes envolvidas na concessão, seja entre concessionário e usuário, ou entre aquele e o poder concedente. Além disso, a tarifa ainda se submete ao controle administrativo pelo Poder Público. O poder concedente, na esfera do contrato de concessão, pode utilizar-se de atos administrativos para promover alterações no valor da tarifa. Por essa razão, “muito embora as tarifas façam parte

⁴⁷ Vale lembrar que os usuários podem não ser os únicos a arcarem com a prestação do serviço. Conforme ensina Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 65): “Admite-se a aplicação do sistema tarifário para a remuneração de serviços prestados a outros prestadores de serviços públicos, algo constatado nos serviços que sofrem um processo de desmembramento vertical – como o de energia elétrica, por exemplo, em que empresas distribuidoras de energia remuneram outras prestadoras responsáveis pela transmissão e produção de energia. Também é expressamente prevista em lei a possibilidade de outras fontes de receita para a empresa concessionária, que sejam oriundas de receitas alternativas, complementares, acessórias, de projetos associados ou até mesmo de subsídios estatais. Mais recentemente, a legislação (Lei 11.079/2004) admitiu que a própria Administração remunerasse o concessionário, nos casos de concessão administrativa ou patrocinada (modalidades de parceria público-privada)”. Algumas dessas situações abordadas por Câmara serão analisadas com mais detalhes adiante.

da equação econômico-financeira das concessões, elas podem vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, assumindo, por este prisma, caráter regulamentar, e não contratual” (CÂMARA, 2009, p. 48).

Em que pese fazer parte do contrato e ser indispensável à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do mesmo, conforme explicado no parágrafo anterior, as cláusulas tarifárias possuem natureza regulamentar. Isso permite que o poder concedente possa alterá-las unilateralmente, em razão de continuar sendo o titular do serviço público. No entanto, essas alterações devem seguir determinados parâmetros legais, que estão contidos na Lei Geral de Concessões.

Após essas considerações iniciais sobre a natureza jurídica da tarifa, passa-se à análise de determinadas opções e fatores disponíveis a serem utilizados em uma política tarifária pelos agentes públicos, para compor a remuneração do serviço na concessão.

3.4.1 Os critérios de escolha da proposta vencedora da licitação previstos na Lei Geral de Concessão

A fase da licitação durante um processo de concessão é extremamente importante para o sucesso dessa forma de execução de serviços públicos e guarda estreito vínculo com a fixação das tarifas. A licitação consiste em um procedimento administrativo que tem por objetivo selecionar a melhor proposta apresentada pelos que desejam contratar com a Administração Pública, tendo como pressuposto, principalmente, uma competição entre os interessados, onde serão avaliados aplicados determinados critérios previstos em lei para que se estabeleça o vencedor.

Com relação específica às concessões, a licitação deve ser realizada de forma a garantir a atração do maior número possível de interessados, justamente para beneficiar a competição e concorrência entre os mesmos. Conforme esclarecem Gasiola e Marrara (2015, p. 152):

De um lado, é preciso que se desenhe o procedimento licitatório de maneira a se seduzir o maior número de interessados ao certame, favorecendo a competição pelo contrato. A atratividade do certame depende do desenho de seu objeto e se mostra inversamente proporcional à dimensão das barreiras técnicas e financeiras a ele relacionadas. Dizendo de outro modo: o número de empresas capazes ou interessadas em competir pelo contrato tenderá a se reduzir quando o projeto for de complexidade muito elevada ou quando a execução do contrato exigir investimentos extremamente vultosos, ou, também, quando se previr inadequada taxa de retorno ao concessionário.

A instauração de procedimento licitatório atentando-se às recomendações acima expostas garantirá que o projeto de concessão se mostre atrativo ao setor privado, aumentando as chances de que surjam mais interessados em concorrer para a obtenção da execução do serviço.

Em seguida, é necessário esclarecer que a fixação do valor da tarifa será feita, conforme o art. 23, inc. III da Lei nº 8.987/95, após a escolha do vencedor, no respectivo contrato de concessão, que será lavrado entre o poder concedente e o ente privado que logrou êxito na apresentação de sua proposta na licitação. Isso não poderia ser diferente, já que o valor da tarifa é elemento essencial à composição do equilíbrio econômico-contratual. Este, conforme será analisado adiante, possui natureza contratual e só pode ser alterado através de acordo entre o poder concedente e o concessionário.

Em seguida, a Lei nº 8.987/95 prevê algumas formas quanto ao modo em que se fixa a tarifa, configurando, cada qual, uma opção diferente que pode ser adotada no regime tarifário da concessão. De acordo com o art. 9º do referido diploma legal, a valor da tarifa do serviço público concedido é fixado em razão da proposta vencedora da licitação que outorga a concessão. Para isso, a lei estabelece que podem ser adotados diversos critérios de julgamento que têm o valor da tarifa como característica relevante para se definir qual será a proposta que logrará êxito na licitação.

O primeiro critério diz respeito ao julgamento das propostas quanto ao menor valor de tarifa proposto (inc. I do art. 15 da Lei nº 8.987/95). Aqui, o ente privado que oferecer a execução do serviço pelo menor valor de tarifa a ser cobrada dos usuários consagra-se vencedor da licitação, desde que, obviamente, assuma todos os demais requisitos da prestação, conforme disposto no edital, no contrato vindouro e nas normas regulamentares. O foco é, nesse caso, o oferecimento da menor tarifa aos usuários, comportando-se tal fato como um critério exclusivo na escolha.

Existem outros critérios, conforme determinam os incisos II e V do art. 15 da Lei nº 8.987/95, em que o valor mais baixo da tarifa influencia, mas não constitui o critério único a determinar quem vencerá a licitação. Assim, poderá ser conjugado com o da maior oferta pela outorga da concessão e com o da melhor técnica.

Há ainda outros casos em que o valor da tarifa não é levado em consideração para se determinar o vencedor. É o caso da outorga em razão da maior oferta (hipótese do inc. II do art. 15), da melhor proposta técnica (inc. IV do art. 15) e da combinação entre esses dois critérios (inc. VI do art. 15). Há ainda a hipótese do inc. VII do art. 15, que prevê a escolha pelo critério da melhor oferta, após qualificação das propostas técnicas.

Compreender que existem essas possibilidades de opções de julgamento das propostas ao se licitar um serviço público será importante entender os impactos que a escolha de um ou outro causará na modicidade das tarifas, conforme será analisado no próximo capítulo.

3.4.2 O princípio da isonomia na política tarifária, o acesso ao serviço público, a gratuidade e a possibilidade de diferenciação de tarifas

A observância ao princípio da isonomia (ou da igualdade) configura mais uma regra geral de fixação de tarifas. Estabelece o art. 13 da Lei nº 8.987/95 que “As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”. O dever de obediência ao referido princípio faz parte da atuação administrativa pública no geral e, em razão disso, não poderia ser diferente em matérias relacionadas à prestação de serviços públicos, mesmo quando executados por particulares. Para evitar qualquer dúvida a respeito, o legislador positivou esse entendimento, ao estampá-lo expressamente no referido dispositivo da Lei Geral de Concessões (CÂMARA, 2009, p. 77).

Assim, sob um viés formal, a criação e a cobrança de tarifas não podem ser realizadas com tratamentos diferenciados entre os usuários. Obedecer ao princípio da isonomia, no entanto, vai além dessa característica. Requer que se imponha um tratamento

igualitário entre os iguais, e diferente quanto aos que apresentem diferenças que justifiquem as exceções (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 10-11).

Importante ressaltar que apenas quando existir “características técnicas e custos específicos diferenciados entre segmentos de usuário é que a lei autoriza, *a priori*, a adoção de diferença no regime tarifário”. Ou seja, o tratamento diferenciado nessas hipóteses não fere o princípio da isonomia⁴⁸. Ocorre justamente o contrário: a favor dele que se estabelece a diferença nas situações diferentes, sendo que, nas outras situações, a regra será a “unicidade de regime tarifário entre os usuários” (CÂMARA, 2009, p. 77).

Vale lembrar também que a previsão genérica do art. 13 da Lei Geral de Concessões não impede a criação de novas diferenças no regime tarifário em prol do princípio da isonomia, que não somente as previstas no dispositivo. Com isso, cada ente detentor da titularidade do serviço público possui margem de liberdade para definir critérios, não baseados apenas em fatores técnicos ou econômicos, mas visando preservar a igualdade material entre os usuários, que justifiquem a estipulação de um tratamento diferenciado numa determinada política tarifária. No final das contas, o assunto está intrinsecamente vinculado à implementação de uma determinada política pública, resultado de opções políticas, como já se analisou previamente.

Pode-se citar como exemplos de tratamentos diferenciados que se vinculam a uma finalidade pública específica a implementação de regimes tarifários específicos para o incentivo à educação, a proteção ao idoso e para a busca do pleno emprego. Estabelecer diferenciação tarifária para essas categorias de usuários não macula o princípio da isonomia, pois objetiva reconhecer as diferenças existentes entre eles e os demais usuários, que justificam a forma excepcional de tratá-los e que, normalmente, estão associadas a uma determinada política pública (CÂMARA, 2009, p. 78). No final das contas, a população no geral se beneficia desse trato especial.

A regra do art. 13 da Lei Geral de Concessões e o atendimento ao princípio da igualdade justificam, portanto, a fixação de gratuidades e das chamadas tarifas diferenciadas.

⁴⁸ De acordo com Bandeira de Mello (1993, p. 38-39), sobre as hipóteses que justificam tratamentos diferenciados, “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”. O autor continua seu raciocínio expondo que “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a gratuidade ou não de um serviço consiste, em primeiro lugar, em uma opção política. Assim, fica estabelecido na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais que determinados serviços públicos são prestados de forma gratuita a todos os usuários ou, em situações específicas, a um determinado grupo de pessoas, que não teria como pagar por eles, sem comprometer a própria subsistência (GROTTI, 2003, p. 290)⁴⁹. Por vezes, a gratuidade surge no texto constitucional (educação). Em outros momentos, aparece em lei ordinária (saúde) e, mesmo quando estiver ausente do texto, poderá surgir por decisão administrativa expressa em edital de licitação e lastreada em estudo de viabilidade (por exemplo, na área de transporte coletivo).

Em vez de determinar a gratuidade geral, é possível trabalhar com técnicas de cobrança diferenciada. Surgem assim as tarifas diferenciadas, que se dividem em dois grupos: as tarifas extrafiscais e as tarifas sociais⁵⁰. Natália de Aquino Cesário (2014, p. 56), em estudo sobre a discriminação na cobrança de tarifas de energia e telefonia, sobre as duas categorias de tarifas diferenciadas explica que: a primeira diz respeito à tarifa que “visa à socialização e à universalização do serviço público, chamada de tarifa social”. A segunda categoria refere-se às “tarifas extrafiscais, que visam à preservação dos bens escassos envolvidos com a utilização do serviço público na concessão, que são as tarifas de cunho meramente regulatório”.

Para as finalidades do presente estudo, não há que se prolongar na análise das tarifas extrafiscais, modalidade de tarifa diferenciada que objetiva fixar valores superiores aos necessários para remunerar o concessionário, sem que este saldo “extra” seja destinado diretamente a outros usuários com o intuito de promover a ampliação do acesso ao serviço. Os motivos são outros, apesar de visarem também ao bem comum, tais como o combate à

⁴⁹ Exemplo de gratuidade estampado na Constituição Federal de 1988 é a garantia de gratuidade do ensino público em estabelecimentos comerciais no inc. IV do art. 206 da CF/88 (com a exceção prevista no art. 242 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Garantiu também, aos maiores de sessenta e cinco anos de idade, a gratuidade do transporte coletivo urbano (art. 230, § 2º) e aos filhos e dependentes de trabalhadores urbanos e rurais, até cinco anos de idade, a assistência gratuita em creches e escolas (inc. XXV do art. 7º). Outras situações de gratuidade também podem ser encontradas no art. 5º da CF: o inc. XXXIV determina que são assegurados a todos, “independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” e “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”; o inc. LXXIV prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; e o inc. LXXVI estabelece que o registro de nascimento e a certidão de óbito “são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei”.

⁵⁰ Segundo Natália de Aquino Cesário (2014, p. 56), em estudo sobre a discriminação na cobrança de tarifas de energia e telefonia, existem dois tipos de tarifas diferenciadas: o primeiro diz respeito à tarifa que “visa à socialização e à universalização do serviço público, chamada de tarifa social. O segundo tipo de tarifa diferenciada são as tarifas extrafiscais, que visam à preservação dos bens escassos envolvidos com a utilização do serviço público na concessão, que são as tarifas de cunho meramente regulatório”.

poluição, o uso controlado de bens escassos etc. A análise a seguir concentra-se, por isso, nas tarifas sociais e nos meios de cobertura do *deficit* que ocasionam na remuneração normal do serviço.

3.4.2.1 Capacidade contributiva, tarifas sociais e seus respectivos meios de contraprestação

A regra geral em uma concessão é a fixação de tarifas que apresentem valores que os usuários possam suportar, garantindo a universalidade do serviço e que ocasionem a correta remuneração do concessionário, em prol do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Porém, há situações em que o valor normal das tarifas não serve às finalidades de universalização do serviço. Nessas circunstâncias, surge a necessidade de estabelecimento de tarifas diferenciadas para usuários que possuam menor poder aquisitivo, que são conhecidas como “tarifas sociais”.

Frente à capacidade contributiva dos usuários, vale lembrar a lição de Marçal Justen Filho (2003, p. 376) sobre a necessidade de existência de tarifas sociais:

Aplicar-se-ia uma modalidade de princípio da capacidade contributiva, de molde a que os desvalidos do destino recebessem tratamento mais favorecido. Não parece questionável a validade (aliás, obrigatoriedade) dessa solução, em face dos princípios constitucionais fundamentais. O Estado brasileiro fundamenta-se sobre certos princípios basilares, entre os quais os da proteção à dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza como objetivo fundamental.

A falta de dinheiro suficiente para o acesso a serviços públicos não pode se tornar um empecilho à utilização dos mesmos. Isso é um tipo de solidariedade, conforme explicou Justen Filho, prevista constitucionalmente no Brasil. A pobreza requer intervenção direta do Poder Público. As pessoas que menos dispõem de recursos são as que mais precisam do uso dos serviços públicos, pois de outra forma dificilmente os obterá.

Dessa forma, a lei de política tarifária deve prever quais as situações que comportam benefícios tarifários, com a finalidade de atender ao princípio da isonomia e garantir a universalização dos serviços.

A lei que estabelece a política tarifária deve selecionar quais são as categorias de usuários que necessitarão do uso da tarifa social que lhes garante o pleno acesso ao serviço. Essa diferenciação ocorrerá para cada tipo de serviço público, de forma específica. Assim, por exemplo, um “grupo de estudantes de escolas públicas pode ser considerado como beneficiário de tarifa social para o transporte urbano, mas dificilmente será estimado para os serviços de esgotamento sanitário” (ALMEIDA, 2009, p. 88), sendo que, nestes casos, outros critérios serão adotados como primordiais, como o nível de pobreza extrema de certos grupos familiares e o grau de insalubridade a que estão sujeitos no local onde residem.

A questão problemática que envolve a fixação de tais tarifas sociais (bem como das gratuidades) é que as mesmas provocam uma deficiência de recursos financeiros na contraprestação remuneratória da concessão. Quando são estipuladas para uma determinada categoria de usuários, os valores arrecadados não serão satisfatórios a arcar com todos os custos incidentes na execução do serviço público.

A falta da devida contraprestação do Estado para uma gratuidade ou estipulação de tarifa social, principalmente quando determinada ao longo da execução de um contrato de concessão, traz prejuízos ao equilíbrio econômico-financeiro e à segurança jurídica – situação que será analisada no próximo item.

3.4.2.2 Subsídios cruzados e subsídios estatais

Ao estabelecer uma diferenciação tarifária, com o intuito de garantir a isonomia e o acesso universal ao serviço, a política tarifária deverá prever também as correspondentes técnicas de compensação, para que a remuneração do serviço e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato restem preservados. Após a determinação do grupo de usuários que necessitam do tratamento diferenciado com a aplicação das tarifas sociais, é imprescindível que se fixem as fórmulas através das quais será garantido o pagamento do *deficit* na

remuneração do serviço. Isso poderá ocorrer através de subsídios pagos pelos próprios usuários (também conhecidos como subsídios cruzados) ou através de subsídios pagos pelo próprio Estado⁵¹.

Sobre os subsídios cruzados garantidos pelos usuários do serviço, Sundfeld e Câmara (2006, p. 610) escrevem que um grupo de usuários arcará com uma parcela dos custos resultantes da prestação do serviço público a outros usuários:

Trata-se de uma forma de distribuir os custos do serviço de uma maneira independente do ônus que cada um tenha gerado. Na maioria das vezes em que o sistema é adotado, busca-se cobrar mais da parcela de usuários teoricamente detentora de maior poder aquisitivo, para que seja possível cobrar menos de usuários com capacidade econômica inferior. É o que ocorre, por exemplo, quando são fixadas tarifas idênticas para a utilização de distintas linhas de transporte coletivo municipal. Independentemente dos custos envolvidos, todos os usuários pagarão a mesma quantia; o que usa uma linha mais rentável pagará o mesmo que o usuário de uma linha deficitária; o que usa um trecho curto pagará o mesmo daquele que usa o serviço para vencer longas distâncias. Ou seja, o valor cobrado acima dos custos de um grupo subsidia o valor cobrado dos custos de outro.

Existem diversas maneiras de se instaurar subsídios cruzados para compor a remuneração do serviço público prestado com tarifas sociais. Dentre elas, é possível destacar as seguintes: (i) *subsídios entre usuários*, pelos quais uma determinada categoria patrocinará o serviço para outra, como acontece com os setores industriais e comerciais que financiam serviços de abastecimento de água para fins residenciais ou ainda com a estipulação de tarifas mínimas, que favorecem os usuários mais pobres; (ii) *subsídios entre faixas de consumo*, pelos quais quem utiliza mais paga um valor proporcionalmente maior frente aos que utilizam menos (caso das tarifas diferenciais crescentes); (iii) *subsídios entre regiões geoeconômicas*, quando uma região mais desenvolvida subsidia valores a regiões próximas e menos estruturadas (ALMEIDA, 2009, p. 89).

⁵¹ A Lei nº 8.987/95, em seu art. 17, emprega a expressão “vantagens ou subsídios” ao expor que “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”. Já a Lei nº 4.320/64, no seu art. 12, § 2º utiliza a palavra “subvenções”, determinando que “Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado”, classificando-a ainda em sociais (art. 12, § 3º, inc. I) ou econômicas (art. 12, § 3º, inc. II combinado com o art. 18, parágrafo único, alíneas a e b). Neste trabalho, o termo utilizado será “subsídios estatais”, conforme previsto na Lei Geral de Concessões, significando quantias em valores que são repassadas pelo Poder Público ao concessionário para remunerá-lo nas situações em que ocorram débitos decorrentes da implantação de tarifas sociais.

Sobre os subsídios mantidos pelos próprios usuários do serviço público, como forma de remunerarem o estabelecimento de tarifas socialmente diferenciadas, Gladys Vásquez Franco (1991, p. 13-14, tradução nossa) escreve que:

O *design* dos sistemas tarifários deve atender a esquemas racionais em razão de seu impacto em aspectos múltiplos da vida de um país. Isso influencia não somente os orçamentos domésticos, os custos e as estruturas dos setores produtivos, mas também o financiamento das empresas responsáveis pela prestação do serviço. É necessário estabelecer tarifas diferenciadas, conforme se trate do setor produtivo ou de famílias de renda alta, média ou baixa. Deve ser cobrados das famílias de rendas mais baixas tarifas de menor valor, além de subsidiar ou subvencionar o seu consumo de serviços públicos. O subsídio deve ser tanto maior quanto mais essencial for o respectivo serviço⁵².

Subsídios concedidos diretamente pelo Estado configuram outra forma de se proceder à correção da falta de remuneração suficiente a cobrir os custos da prestação do serviço, quando se estipulam tarifas sociais. Importante destacar que neste tipo de cobertura extra de *deficit*, é a própria sociedade quem arca com a implantação da tarifa diferenciada, uma vez que o dinheiro será proveniente dos cofres públicos. Conforme elucida Aquino (2014, p. 58), os subsídios estatais consistem em interessante possibilidade para cobrir os custos com as tarifas sociais, de modo que o próprio Estado arca com o prejuízo que se originou da necessidade de reduzir ou suprir uma determinada desigualdade econômica. Com a utilização desse meio, “se os cofres públicos arcarem com o custo da tarifa social (que será o valor do fornecimento – exploração e manutenção – do serviço público para determinados usuários de baixa renda), a própria comunidade é que arcará com os encargos”.

Existe uma ampla discussão doutrinária acerca da legitimidade do uso de subsídios estatais nas concessões de serviços públicos. Críticas são apontadas no sentido de tais subsídios acarretarem mais malefícios que benefícios, uma vez que o objetivo da concessão seria justamente não haver mais gastos por parte do Estado com a prestação do serviço, que poderia empregar esses recursos em outras atividades. É a posição, por exemplo, de Marçal Justen Filho (2003, p. 407-408), para quem “Essa solução configura-se como altamente

⁵² No texto original: “El diseño de los sistemas tarifários deve atender a esquemas racionales dada su incidencia en múltiples aspectos de la vida de un país. Estos influyen no solo en los presupuestos familiares, los costos y estructura de los sectores productivos, sino también en la financiación de las empresas responsables de su prestación. Es necesario establecer tarifas diferenciales, según se trate del sector produtivo o de familias de ingresos altos, medios o bajos. A las familias de menores ingresos há de cobrárseles tarifas inferiores, e inclusive subsidiar o subvencionar el consumo de servicios públicos. El subsidio debe ser tanto mayor cuando más esencial sea el servicio respectivo”.

indesejável, frustrando as finalidades da concessão”. O autor destaca que “o Estado não realizará o motivo fundamental que conduziu à outorga, relacionado com a eliminação dos encargos necessários à manutenção do serviço”. Faz um alerta, ainda, que “as teorias econômicas costumam apontar esses subsídios como causa fundamental de males muito graves, gerando mais problemas que benefícios sociais”⁵³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 109) apresenta posição favorável à outorga de subsídios estatais em concessões deficitárias. Di Pietro sustenta que a conclusão pela legitimidade do uso de tais subsídios advém da interpretação a *contrario sensu* do art. 17 da Lei Geral de Concessões. Segundo o referido artigo, considera-se desclassificada a proposta que necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei. Dessa forma, o legislador teria deixado claro que existe a possibilidade de autorização, através de lei, de subsídios estatais nas concessões.

Florianio de Azevedo Marques Neto (2004, p. 341), ao explicar sobre as diferentes formas de subsídios que podem incidir em uma concessão, também apresenta opinião favorável à legalidade dos que provêm do Estado:

Três podem ser, de forma bastante simplificada, as modalidades de subsídio. Pode haver subsídio entre serviços, quando uma modalidade de serviço mais rentável gera excedentes econômicos que neutralizam parte dos custos dos serviços deficitários. Pode haver subsídios entre usuários, quando uma classe de usuários mais aquinhoadas ou mais que se utiliza do serviço gera receitas suficientes para reduzir o impacto do uso por classes de usuários menos aquinhoadas. Por fim, há o subsídio externo (que inclusive é preferível do ponto de vista econômico) no qual o valor necessário para equilibrar o impacto de operação deficitária pela cobrança de tarifa menor que os custos advém de fonte externa, normalmente um fundo específico ou de origem fiscal.

Em que pese a discussão doutrinária, os subsídios estatais são constantemente empregados nas concessões. Sua concessão, no entanto, deve sempre ser precedida de estudos econômico-financeiros. Tais informações devem ser fornecidas pela respectiva agência reguladora, principalmente nas situações em que o contrato de concessão já esteja em curso.

⁵³ Esse também é o entendimento de Joana Paula Batista (2005, p. 46). A autora sugere que, nas situações em que existe gratuidade total prevista na Constituição ou na lei, a delegação da atividade para o setor privado deve ser proibida, pois uma das características essenciais das concessões é a remuneração pela exploração do serviço, e não através de subsídios estatais: “Caso assim fosse, apesar de não estar arcando diretamente com o serviço, como faz com os delegáveis, o usuário estaria, em última análise, suportando a carga indiretamente, através do pagamento de impostos”.

O mercado em que a atividade é executada também pode ser uma importante fonte de dados, mesmo que em alguns casos possa haver uma falta natural de informações, como configura o caso de mercados monopolísticos. Dados advindos do próprio concessionário também são necessários. A situação aqui quanto à necessidade de devido embasamento técnico e econômico se assemelha muito ao contido no art. 10 da Lei nº 11.079/2004, podendo tal dispositivo ser tomado como orientação a ser seguida pelos órgãos estatais responsáveis pela outorga de subsídios, no que for pertinente às concessões comuns⁵⁴.

Existe ainda outra possibilidade de concessão de subsídio, que acontece em delegações de serviços públicos nas quais não há qualquer pagamento de tarifa pelos usuários. Em que pese inúmeras críticas a esse modelo nas concessões comuns⁵⁵, não há qualquer impedimento a ele, uma vez que não se encontra óbice no art. 175 da Constituição Federal, nem na Lei nº 8.987/95. Se esta formatação for mais vantajosa em termos econômicos e o serviço for prestado de forma adequada, com eficiência superior em todos os níveis comparado à forma direta que antes era executado, não há motivos para impedir o subsídio total por parte do Estado, que custeará toda a prestação do serviço pela concessionária. Quanto aos riscos do negócio a que se sujeitaria a concessionária, basta estarem precisamente esclarecidos no contrato de concessão.

A responsabilidade pela prestação do serviço tem fundamento na existência de vínculo direto entre a concessionária e os usuários. Não advém da sua forma de remuneração (sejam por tarifas, subsídios, receitas alternativas etc.). Para a existência da concessão, é suficiente que o particular desempenhe a atividade em seu próprio nome, investido pelo Estado, titular do serviço, em prerrogativas públicas por ele atribuídas, com relação direta com os usuários, assumindo responsabilidade em face desses últimos e de terceiros.

⁵⁴ É o caso da orientação determinada pelo inc. I do art. 10 da Lei n. 11.079/2004. De acordo com o dispositivo, a abertura do processo licitatório na contratação de parceria público-privada, previamente precedida de licitação na modalidade de concorrência, fica condicionada a “autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa”.

⁵⁵ Di Pietro (2010, p. 108) alega que a essencialidade da concessão reside no pagamento ao concessionário por receitas provenientes da exploração comercial do serviço, ainda que não que sejam diretamente pagas pelo usuário. Por essa razão, critica essa modelagem em que o Estado subsidia completamente a execução do serviço pelo particular.

3.4.2.3 Subsídios estatais nas concessões comuns e as parcerias público-privadas

Ante a edição da Lei nº 11.079/04, que institui as parcerias público-privadas, vale a pena analisar se continua existindo a possibilidade de outorga de subsídios estatais para as concessões comuns, já que a remuneração pelo Poder Público é umas das características mais marcantes das parcerias público-privadas, nova forma de delegação de serviços públicos às concessionárias.

A princípio, não há indícios de impedimentos aos subsídios estatais nas concessões comuns, após a edição da Lei nº 11.079/04. Isso porque a remuneração pelo Poder Público é apenas um dos atributos do contrato de parceria público-privada, que apresenta outros tão importantes quanto, como o fato de requerer regime especial de financiamento, constituição de um fundo para garantia das obrigações públicas, existência de órgão gestor, critérios para repartição de riscos, dentre outros:

A permanência dos dois regimes de concessão com subsídios estatais, o da comum e o da parceria público-privada se torna válida, não só pelas condições especiais acima citadas, mas, porque, ao menos em âmbito federal, o limite para tal contratação monta em vinte milhões de reais, o que restringiria a iniciativa do Poder Público na participação em outros projetos de valores menores, mas igualmente fundamentais para garantir, por exemplo, a universalização (ALMEIDA, 2009, p. 115).

Destaca-se ainda que a concessão de subsídio estatal que custeie totalmente o serviço nas delegações da Lei nº 8.987/95 não a transformam em uma parceria público-privada. Além do mencionado limite de valor, vale lembrar que nas parcerias público-privadas o serviço não é autofinanciável, fato que não ocorre na concessão comum, na qual o surgimento da necessidade de subsídio estatal se origina na implantação de tarifas diferenciadas (sociais ou gratuidades).

3.4.3 As fórmulas utilizadas para a fixação do valor da tarifa (ou modelos de estruturação tarifária)

Como verificado nos parágrafos anteriores, a remuneração na concessão de serviços públicos ocorre, na maior parte dos casos, através do recebimento de tarifa cobrada dos usuários do serviço. A tarifa deve garantir, de um lado, a cobertura dos custos, dos investimentos e do lucro do concessionário, e de outro, o amplo acesso ao serviço público pelos usuários. A política tarifária de cada setor promovida por cada ente titular do serviço deve prever os critérios genéricos referentes às tarifas no tocante à sua estruturação e aferição, sendo que o contrato, caso a caso, estabelecerá a melhor forma de seguir as previsões genéricas.

Egon Bockmann Moreira (2010, p. 321-322) faz um alerta quanto à matéria, afirmando que a fixação das tarifas é uma das questões mais difíceis referentes à concessão de serviços públicos, principalmente de alguns anos para cá, quando a quantidade de variáveis relacionadas à configuração da justa remuneração do concessionário e dos diversos níveis de concorrência diversificou-se exponencialmente. Também conforme já analisado anteriormente neste trabalho, a regulação da fixação de tarifas não se refere apenas à receita do projeto de concessão e valores pagos pelo usuário; sua correta análise e aplicação relacionam-se à execução de políticas públicas previstas constitucionalmente, ligando-se, assim, a objetivos maiores do Estado.

Levando-se em consideração o aspecto funcional da tarifa como veículo através do qual ocorre a remuneração do concessionário pela prestação do serviço público (ou de parte dela, como o é em alguns casos), há inúmeras fórmulas para se chegar à quantificação do seu valor, que são próprias do campo de outras ciências (financeiras, econômicas e contábeis).

É possível dizer que o cálculo das tarifas em um contrato de concessão é feito através dos seguintes modelos tradicionais: (i) custo do serviço; (ii) custo marginal ou (iii) custo médio.

A tarifação pelo custo do serviço é a mais comumente adotada na maior parte das concessões de serviços públicos no Brasil e no mundo. Esse método dá especial enfoque à taxa de retorno do investimento e tem como objetivo principal o cobrimento das despesas com a prestação do serviço.

O valor da tarifa é quantificado a partir da soma dos valores para remunerar os custos totais incidentes na prestação mais uma margem de valor que garanta uma taxa de retorno ao concessionário. Segundo João Lizardo R. H. de Araújo (2001, p. 37), neste método de cálculo do valor da tarifa, “fixa-se a taxa de remuneração do capital investido e as tarifas são calculadas de modo a satisfazer essa taxa, para um nível de consumo previsto”. Isso faz com que o preço do serviço seja “definido pelo ponto onde a curva de custo médio (embutindo a remuneração ao capital investido) encontra a curva de demanda”.

Este método possui um grave problema, pois é difícil mensurar *a priori* quais serão os custos e investimentos que farão parte do valor da tarifa, tanto no momento da lavratura do contrato, como durante a sua execução:

Os custos incluídos e excluídos nem sempre podem ser fixados, em minúcias, pelo contrato de concessão, de modo que o agente regulador deve verificar, no caso concreto, quais deles são levados para a tarifa e em que limites, já que em homenagem ao dever de eficiência, pode haver determinação de internacionalização de custos (ALMEIDA, 2009, p. 168).

Normalmente, o que se faz é levar em consideração os custos conhecidos como históricos⁵⁶, desprezando-se os investimentos que deverão ser realizados ao longo da concessão. Isso, de acordo com Araújo (2001, p. 37-39), pode levar a ineficiências e à necessidade de subsídios cruzados⁵⁷.

Esse modelo, em que pese garantir ao concessionário o seu ressarcimento pelos custos na prestação dos serviços, dificulta uma maior eficiência, uma vez que, na teoria, serão compensados todos os gastos advindos da execução da atividade. Ou seja, não há motivações para se atuar com um melhor desempenho.

⁵⁶ Custo histórico é um termo próprio de contabilidade. Sobre ele, Themístocles Brandão Cavalcanti (1956, p. 406) explica que “é o preço pelo qual foi efetivamente comprado o material, no tempo em que foi realizada a compra. Custo de reprodução é o preço que custaria o material se a compra tivesse sido efetuada na ocasião da avaliação, isto é, o valor da instalação se tivesse sido reproduzida na época em que foi feita a avaliação. Ambos os critérios e em especial o segundo, quando considerados isoladamente, levam aos maiores absurdos, notadamente quanto à justa remuneração do capital empregado”.

⁵⁷ Ainda de acordo com Araújo (2001, p. 38), esse “procedimento é mais complexo quando existem vários bens ou serviços fornecidos pela firma. Neste caso, a definição dos diversos níveis tarifários exige rateio dos custos comuns (despesas e investimentos incorridos independentemente do mix de bens e serviços), de modo a obter preços relativos consistentes. Há três métodos mais usuais: i) segundo os custos específicos dos diversos bens ou serviços; ii) segundo as receitas obtidas pelos diversos bens ou serviços; iii) segundo as quantidades dos diversos bens ou serviços vendidas no último período. Todos os três são arbitrários (e os dois últimos são circulares) e podem levar a ineficiências e subsídios cruzados”.

Através da utilização do custo marginal, a fixação da tarifa se dá através do custo que “viabiliza a produção de uma unidade a mais do que as já produzidas e análise do lucro adicional gerado por isso”. Nele, não é considerado o custo gerado com os investimentos. Pode-se citar com exemplo, para que se possa entender na prática a situação, o esgotamento da capacidade de uma rede de infraestrutura: o custo marginal representaria o valor para se ampliar a planta com a finalidade de estabelecer mais uma unidade, considerando os lucros que poderiam disso advir e verificando se seria ou não um negócio atrativo (ALMEIDA, 2009, p. 170).

Em outras palavras, para tentar simplificar o entendimento, o custo marginal equivale ao acréscimo dos custos totais quando se aumenta em uma unidade na quantidade produzida. Em situações normais, o custo marginal decresce conforme se aumenta a quantidade produzida. Isso porque os custos fixos costumam se dissolver conforme aumentam as quantidades produzidas, sendo este efeito conhecido como “economia de escala”. O que se ganha com o efeito escala, no entanto, a partir de um determinado momento, deixa de ser suficiente para compensar os acréscimos com os custos oriundos do aumento dos custos variáveis, o que acarreta aumento dos custos marginais.

A tarifação que utiliza apenas o método do custo marginal pode gerar o risco de não se remunerar adequadamente o concessionário pelos investimentos realizados, principalmente na área de infraestrutura, em que os mesmos costumam ser de grandes valores. Nesses setores, os serviços compreendem altos investimentos em capital fixo e apresentam, na maior parte das vezes, economias crescentes de escala, com custos marginais decrescentes. A alternativa para se contornar essa situação seria cobrar dos usuários um valor adicional para a cobertura dos custos fixos, o que poderia, inclusive, excluir do mercado usuários de renda mais baixa, comprometendo o acesso ao serviço público (PIRES; PICCININI, 1998, p. 9-14).

O Custo Médio configura método de se apurar o valor da tarifa dividindo-se todas as despesas com a execução do serviço entre os usuários, proporcionalmente ao consumo. Esse custo congrega valores relacionados ao investimento inicial, que são elevados, e valores relacionados à despesa necessária à produção das unidades posteriores, que são mais baixos (JUSTEN FILHO, 2003, p. 354).

Uma crítica pertinente a esse modelo diz respeito ao fato de não levar em consideração a fixação de tarifas para categorias de usuários diferenciados. Além disso, existe uma tendência de não haver redução no valor das mesmas, “independentemente do número de usuários vinculados ao serviço ou do volume de consumo” (ALMEIDA, 2009, p. 172).

Uma nova fase de regulação incentivada tem sido adotada pelos órgãos reguladores, na qual tais formas tradicionais de cálculo de tarifas descritas nos parágrafos anteriores têm sido deixadas de lado para ceder lugar a novas propostas de regulação. Dentre elas, cita-se o custo pelo preço ou *price cap*, a regulação por padrão de comparação e a Regra de Ramsey.

No custo pelo preço ou *price cap* é adotado um valor teto para a prestação do serviço, que pode ser, dependendo do caso, oferecido pelo poder concedente ou pelo concessionário (dependendo da licitação). Fórmulas de revisão são estabelecidas, para adequação do valor da tarifa aos ganhos de eficiência na execução do serviço pelo particular. O objetivo com a utilização desse método é a diminuição dos custos dos serviços:

A ideia é, basicamente, a seguinte: o Poder Concedente transfere o serviço público ao particular, que o recebe no estado em que se encontra, sendo que a missão – o que justifica a concessão – é a ampliação da eficiência. Inicialmente o concessionário cobra tarifas com base nos custos estabelecidos pelo Estado, mas como se espera maior eficiência, é justo que se partilhe com os usuários o ganho obtido, reduzindo as tarifas após um período definido no contrato (ALMEIDA, 2009, p. 173).

No método da regulação por padrão de comparação (também conhecido como *yardstick regulation* ou *yardstick competition*), a entidade reguladora tem acesso aos balanços anuais das concessionárias, para fixar o preço do ano seguinte, tendo como referência o balanço das empresas mais eficientes, com o intuito de reduzir os custos, principalmente o da assimetria de informações. O objetivo com a utilização desse método de comparação é estimular a redução dos custos e, consequentemente, o valor das tarifas.

Conforme lecionam Mark Armstrong, Simon Kowan e John Vickers (1994, p. 75, tradução nossa), a *yardstick competition* é uma forma de regulação mais comumente adotada nos casos de monopólio natural. Procura introduzir estímulo à redução de custos entre as empresas, reduzindo as assimetrias de informação existentes com o intuito de estimular maior eficiência econômica⁵⁸.

Com o objetivo de facilitar a comparação entre as empresas, diante da heterogeneidade que apresentam, os reguladores criaram subconjuntos de firmas de

⁵⁸ Texto original: “Yardstick competition is a way of regulating several regional monopolies so as to induce a form a competition via the regulatory mechanism that weakens individual firms’ monopolies of information, and hence improves the terms of the trade-off between allocative, productive, and distributional efficiency. This is done by making the reward to one firm depend on its performance relative to that of other firms” (ARMSTRONG; KOWAN; VICKERS, 1998, p. 75)

características mais semelhantes, definindo “uma firma hipotética” (ou *shadow firm*), para ser utilizada “como critério de comparação para cada subconjunto”. Essa *shadow firm*, que é “composta pela média de variáveis representativas das empresas que pertencem a um mesmo subconjunto, é utilizada como um modelo de referência (*benchmark*) para a competição entre as firmas” (PIRES; PICCININI, 1998, p. 28).

Um grande benefício desse método de cálculo tarifário é que ele pode ser utilizado de forma complementar a outros critérios, principalmente com o método do *price-cap*. A recompensa para a empresa prestadora do serviço com a adoção em conjunto de ambos os métodos (*yardstick competition* e *price-cap*), desde que apresente custos mais reduzidos que os da “firma sombra”, seria obter lucros mais elevados.

A regra de Ramsey constitui critério adotado nos serviços em que a demanda não é fixa, sendo sensível ao preço. De acordo com Pires e Piccinini (1998, p.12), a utilização da regra de Ramsey se comporta como uma solução de *second-best* para a distribuição dos custos fixos quando é adotado o método do custo médio (*Ramsey Pricing Rule*). Assim como aquele método, o cálculo de tarifas através dessa regra também se prejudica com a assimetria de informações (normalmente as concessionárias dispõem de valiosas informações acerca da sua atividade empresarial que não chegam ao conhecimento do poder concedente). De acordo com os autores, “a regra estabelece que a distribuição dos custos fixos entre os vários produtos deve ser feita por *mark-ups*⁵⁹ sobre os custos marginais, na proporção inversa das elasticidades das demandas dos consumidores” com o objetivo de “evitar perdas econômicas para as concessionárias e de bem-estar para os consumidores”.

Assim, o consumidor-usuário que desloca sua demanda com maior rapidez tem um aumento de preço menor. Via de regra, a regra de Ramsey beneficia os usuários que apresentam poder aquisitivo maior, o que compromete, de certa forma, a acessibilidade ao serviço público. Além disso, por dar margem ao deslocamento da demanda, “pune a fidelidade do usuário, especialmente nos serviços públicos competitivos” (ALMEIDA, 2009, p. 173).

⁵⁹ *Mark-up* consiste em “um índice aplicado sobre o custo de um produto ou serviço para a formação do preço de venda, baseado na ideia de *cost plus pricing* ou preço margem; que consiste basicamente em somar-se ao custo unitário do produto ou serviço uma margem de lucro para obter-se o preço de venda” (ALVES, 2012).

3.5 AS RECEITAS ALTERNATIVAS DO ART. 11 DA LEI GERAL DE CONCESSÕES

As concessões de serviços públicos, como já abordado no presente trabalho, além de envolverem a prestação de atividades para satisfação de necessidades da população, apresentam características negociais com reflexos econômicos, em que empresas do setor privado fazem investimentos e almejam alcançar lucro.

A tarifa paga pelo usuário constitui a principal fonte de remuneração para custear a prestação de tais serviços. Com ela, almeja-se cobrir o custo da atividade, tais como o capital investido, os investimentos futuros, os meios para implementação dos requisitos de adequação do serviço, o lucro do concessionário, dentre outros.

A partir de 2004, com o surgimento das parcerias público-privadas, estudos técnicos prévios passaram a ser necessários para apontar qual o modelo de outorga do serviço à iniciativa privada se mostra mais pertinente (concessão comum da Lei nº 8.987/95 ou parceria público-privada da Lei nº 11.079/04). Hoje, nos casos em que fica constatado que o recebimento de tarifas não é suficiente para o custeio da remuneração da prestação do serviço, é recomendável a adoção dos modelos de concessão elencados na Lei nº 11.079/2004.

No entanto, diante das concessões comuns ou das parcerias público-privadas, existem meios de angariar recursos financeiros para o projeto concessório que não configuram necessariamente tarifas ou subsídios: eis as receitas alternativas. Tais receitas podem ser divididas nas modalidades de alternativas (em sentido estrito), complementares, acessórias e de projetos associados.

A Lei nº 8.987/95 faz menção a esse tipo de receita em dois dispositivos. O art. 11 assim dispõe:

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.

O segundo dispositivo do referido diploma legal é o inc. VI do art. 18, que prescreve que “as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados” devem estar contidos no edital de licitação.

Conforme previsto na lei, existem diferentes modalidades de receitas alternativas. De acordo com o art. 11 da Lei nº 8.987/95, as mesmas dividem-se em receitas alternativas *stricto sensu*, complementares, acessórias ou de projetos associados.

As receitas alternativas em sentido estrito são as que se apresentam como possível fonte de receita substitutiva à cobrança de tarifas. Segundo Justen Filho (2003, p. 373), referem-se às situações em que “mantido o mesmo objeto, aproveitam-se oportunidades no desempenho do serviço público para obtenção de receitas que substituem as tarifas. A receita é alternativa para a remuneração do concessionário”.

As receitas *complementares* têm a finalidade de integrar, completar a remuneração do concessionário. Dessa forma, acontecem juntamente com o recebimento de tarifas, objetivando a integralização com os recursos provenientes daquela. Não necessitam possuir vínculo direto com o serviço objeto da concessão.

As receitas *acessórias* caracterizam-se pelo caráter complementar que possuem perante o recebimento de tarifas, porém com vínculo direto com o serviço executado. De alguma forma, vinculam-se ao objeto da concessão e, por isso, diferem das receitas complementares. É possível citar como exemplo serviços extras disponibilizados para adesão ou não, com custos adicionais, no sistema de telefonia fixa ou móvel, tais como caixa postal, pacote de dados de *internet* etc.

Projetos associados configuram atividades econômicas desvinculadas da concessão. São atividades comerciais que poderiam ser executadas de forma independente da existência do projeto concessório. Cita-se, como exemplo, a construção de um *shopping center* às margens de uma rodovia, pela concessionária responsável por ela:

A ideia de projetos associados pode conduzir à implantação de estruturas empresariais amplas e complexas, superando largamente a experiência tradicional entre nós. Importa a inserção do objeto da concessão no âmbito de uma pluralidade de empreendimentos, de molde que os resultados econômicos globais sejam multiplicados. A concessão (especialmente aquela precedida de obra pública) passa a ser um dos pólos da atividade a ser desenvolvida. Conjuntamente com ela, desenvolvem-se outras atividades econômicas inter-relacionadas. Nessa hipótese, poderia reconhecer-se dois (ou mais) empreendimentos economicamente equivalentes, cujo

desenvolvimento conjugado caracteriza a associação a que alude o dispositivo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 373).

Importante ainda destacar, sobre os projetos associados, que eles podem se comportar como receitas alternativas, vindo a substituir totalmente a remuneração por tarifas, ou como receitas acessórias, nas quais os rendimentos poderão ser utilizados de forma conjunta com a remuneração normal da concessão. Tudo isso depende de como a questão é abordada no contrato de concessão.

As receitas alternativas, conforme preceitua o art. 11 da Lei Geral de Concessão, têm papel importantíssimo frente à modicidade tarifária. Porém, por dizer tão pouco, a lei deixa dúvidas referentes às possibilidades em que é correto o emprego de tais receitas e às finalidades em que seu uso é proposto nas concessões de serviço público. Sua utilização está vinculada de forma exclusiva a favorecer a modicidade tarifária? Ou é possível o emprego também para compor a remuneração normal do serviço, sem qualquer vínculo com a modicidade, em conjunto com ou não com as tarifas, fazendo parte do lucro do concessionário, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e eventualmente diminuindo subsídios cruzados ou valores pagos pelo Poder Público?

O exame dessas possibilidades será feito no próximo capítulo, ao se estudar os impactos de tais receitas na modicidade das tarifas.

3.6 O LUCRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A partir do momento em que ocorre a concessão de serviços públicos, desponta o objetivo de obtenção de lucratividade pelas empresas concessionárias. A lucratividade, segundo Fernando Facury Scaff (2001, p. 338), “traduz a ideia econômica de lucro, de obtenção de mais valia dentro de um sistema de produção capitalista [...], do lucro no sentido de ser tanto melhor quanto maior”.

Quando o serviço é executado diretamente pelo Estado, a figura do lucro é acidental, ou seja, nem sempre está presente. Se existir, será revertida aos cofres públicos, ocasionando

superavit ou até mesmo *deficit*, em alguns casos. As concessões abordam serviços que são capazes de gerar ganhos econômicos ao prestador do serviço. A concessionária é uma “empresa produtiva, com estilo autônomo de gestão referente ao serviço ou obra concedido. Não se concebe que o empreendedor faça investimentos sem essa perspectiva: o fundamental são as boas expectativas de lucro” (MOREIRA, 2010, p. 26).

No entanto, as concessões não configuram uma ação da iniciativa privada que almeja alcançar ganhos lucrativos especiais, seguindo a sistemática natural da ordem capitalista, desprovida de ingerências e justificativas por parte do Estado. Ou seja, não é uma “bondade conferida pelo governo a empresários privilegiados, nem um presente do príncipe a seus súditos” (MOREIRA, 2010, p. 27). Através do risco inerente aos negócios realizados na esfera privada, pode ocasionar ganhos ou perdas, porém não se desvincula dos objetivos maiores do Estado, que através de uma atuação interventiva, utilizará dessa atividade empresarial privada para atender aos escopos oriundos da ordem constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana.

Em regra, nas concessões comuns da Lei nº 8.987/1995, os ganhos empresariais advêm das tarifas pagas pelos usuários (podem ter origem também nas receitas não tarifárias, ou seja, alternativas, complementares, acessórias e projetos associados, conforme reza o art. 11 da referida Lei). Se as tarifas pagas pelos usuários, com ou sem a necessidade de receitas não tarifárias, forem suficientes para garantir a execução do serviço e os benefícios que dele se esperam, estar-se-á diante de um projeto autossustentável de concessão comum (as receitas são capazes de cobrir todos os custos operacionais envolvidos na prestação do serviço público, a amortização de investimentos e garantir uma adequada taxa de retorno ao empresário). Se insuficientes, poderão existir subsídios cruzados, subsídios por parte do Estado, a necessidade de uma parceria público-privada ou a prestação direta do serviço pelo Poder Público.

Na concessão comum, portanto, o projeto deve ser capaz de promover a prestação adequada do serviço público de forma a garantir taxa de retorno atrativa aos empresários, (além da mencionada amortização dos investimentos e dos custos operacionais). A taxa de retorno do negócio será composta por dois fatores: (i) pela rentabilidade do capital investido e (ii) pelo acréscimo a essa rentabilidade de percentual relativo ao risco do investimento (MOREIRA, 2010, p. 27).

A contrapartida dessa taxa de retorno é a obrigatoriedade de adequação do serviço, com a necessária presença de todos os requisitos exigidos pela lei. Ou seja, o empresário tem

a oportunidade de lucrar com a execução do serviço público, porém deverá prestá-lo de forma exemplar. Se assim não o fosse, não haveria necessidade de outorgar a execução do serviço à esfera privada e o Estado o executaria diretamente, já que não tem no lucro o incentivo maior de sua ação, mas sim o atendimento aos interesses públicos e aos princípios constitucionais garantidores do maior desenvolvimento do país. De acordo com Egon Bockmann Moreira (2010, p. 28):

Em contrapartida ao lucro, os contratos hão de prever prestações extraordinárias, para além daquelas outrora atribuídas ao Estado (as antigas “Leis de Rolland” ou “missões do serviço público” [...]). Não haveria lógica alguma em instalar a concessão com o intuito de gerar regalias ao concessionário ao passo que os usuários permaneceriam recebendo prestações idênticas àquelas outrora fornecidas pelo Poder Público. Há de existir uma rede de benefícios mútuos (concedente, usuários, concessionários e terceiros), pois no setor de serviços públicos o lucro do investidor deve ser o estímulo para a melhor prestação (não um fim em si mesmo).

A maior parte desses serviços públicos, até pouco tempo atrás, era prestada diretamente pelo Estado, ficando “à margem do mercado, por se entender que a satisfação, nestas condições, de determinadas necessidades coletivas básicas é um pressuposto essencial para garantir a todos o próprio exercício dos direitos e liberdades fundamentais” (NUNES, 2007, p. 95). Como analisado no tópico referente à crise na noção de serviço público, as transformações ocorridas na União Europeia quanto à figura do serviço público não são compartilhadas pela ordem jurídica brasileira. A titularidade dos serviços no Brasil continua sendo do Estado. Além dos óbices constitucionais, existem as necessidades sociais que aqui são bastante diferentes das daquele continente, onde a sistemática mercadológica capitalista pura não é capaz de atender com eficiência.

Embora a ordem constitucional brasileira estabeleça claramente no Brasil o sistema capitalista, com prestígio à liberdade de empresa, à livre iniciativa e à busca do lucro, através da oferta e da procura, os empresários, mesmo na esfera privada, não estão autorizados a exercerem esse direito de forma ilimitada. Existem diversos princípios que se comportam como verdadeiros limites a essas prerrogativas empresariais, tais como o princípio da justiça social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, dentre outros⁶⁰.

⁶⁰Até mesmo na seara exclusivamente privada, a atuação das empresas não é desprovida de intervenções estatais. O art. 170 da Constituição Federal de 1988 traz os princípios tidos como fundamentais para o desenvolvimento do país, tais como o princípio da direito de propriedade (cujo corolário é o da propriedade privada dos bens de produção) e o da liberdade de iniciativa (que por sua vez engloba o da liberdade para contratar), traduzindo um regime econômico liberal de mercado, no qual as empresas podem legitimamente direcionar seus esforços no sentido de buscar o lucro capitalista (quanto maior, melhor). Porém, o mesmo artigo constitucional mitiga e

Essa situação e esses limites são ainda mais presentes quando o empresário passa a exercer no lugar do Estado a execução de serviços públicos. O exercício da liberdade empresarial passa a ser intensamente regulado pelo Estado, para que se mantenha fiel aos fins estabelecidos em lei, que são a busca pela prestação do serviço público adequado. Nesse sentido, Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt afirma que, “a partir do momento em que o operador econômico presta materialmente um serviço qualificado como público pela ordem jurídica, a sua esfera de liberdade recebe um condicionamento intenso por ordem do Estado” (BITTENCOURT, 2006, P. 77).

O objetivo maior da concessão de serviços públicos às empresas privadas consiste no melhor atendimento à finalidade pública à qual se destina, ao escopo social de melhor desempenhar o serviço e de torna-lo o mais adequado possível, segundo o que determina o ordenamento jurídico. O objetivo não é propiciar lucro aos agentes econômicos. Este acontecerá de forma incidental e servirá como atrativo para o ente privado tomar o lugar do Estado na prestação do serviço. Segundo Fábio Konder Comparato (1995, p. 14), é “contraditório organizar o vasto setor das empresas de interesse social em função do lucro, que se não justifica, em bom Direito, senão como estímulo ou incentivo aos agentes privados, no desempenho da função social que lhes é constitucionalmente assinalada”.

Portanto, não é em torno do lucro que girará os escopos da concessão, embora o mesmo seja fator imprescindível nessa forma de execução de serviços públicos. O agente do Estado, ao decidir promover uma concessão, deve ter em mente os benefícios sociais que tal transferência a uma empresa privada venha a produzir, tanto para os usuários quanto para a população no geral. Para isso, é importante amplo debate acerca do mérito do projeto de concessão, com avaliação criteriosa de sua pertinência no sentido de promover melhoras na sua prestação. Além disso, importante também é a definição da política tarifária, tudo em prol da adequação do serviço e não do lucro do concessionário. Segundo Moreira (2009, p. 29), “Nada obstante o ganho seja pedra angular (garantido legal e contratualmente), não é em torno dele que giram a concessão e a permissão de serviços públicos – mas sim da satisfação de necessidades básicas da população”.

Em que pese possa parecer que o Poder Público abra mão de suas competências de promover o atendimento às necessidades sociais através dos serviços públicos, na realidade ocorre a necessidade de uma maior participação sua no processo. Isso, porque surgirá a

impõe limites a essas atividades ao prever a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa da concorrência, do meio ambiente e a busca pelo pleno emprego (SCAFF, 2001, p. 340).

necessidade de compartilhar a execução do serviço com o particular, não deixando, portanto, de atender à competência constitucionalmente atribuída a ele, de atendimento às necessidades básicas da população. Segundo Pedro Gonçalves (1999, p.10), o compromisso administrativo muda do caráter executivo e passa ser institucional, “consistindo no dever de garantir que as tarefas em causa” sejam exercidas de forma efetiva.

De acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, p. 4), as taxas são estabelecidas por razões políticas e os preços fixados por razões econômicas. A tarifa, no entanto, possui como causa esses dois elementos conjugados. Isso conduz à conclusão que as concessões devem ser sempre pautadas por razões de políticas públicas e não somente pelos benefícios econômicos que proporcionará ao concessionário. Um serviço público que apresente aos usuários tarifas desproporcionalmente elevadas não será socialmente eficaz e, assim, não atenderá à finalidade constitucional ou legal para a qual está previsto (ou seja, não estará cumprindo o requisito da modicidade tarifária). Se o custo assumido pelos usuários for obrigatoriamente elevado, em razão do tipo do serviço a ser prestado, o Estado o deverá prestar diretamente ou procurar outros meios, como a parceria público-privada, ou ainda, utilizar das receitas alternativas como forma de complementação da remuneração.

Com relação ao lucro, as concessões comuns da Lei nº 8.987/95 devem ser utilizadas de acordo com a realidade socioeconômica brasileira. De acordo com Moreira (2010, p. 32-33), a aplicação da Lei Geral de Concessões está inserida no contexto histórico, geográfico e socioeconômico brasileiros. Essa forma de enxergar a situação

[...] acolhe com simpatia a influência mas refuta o cego atendimento às premissas europeias dos serviços públicos – seja do século XIX ou deste século XXI – ou às *public utilities* anglo-saxônicas. Para o Direito Brasileiro eles não são nem *commodities* nem serviços econômicos de interesse geral: são serviços públicos brasileiros, nos termos da Constituição do Brasil e da legislação vigente.

Almiro do Couto e Silva (2002, p. 74), sobre as características especiais dos serviços públicos brasileiros, afirma que existe no Brasil “razoável equilíbrio entre o poder do Estado e as forças de mercado, compondo estável compromisso entre conceitos antigos e novas realidades econômicas e tecnológicas”, que permitiriam o entendimento da existência de um serviço público “à brasileira”. Sobre essa afirmação de Couto e Silva, Moreira (2010, p. 33-34) escreve que:

[...] a aplicação do direito das concessões não pode ter como ponto de partida o ambiente a ele pretérito (brasileiro ou estrangeiro), nem mesmo um Direito porventura novo, porém lançado em universo díspar: na medida em que é outro o contexto sócio-normativo, outra deve ser a construção hermenêutica.

A complexidade do assunto referente à presença do lucro privado na execução de serviços públicos reside na questão da necessidade de compatibilizá-lo com a necessidade de as tarifas apresentarem os valores mais baixos possíveis no intuito de garantir a acessibilidade do maior número de pessoas aos serviços, tudo isso num cenário brasileiro em que a maior parte das pessoas possui baixa capacidade econômica. Essa questão será esclarecida mais adiante, quando se fizer um paralelo entre o lucro e a modicidade das tarifas.

3.6.1 O lucro nas concessões de mercado concorrencial e monopolístico

A remuneração do serviço público através do recebimento de tarifas está amplamente vinculada ao sucesso das obras e serviços objetos da concessão. O concessionário, ocupando a posição de agente econômico, prestará o serviço aos usuários, cujos interesses giram em torno do preço, da qualidade, do abastecimento, da informação e da possibilidade de escolha (MOREIRA, 2010, p. 335). Na realidade, tais interesses em boa parte se confundem com os requisitos de adequação do serviço público expostos na Lei Geral de Concessões.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como se verá mais detalhadamente adiante, requer que a remuneração seja proporcional ao risco do empreendimento e suficiente para atrair empresários dispostos a investir seu capital. A autossustentabilidade da concessão é essencial na medida em que as concessões normalmente versam sobre serviços importantes para o desenvolvimento do país. Dessa forma, a remuneração paga pelo serviço deve ser proporcional à estabilidade que a concessão necessita possuir e à sua respectiva importância por vincular-se a interesses públicos.

A remuneração tem que ser suficiente para financiar a obra ou o serviço e ser proporcional aos valores investidos e aos riscos assumidos pelo empresário. No entanto, essa não é a única característica desse sistema de financiamento da prestação do serviço público:

“o regime de preços deve ser apto não apenas a pagar o investidor, mas em especial a incrementar o bem-estar social” (MOREIRA, 2010, p. 335).

Isso quer dizer que os projetos concessionários não são meramente uma ferramenta de execução de serviços públicos. Mais que isso, são políticas públicas de distribuição de renda. Dessa forma, quanto mais eficaz for o contrato e mais adequada for a prestação do serviço, mais reflexos sociais positivos no sentido de distribuir a renda gerará a concessão. Não se pode esquecer que a maior parte dos usuários são pessoas que apresentam uma capacidade econômica inferior à do concessionário (ou dos acionistas das empresas), sendo justo que, através de uma remuneração adequada, recebam uma parcela do potencial ganho com a prestação do serviço.

Miguel Angel Lasheras (LASHERAS, 1999, p. 44), ao tratar sobre o assunto, afirma que o papel do regulador é autorizar preços que possam permitir o funcionamento das empresas e evitar que as mesmas obtenham “benefícios extraordinários” em prejuízo dos usuários. O concedente diretamente, ou através das agências reguladoras, possui a tarefa de concretizar e supervisionar os ganhos desproporcionais por parte das concessionárias, tarefa essa que se inicia no momento da confecção do edital da licitação e não se encerra até a expiração final do contrato de concessão⁶¹.

Portanto, é tarefa do Poder Público deixar claros os limites da atuação da concessionária, porque a mesma não seguirá a lógica inerente da obtenção ilimitada de lucro própria do mercado privado, porque tal tarefa tem que estar em sintonia com a outra que é a de atuar constantemente no sentido da distribuição de renda.

Há duas situações distintas nas quais a questão da remuneração e lucro do concessionário merecem destaques: as provenientes de mercados concorrenciais (como é o caso do mercado de transporte coletivo, transporte aéreo, telecomunicações etc.) e mercados sob monopólio natural ou legal (fornecimento de energia elétrica, água, saneamento básico, rodovias, ferrovias, correios etc.). Nas duas situações mercadológicas, a preocupação, como foi destacado até aqui, é que a tarifa e o lucro, além de garantirem a subsistência do projeto concessório sob o ponto de vista do empresário, respeitem a capacidade econômica do usuário e produzam a distribuição de renda, no sentido da adequação do serviço público.

⁶¹ Segundo Egon Bockmann Moreira (2010, p. 336), essa é a razão para a possibilidade de existência de instrumentos técnicos que irão permitir a partilha dos “ganhos de *performance*” do concessionário. Essa questão será melhor analisada adiante, ao ser abordado os compartilhamentos de receita que agem em prol da modicidade tarifária.

No entanto, o mercado concorrencial possui características especiais que o difere do de monopólios, refletindo nos critérios para composição e controle do valor das tarifas. Nas situações de monopólio, a competição é economicamente inviável. A existência de dois agentes econômicos ocupando a posição da oferta levaria à falência de um deles ou de ambos, pois a tecnologia de produção que se apresenta no caso dos monopólios gera custos mais elevados para a produção do bem ou serviço por duas ou mais empresas, do que para apenas uma. Ou seja, não se trata de privilégio a uma determinada empresa, que explorará a atividade mercadológica com exclusividade. A situação requer que apenas uma única empresa execute o serviço, pois apenas dessa forma será eficiente.

Segundo Pedro Gonçalves (1999, p. 266), a constatação de eficiência da prestação do serviço por um único agente fica acentuada nas concessões de serviços públicos, devido aos propósitos dos mesmos de atender necessidades consideradas essenciais aos cidadãos. Em razão disso, alguns contratos preveem expressamente a proibição do ingresso de novos agentes, que configuram direitos de exclusividade expressos ou implícitos da obrigação que o poder concedente assume “de não atribuir a empresas terceiras títulos para a exploração de atividades concorrentes ou que possam fazer concorrência ao concessionário (*pactum de non licitando*)”.

As situações de monopólio, sejam as naturais, legais ou as provenientes de falha no mercado, necessitam de cautela redobrada do poder concedente e do agente regulador, pois a falta de concorrência pode levar o prestador privado a impor preços abusivos em desfavor do usuário, buscando lucros exorbitantes. De acordo com Fábio Nusdeo (2008, p. 273), este preço oriundo de uma situação de monopólio “será aquele que multiplicado pela quantidade que os compradores estejam dispostos a adquirir assegure para o monopolista uma receita bem superior ao seu custo, e aí, evidentemente, seus lucros estarão maximizados”.

O concessionário monopolista normalmente despende de vultosos investimentos no início da concessão e, por ser o único atuador naquele mercado, poderá ter o privilégio de auferir lucros que potencialmente poderão fugir da normalidade, uma vez que não haverá concorrentes durante a execução do contrato. São projetos de longa duração, para que se possa recuperar o dinheiro investido e possuem barreiras para a entrada de mais agentes no mercado.

Em razão disso, nos casos de concessão de serviços prestados em regime de monopólio, há o necessário dever do Estado, diretamente ou através dos órgãos reguladores, durante todas as etapas do processo, bem como durante a fase de execução, de multiplicar o

esforço “para que a disciplina dos serviços [...] procure substituir o mercado ideal do setor (*rectius*: as vantagens mercadológicas para o projeto), de modo que a oferta se faça nas melhores condições de qualidade e preço” (MOREIRA, 2010, p. 339).

Apesar de tudo isso, como já explicado, há determinados serviços em que a forma mais adequada de prestação que contribuirá com o menor valor possível da tarifa é a de monopólio. Nesses casos, ocorre maior eficiência na alocação de recursos e na promoção de um melhor funcionamento de economias em escala, com maior produção de produtos e maior número de usuários, o que, potencialmente, pode contribuir com a diminuição do preço. Nessas situações, existe uma determinada expectativa de demanda crescente, para contribuir com a manutenção de tarifas mais baixas.

Porém, como anteriormente ressaltado, é imperiosa a atuação constante do poder concedente e das respectivas agências reguladoras no sentido de se manter atenção constante aos valores cobrados e ao montante de lucro do concessionário, pois a sua previsibilidade para o investidor, mesmo que inibida por não consistir uma situação normal de mercado concorrencial privado, não pode se sobrepor ao caráter de distribuição de renda e de acesso aos serviços pelos usuários que as concessões devem obrigatoriamente possuir⁶².

3.7 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro, ao ser empregado numa concessão, que é um tipo de contrato administrativo, objetiva restabelecer a equivalência entre os encargos e as vantagens inicialmente pactuadas nessa modalidade de contrato, entre o Poder Público e o concessionário. Durante a fase de realização da licitação, o particular que se pretende concessionário do serviço apresenta as condições em que deseja executá-lo e, a partir da aceitação pelo poder concedente, surge uma relação ou parâmetro contratual de ônus e

⁶² Sobre o caráter distributivo de renda do projeto de concessão, Moreira afirma que “Afim, em grande parte dos serviços públicos a renda média dos acionistas certamente será maior que a dos usuários – e também aqui incide o efeito distributivo do mérito do projeto [...]. Daí a necessidade da fixação, prévia e transparente, do valor tarifário e respectivos critérios de composição, instalação, apuração, atualização e readequação. Enfim, a *disciplina* e o *controle* da tarifa” (MOREIRA, 2010, p. 340, grifo do autor).

bônus para as partes, que durante toda a existência do mesmo, deverá ser preservada contra possíveis fatos que possam acarretar qualquer prejuízo a ela.

O referido princípio fundamenta-se no pressuposto de que a relação entre encargos e vantagens estipulada inicialmente no contrato de concessão irá garantir a prestação de serviço público adequado, conforme determina a Constituição Federal e a Lei Geral de Concessões, inclusive, como será visto adiante, quanto à modicidade tarifária. A base do acordo é a equivalência entre os direitos e os deveres atribuídos às partes envolvidas, tanto durante o momento de realização do contrato de concessão, quanto ao longo de sua execução.

O princípio teve origem no início do século XX na França, a partir do julgamento de alguns casos pelo Conselho de Estado. O *arrêt Compagnie Générale Française de Tramways*, é citado pela doutrina como um desses casos, no qual foi reconhecida a existência de aspectos econômico-financeiros nos contratos entre Administração Pública e particulares. Nele foi assegurada ao ente privado a manutenção da relação de equilíbrio entre os deveres e benefícios econômicos advindos da prestação do serviço público. Essa garantia surgiu como resposta à possibilidade de modificação unilateral dos contratos por parte do Estado, que possuía essa faculdade no caso de alterações supervenientes na realidade da execução dos serviços, para melhor atender aos interesses públicos (MAROLLA, 2011, p. 40). Há quem vislumbre também influências da jurisprudência norte-americana no surgimento do referido princípio. De acordo com Arnald Wald e Marina Gaensly (2008, p. 11), o equilíbrio econômico-financeiro em uma concessão “é noção que remonta à teoria francesa da imprevisão, bem como à jurisprudência norte-americana, que consagrou a razoabilidade e a lealdade que devem presidir a fixação de tarifas (*fair return, fairness in rate making power*)”.

O objetivo é a busca de equilíbrio no contrato, tendo em vista que oscilações são naturais e podem ocorrer. A expressão “equilíbrio econômico-financeiro” quer dizer a “posição estável do projeto concessionário no que respeita à administração de seus recursos materiais (economia) e ao capital disponível para tanto (finanças)” (MOREIRA, 2010, p. 388).

3.7.1 Previsão no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 não fez menção expressa à expressão “equilíbrio econômico-financeiro”, porém adota-se como referência para mesmo o art. 37, inciso XXI. Nos termos do referido dispositivo, os contratos administrativos serão celebrados através de “processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei (...)”. A Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 17/10/1969, era bem mais específica ao se referir ao princípio. O art. 167 da referida Carta Magna determinava que:

A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Não há unanimidade na doutrina em afirmar que o dispositivo do art. 37, inc. XXI da Constituição Federal de 1988 refere-se diretamente ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos. Existem autores que entendem que essa previsão constitucional genérica de ser obrigatória a manutenção das “condições efetivas da proposta” para todos os contratos administrativos não coincide exatamente com a previsão específica de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão. É o caso, por exemplo, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A autora destaca que as concessões de serviços públicos possuem regime diferenciado em relação aos demais contratos administrativos, estabelecido no art. 175 da Constituição Federal, e que o art. 37, inciso XXI é uma garantia de âmbito restrito (DI PIETRO, 2010, p. 104)⁶³.

⁶³ Segundo Di Pietro (2010, p. 104), a Constituição de 1988, embora contenha dispositivo análogo, concernente à concessão, não repete a norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a incumbência de dispor sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, III). Apenas estabelece, de maneira muito vaga, que os contratos de obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (art. 37, inc. XXI). Essa norma costuma ser interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico-financeiro; porém, é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração.

Celso Antônio Bandeiro de Mello, posicionando de forma diversa, reconhece no art. 37 inc. XXI a previsão genérica que impõe a manutenção do equilíbrio econômico financeiro ao contrato de concessão, como ocorre nos demais contratos administrativos. O autor afirma que a Administração deve manter íntegra a equação econômico-financeira inicial se possuir como intuito preservar as condições da proposta inicial constante da oferta que venceu a licitação (MELLO, 2010, p. 625). Esclarece ainda que “a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada *nem mesmo por lei*”⁶⁴.

Os contratos de concessão de serviços públicos são espécies de contratos administrativos e, como tal, devem seguir o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal. Mesmo não tendo utilizado o termo “equilíbrio econômico-financeiro” (como fez o legislador ordinário ao tratar do assunto em vários dispositivos infraconstitucionais), ao referir-se a “mantidas as condições efetivas da proposta”, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é assegurado pelo diploma constitucional⁶⁵.

O equilíbrio econômico-financeiro está mencionado em vários dispositivos infraconstitucionais. Consta expressamente da Lei nº 8.666/93 (que de acordo com seu art. 124, se aplica às concessões de serviço público, naquilo que não conflita com a legislação específica),⁶⁶ bem como no art. 35 da nº Lei 9.074/95, que prevê que a estipulação, pelo poder concedente, de novos benefícios tarifários “fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Consta expressamente também da Lei Geral de Concessões. A Lei nº 8.987/1995 versa sobre o equilíbrio econômico-financeiro no art. 9º, § 2º (“os contratos poderão prever

⁶⁴ Sobre o assunto, Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002, p. 25) afirma que o termo “equilíbrio econômico-financeiro”, mesmo não constando expressamente na Constituição Federal de 1988, seja referindo-se aos contratos administrativos no geral, ou especificamente aos contratos de concessão, configura um dever da Administração Pública, por se tratar da aplicação, em sentido amplo, da teoria da imprevisão.

⁶⁵ Segundo Wald e Gaensly (2008, p. 22), é pacífico que a Constituição Federal de 1988 se refere a equilíbrio econômico-financeiro da concessão: “Alguns autores entendem que ela está implícita na ‘política tarifária’, prevista no art. 175, parágrafo único, III, que deve ser equilibrada. A maioria, entretanto, reconhece que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é consagrada, mais especificamente, pelo art. 37, XXI (o que, inclusive, lhe confere extensão ainda maior, pois se tornou explicitamente aplicável a todos os contratos administrativos e não somente à concessão)”.

⁶⁶ O art. 65 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) estabelece que: “Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II – por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

mecanismos de revisão das tarifas a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro”), no art. 9º, § 4º (“em havendo alteração unilateral do contrato que afete seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo concomitantemente à alteração”) e no art. 10, que adota como vetor para tal caracterização as condições do contrato: “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

3.7.2 O conteúdo genérico e a necessidade de concreção caso a caso

De acordo com o que foi analisado nos parágrafos anteriores, numa concessão devem ser preservadas, até o término do contrato, as condições constantes na proposta que venceu a licitação. Tais condições formam uma relação, que tem de um lado os encargos do contratante e de outro a retribuição que lhe é devida, denominando-se, essa relação, de equação ou equilíbrio econômico-financeiro (WALD; GAENSLY, 2008, p. 23).

No entanto, são inócuas as tentativas de reduzir o conceito e o conteúdo do princípio do equilíbrio econômico-financeiro a soluções pré-determinadas em fórmulas estanques. O princípio apresenta conteúdo vago ou indeterminado de forma proposital para viabilizar sua concretização caso a caso e para conferir mais flexibilidade ao Poder Público na elaboração dos diversos tipos de contrato de concessão.

Se assim não fosse, haveria risco de engessamento na elaboração de contratos administrativos. Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 169-170) afirma que essa indeterminação compõe uma parcela do conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: o contrato “não pode ser preso a fórmulas estanques, preconcebidas em análises abstratas, mesmo se feitas para aplicação a uma dada categoria de contratos”.

Dessa forma, cabe às partes envolvidas na concessão a delimitação mais específica quanto aos requisitos necessários para o alcance do equilíbrio econômico-financeiro no caso concreto.

Depende, conforme escreve Marolla (2011, p. 44), das especificidades de cada serviço, de cada concessão e de cada contrato. Configura uma cláusula abstrata de garantia da relação

inicialmente estipulada no edital de licitação e na minuta de contrato no tocante à razão entre despesas e receitas referentes à execução do mesmo.

Para a correta compreensão desta equação em casos concretos e a recomposição do equilíbrio em situações de instabilidade, é necessário examinar as condições originárias em que o concessionário assumiu o serviço ou obra, ou seja, as “condições do contrato”, expressão utilizada pela lei e que indica “As circunstâncias institucionais que determinam a existência daquele específico negócio jurídico (e de mais nenhum outro) e a respectiva natureza funcional do pacto”. As “condições do contrato” referem-se também à “boa-fé objetiva e a confiança recíproca, o seu estatuto, a sua natureza e respectivas qualidades” (MOREIRA, 2010, p. 389).

Devem ser levadas em consideração, portanto, para delimitar o conteúdo do princípio no caso em concreto as peculiaridades de cada contrato. Deve ser verificado se o surgimento de novos ônus ou obrigações não foram devidamente compensados por alguma vantagem ou diminuição de outras obrigações, previstas contratualmente. O conceito de equilíbrio econômico-financeiro encontra sua utilidade no fato de ser flexível e por comportar ponderações no momento de sua aplicação. Por se inspirar na teoria da imprevisão, é vago, impreciso e indeterminado.

Assim, a preservação do equilíbrio econômico-financeiro depende de vários fatores que devem ser analisados caso a caso, tais como da modalidade da concessão que é utilizada, pois isso tem impacto direto na forma como os riscos são compartilhados entre o poder concedente e o concessionário. Nos contratos de empreitada, por exemplo, os riscos recaem integralmente sobre a Administração Pública, diferentemente das concessões comuns e das parcerias público-privadas. Nas concessões comuns os riscos ordinários do empreendimento são da empresa concessionária, que obtém sua remuneração, por sua vez, da exploração do serviço. Fatos imprevisíveis ou alterações unilaterais para melhor atender ao interesse público devem ser compensados pelo Estado, para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro (MARQUES NETO, 2003, p. 196). Fato similar ocorre nas parcerias público-privadas, nas quais o risco ordinário da execução do contrato é compartilhado entre o Poder Público e a empresa que executará o serviço.

3.7.3 Os riscos ensejadores da incidência do princípio

A concessionária de serviços públicos está submetida a diferentes tipos de riscos que podem comprometer seu equilíbrio econômico financeiro. Existem determinados riscos que são inerentes à atividade empresarial. Tais riscos são conhecidos como ordinários (os próprios de cada negócio). Enquadram-se na álea ordinária do contrato de concessão. Porém, existem determinadas exceções que são protegidas pelos dispositivos legais que preveem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Essa outra categoria de riscos diz respeito a desequilíbrios que são ocasionados por fatos supervenientes, imprevisíveis (ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis) e extraordinários.

A primeira categoria de riscos mencionada (ou seja, os ordinários) equipara-se aos riscos inerentes às atividades que os particulares desempenham no ambiente de mercado. São os riscos que qualquer empresário está disposto a enfrentar quando decide competir em um determinado mercado, sendo, por esse motivo, também conhecidos como provenientes da “álea empresarial” (todo empresário sofre, devido à flutuação normal do mercado) (DI PIETRO, 2014, p. 290).

Essa álea conhecida como “ordinária” do negócio (ou seja, fatos supervenientes que podem ocasionar desequilíbrio, mas que não são extraordinários e nem imprevisíveis) é composta por riscos tais como: ganhos ou perdas de produtividade; aumento ou redução de custos que não decorram de “fato da administração”, “fato do príncipe” ou da “teoria da imprevisão”⁶⁷; diminuição da demanda (quando não houver garantia de demanda mínima no contrato); mudanças nos cenários econômicos; elevação dos custos de financiamento de crédito; insolvência por conta de má gerenciamento ou ineficiência etc⁶⁸.

A segunda categoria de riscos é composta pela álea extraordinária, ensejadora da incidência das normas referentes à proteção da manutenção do equilíbrio econômico-

⁶⁷ Podemos citar como exemplos de “fato da administração” a alteração unilateral do contrato ou descumprimento de obrigações contratuais pelo poder concedente; de “fato do príncipe” o aumento de tributos ou a alteração da política cambial; e da “teoria da imprevisão” a ocorrência de motivos de força maior ou caso fortuito, ou interferências imprevisíveis (*sujétions imprévues*) (AMARAL, 2012, p. 21).

⁶⁸ Conforme aponta Câmara (2009, p. 189), existem duas categorias de riscos ordinários. A primeira refere-se aos riscos de gestão da empresa concessionária na execução do serviço público, que podem advir de falhas ou ineficiências na administração de recursos humanos, equipamentos, infraestrutura etc. A outra categoria diz respeito ao fator externo a essa gestão e está ligada à variação da demanda pela utilização do serviço.

financeiro, e pode advir dos três fatores acima mencionados, ou seja, “fato da administração”, “fato do príncipe”, “teoria da imprevisão”⁶⁹.

A álea extraordinária, de acordo com as lições francesas, pode ser dividida em *econômica* (quando provém de circunstâncias externas ao contrato, que causam grande desequilíbrio, provenientes da teoria da imprevisão) e *administrativa* (quando resulta de alteração unilateral, fato do príncipe e/ou fato da administração). Essa divisão na França é importante, pois na primeira (econômica), a Administração fica incumbida sozinha pela recomposição do equilíbrio, e na segunda (administrativa), os prejuízos são repartidos. Porém, no Brasil, pode-se falar unicamente em álea extraordinária, pois seja na administrativa ou na econômica, por força do art. 37, inciso XXI, o concessionário tem direito à recomposição da equação econômico-financeira⁷⁰.

3.7.4 O reequilíbrio econômico-financeiro em favor do poder público

Existe proteção legal no ordenamento jurídico brasileiro contra desequilíbrio em desfavor do Estado na relação concessória ou o princípio do equilíbrio econômico-financeiro tem como única finalidade a proteção do concessionário no contrato de concessão?

A legislação não detalha o assunto. No entanto, faz menção à possibilidade de redução de tarifas no § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/1995, que assim dispõe:

⁶⁹ Amaral (2012, p. 21) destaca que “não basta que ocorra o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É necessário que ele resulte de um desses três fatores. Em outras palavras: é necessário que o desequilíbrio seja qualificado pelo ordenamento jurídico. Ele pode existir sem que daí decorra um dever do poder concedente de recompor a equação inicial do contrato, e um correspondente direito da concessionária a essa recomposição. O desequilíbrio é sempre econômico-financeiro, mas pode decorrer do risco do negócio, hipótese em que a concessionária não tem direito à revisão contratual, para restabelecer a equação econômico-financeira inicial. O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico”.

⁷⁰ De acordo com Di Pietro (2014, p. 290), “Em consequência, a solução tem sido a mesma em qualquer das teorias (fato do príncipe, fato da Administração e imprevisão) ; inclusive é a solução adotada também para as hipóteses de caso fortuito e força maior (art. 78, XVII, combinado com art. 79, I, da Lei nº 8 . 666/93) . Em todos os casos, a Administração Pública responde sozinha pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A invocação das teorias serve apenas para fins de enquadramento jurídico e fundamentação para a revisão das cláusulas financeiras do contrato. Nos contratos de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa) , regidos pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, adota-se solução diversa, uma vez que é prevista a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III)”.

[...] ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Segundo a doutrina especializada, nessa breve alusão a casos em que as tarifas podem ser revistas para mais ou para menos reside a previsão legal segundo a qual a proteção da relação inicialmente pactuada na concessão é uma via de mão dupla, servindo tanto às concessionárias, quanto ao Poder Público. A possibilidade de redução da tarifa consiste, portanto, em forma de reequilibrar o contrato em favor da Administração e dos usuários (e não da empresa). Sobre isso, Francisco Campos afirma que:

A equação entre os encargos e a remuneração constitui a *causa* (no sentido jurídico) da concessão, tanto para o concessionário como para o concedente. Se, portanto, vem a incidir sobre a relação entre os termos da equação financeira um fator que a faça variar em detrimento do concessionário, nasce para o concedente a obrigação de restaurar a relação primitiva ou o equilíbrio na economia da concessão (CAMPOS, 1958, p. 82).

Não faria sentido se assim não o fosse. É imperioso, de acordo com referido dispositivo, que qualquer tipo de alteração que comprometa a equação inicialmente pactuada, seja em favor do concessionário ou do poder concedente, gere a necessidade de restabelecimento da relação entre vantagens e encargos do contrato de concessão.

Eugenia Cristina Cleto Marolla, em estudo específico sobre a equação econômico-financeira dos contratos nas concessões de serviços públicos, ao comentar o § 3º do art. 9º da Lei Geral de Concessões, afirma que, quando ocorra diminuição no custo econômico para o concessionário (e um consequente aumento do seu lucro), seja em decorrência de diminuição da carga tributária ou de qualquer outro motivo, surge a necessidade de readequação da relação ao que anteriormente havia sido previsto, para que a equação econômico-financeira volte a refletir o que fora acordado:

Conclui-se que, ocorrendo o evento que desequilibre a relação contratual em favor da Administração Pública, a recomposição da equação inicial é de rigor. Ademais, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração Pública não constitui gravame ou sanção para o concessionário, mas apenas a

aplicação das normas jurídicas ao contrato por ele firmado, mantendo-se os termos econômicos iniciais (MAROLLA, 2011, p. 51).

Na prática, ocorre que as situações que levam à necessidade de reequilíbrio em favor do poder concedente e, assim, dos usuários, esbarram em inúmeras dificuldades, podendo citar, entre elas, a de se mensurar a queda nos custos da prestação do serviço na concessão. Isso depende muito do modelo de estruturação tarifária adotado no caso em questão, pois em alguns o acesso à informação a tais custos fica mais transparente para o Poder Público ou respectiva agência reguladora.

Outra dificuldade encontrada é o desenho vago do contrato, que muitas vezes não prevê essa possibilidade, fazendo que a Administração ou a agência reguladora tenha que entrar com ação judicial para a recomposição da equação inicial.

A oportunidade para avaliar todos os fatores envolvidos e proceder à correção necessária do equilíbrio econômico-financeiro deve ocorrer nas oportunidades de revisão das tarifas, que é periódica e prevista contratualmente, conforme será analisado no próximo item. Diante das dificuldades expostas para se proceder ao reequilíbrio de forma pacífica em favor do poder concedente, é *obrigação* do mesmo ajuizar ações quando a situação apresentar desvantagem para a Administração.

Importante esclarecer ainda que a recomposição do equilíbrio pode se dar de diversas maneiras e não somente através da redução do valor da tarifa. Podem ser buscadas outros meios para se recompor a relação, como a diminuição do prazo contratual, a diminuição de subsídios cruzados ou de subsídios/pagamentos feitos pelo Estado, dentre outros meios.

Esse assunto encontra-se umbilicalmente vinculado aos fatores referentes à remuneração e política tarifária que impactam no princípio da modicidade tarifária, como será evidenciado posteriormente no próximo capítulo.

3.7.5 Formas para se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão

O equilíbrio econômico-financeiro representa, como se viu anteriormente, uma relação entre encargos e vantagens estipulados no contrato de concessão, através de previsões feitas de forma genérica, devendo ser mantida a equivalência da relação entre as obrigações recíprocas assumidas (e não necessariamente o valor absoluto das mesmas).

Para verificar na prática se houve prejuízos ao equilíbrio econômico-financeiro, é necessário proceder-se a uma comparação entre o que foi pactuado e a realidade de execução do contrato, cabendo à parte prejudicada (Poder Público ou concessionária) o ônus da prova para demonstrar que tal relação foi abalada, gerando impactos econômicos.

É necessário também, em prol da concessionária, que os fatos que prejudiquem a relação originária de encargos e vantagens sejam provenientes da álea extraordinária do contrato, como abordado anteriormente. Além disso, importante frisar que a concessionária ou o Poder concedente não podem ter dado causa, culposamente ou dolosamente, à conduta que gera o desequilíbrio. Ou seja, além de ter que advir da álea extraordinária dos riscos contratuais, o dano econômico não pode ser proveniente de culpa da parte que deseja recompor o equilíbrio (MAROLLA, 2011, p. 100).

Ademais, é importante também esclarecer que a quebra do equilíbrio econômico-financeiro que enseja a incidência de mecanismos legais para a sua recomposição é um fenômeno de natureza econômica. Configura alterações do resultado econômico que advêm do contrato de concessão no momento em que são verificados fatos durante a sua execução que não correspondem às projeções pactuadas de início pelas partes (JUESTEN FILHO, 2005, p. 32).

Os mecanismos legais capazes de promover o reequilíbrio econômico-financeiro são de uso imprescindível do Poder Público na consecução do seu dever de prestação de serviço público adequado. Como analisado no Capítulo 2 da presente pesquisa, a adequação do serviço público requer, dentre outros requisitos, garantia de regularidade, continuidade e eficiência, que estão diretamente ligadas à manutenção das previsões inicialmente acordadas entre encargos e deveres da empresa (além da modicidade, conforme será visto mais adiante), capazes de gerar segurança à mesma, para desenvolver-se economicamente de forma saudável

e de garantir a autossustentabilidade do negócio. Sobre o vínculo entre o princípio da continuidade e o equilíbrio econômico-financeiro, tem-se o seguinte:

O princípio da continuidade do serviço público, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública. No que concerne aos contratos, o princípio traz como consequências: [...] a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço (DI PIETRO, 2014, p. 113).

Vale lembrar que a existência do princípio do equilíbrio econômico-financeiro seria inócua se não existissem expressamente os mecanismos para a recomposição do mesmo, pois isso evita que a concessionária ou o Poder Público tenham que recorrer ao judiciário toda vez que sofrerem algum tipo de turbulação na relação entre encargos e vantagens inicialmente pactuada. Isso comprometeria a adequação do serviço público em vários aspectos.

A recomposição dos prejuízos deve ser imediata, pois de nada será útil “ao projeto concessionário o prestígio à ideia de que o desequilíbrio atual possa ser recomposto por decisão judicial transitada em julgado 10, 20 ou 30 anos depois (muitas vezes depois de encerrado o contrato)”. Isso importaria em evidente fator de caráter contrário ao interesse público regulamentado na Lei Geral de Concessões, porque essas possíveis agressões ao que foi previamente pactuado corrompem as projeções contratuais e podem ser fatais aos “investimentos de longa maturação”. Ao se vislumbrar um “cenário péssimo, a prestação do serviço público será prejudicada e o concessionário ficará detentor de um precatório” (MOREIRA, 2010, p. 219).

Algumas técnicas são previstas pela legislação pátria para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em um contrato de concessão, sendo possível sua divisão, em um primeiro momento, em duas espécies: reajuste e revisão.

Reajuste é uma espécie de alteração do valor tarifário, nas situações em que se destina a corrigir a alteração dos valores da moeda, por conta de inflação ou deflação. O reajuste, por lei, não pode ser realizado em prazo inferior a um ano⁷¹. Além disso, a legislação não estipula qual o índice adequado. A Administração, portanto, pode selecionar algum índice

⁷¹ A periodicidade mínima de reajuste de tarifas está prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 10.192/01, que dispôs sobre medidas complementares ao Plano Real: “É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. § 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano”.

ou misturá-los com base em regras de ponderação. Importante é que o índice empregado ou construído tenha relação com os insumos. Nesse tipo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, não há alterações substanciais na tarifa, pois os fatores inicialmente levados em consideração para se fixar o seu valor inicial continuam os mesmos, tendo sido alterado apenas o preço que a exprime, de forma a acompanhar mudanças do preço dos insumos (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 735-736).

A revisão é a outra modalidade de alteração no valor da tarifa. É o procedimento adotado durante toda a duração do contrato de concessão com a finalidade de se proceder a uma correção do valor real da tarifa, tendo como pressuposto a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de forma substancial, ou seja, procedendo-se a um reexame e a reestruturação dos dados utilizados na configuração da tarifa (MOREIRA, 2010, p. 360).

O contrato será revisado se o impacto do evento for significativo e desde que, contratualmente, o risco não tenha sido assumido pelo contratado. Há aqui a ocorrência de fatos imprevisíveis, característica principal que diferencia a presente modalidade da anterior (reajuste). Enquanto no reajuste é de praxe constar nos contratos mecanismos de recomposição automática do equilíbrio econômico-financeiro, em situações excepcionais, como é o caso da modalidade de revisão, proceder-se-á à alteração do valor inicial da tarifa, que foi comprometido com a ocorrência de eventos não previstos, que turbaram a equação econômico-financeira inicial do contrato (CÂMARA, 2009, p. 175).

Importante destacar que, nas hipóteses de revisão da tarifa, não se estará diante de situação que comporta um simples ato de homologação do órgão competente, como ocorre nos casos de reajuste. Requer-se um ato de aprovação que, por sua vez, possui elevada carga de discricionariedade, principalmente quando se tratar da revisão extraordinária. Quando não ocorrer de comum acordo com a concessionária, necessitar-se-á lavrar um termo aditivo ao contrato, feito de acordo com as conclusões de comissões técnicas especialmente convocadas para isso (MOREIRA, 2010, p. 360-361).

Existem ainda outras formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que não implicam alterações no valor da tarifa. Esses outros mecanismos de recomposição também são conhecidos como mecanismos “não-tarifários”. Operacionalizam-se através do processo de revisão e devem constar expressamente nos contratos e nas minutas anexas ao ato convocatório, para propiciar maior segurança jurídica às partes. No caso de não terem sido devidamente pactuados no contrato (hipótese de revisões motivadas por evento

extraordinário), a parte prejudicada terá que recorrer ao judiciário, quando não se conseguir resolver a questão através de um acordo.

Merecem destaque, dentre os mecanismos “não-tarifários” que se operacionalizam através da revisão, as seguintes formas de se proceder ao reequilíbrio:

- a) Através da oferta de subsídios ou redução de subsídios (no caso do desequilíbrio ocorrer em desfavor do poder concedente): ao invés de elevar ou diminuir tarifas, é possível que o contrato seja reequilibrado por meio do aumento ou diminuição de transferências financeiras do poder concedente em favor do concessionário, desde que previstas inicialmente no edital e na minuta de contrato (art. 17, caput da Lei nº 8.987/1995).
- b) Através da criação, ampliação ou alteração nas porcentagens vinculadas à redução das tarifas de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados: é também legalmente aceitável que o reequilíbrio seja obtido mediante receitas derivadas da exploração extraordinária do serviço ou do bem concedido (art. 11 da Lei nº 8.987/1995). A tarifa se comporta, principalmente nas concessões comuns, como a principal fonte de receitas do projeto concessionário, existindo, conforme previsão do referido dispositivo legal. A possibilidade de alteração nas margens percentuais de vinculação dessas receitas para a redução do valor tarifário pode ser uma forma de reequilíbrio em favor do poder concedente.
- c) Prorrogação do prazo contratual: para se evitarem o aumento tarifário (ou a diminuição para reequilíbrio a favor do Estado) e as suas consequências é possível que o reequilíbrio seja realizado pela ampliação ou diminuição do período de recebimento de tarifas pelo concessionário para viabilizar a compensação de desequilíbrios ocorridos ao longo da execução do contrato, dentro do prazo inicialmente estabelecido. Importante ressaltar que o prazo estipulado no contrato de concessão não deve ser feito de forma discricionária, devendo resultar de estudos prévios sobre a viabilidade econômico-financeira referente à execução de cada serviço público específico (AMARAL, 2012, p. 24). Ou seja, o prazo da concessão deve estar diretamente ligado aos aspectos econômicos e financeiros relacionados a cobrir os custos com a prestação do serviço e com os investimentos realizados e previstos. Sua prorrogação ou diminuição se comportam como verdadeiras formas de recompor prejuízos que concessionário e o Poder Público

possam ter tido (e que se submeta às hipóteses legais de reequilíbrio), levando em consideração a relação de encargos e vantagens inicialmente acordados.

- d) Especificamente nas parcerias público-privadas, a complementação ou substituição da contraprestação pública por benefício não financeiro: no caso das parcerias público-privadas, existe essa possibilidade, que consiste no incremento ou na substituição (reequilíbrio a favor do poder concedente) da contraprestação estatal, que pode ser realizada através da outorga para exploração acessória de uso de bens públicos do Estado. A Lei nº 11.079/2004 reconhece como formas válidas de contraprestação do parceiro público ao privado, além da já citada, a cessão de créditos não tributários, a outorga de direitos em face da Administração Pública, a outorga de direitos sobre bens públicos dominiais, dentro outros (art. 6º da referida lei).

4 O PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA

Após o percurso percorrido até esse ponto, com os esclarecimentos prévios e necessários a respeito da noção sobre serviços públicos, das transformações pelas quais passou até aos dias atuais, da adequação e de seus requisitos no ordenamento jurídico, do vínculo que a figura do serviço público adequado guarda com a concretização de direitos fundamentais e dos aspectos relevantes sobre a remuneração e política tarifária na concessão, passa-se agora à análise da forma como a doutrina define a modicidade tarifária para, posteriormente, examinar como se dá o impacto dos fatores expostos no capítulo 3 sobre a tarifação de serviços públicos executados por concessionárias.

A regra geral em uma concessão, como já mencionado algumas vezes ao longo do presente estudo, é a cobrança de tarifas dos usuários, como forma de remunerar o concessionário, garantir a prestação de serviço adequado e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Situações específicas, nas quais existe comprovadamente a hipossuficiência de grupos de usuários, requerem gratuidades⁷² ou a estipulação de tarifas socialmente diferenciadas, com propósitos de atendimento ao princípio da isonomia e acesso universal à prestação dos serviços públicos, conforme analisado no capítulo anterior.

A estipulação desse trato diferenciado deve ser exceção por inúmeras razões, podendo-se destacar, dentre elas: os potenciais riscos que apresentam ao equilíbrio econômico-financeiro (principalmente quando determinadas durante a vigência do contrato de concessão); por depender em alguns casos de subsídios cruzados entre os usuários (que encarecem no geral as tarifas); por necessitar de subsídios ou pagamentos por parte do Estado (situação na qual quem arca com o *deficit* é a sociedade no geral, geralmente por meio do aumento de tributos).

Como o Brasil é um país onde grande quantidade de pessoas são pobres, os valores elevados cobrados pela execução de serviços públicos prejudicam, no geral, seu grau de acessibilidade. De acordo com o Banco Mundial (THE WORLD BANK, 2016), no país, em 2013, 4,9% de uma população de 204,3 milhões de habitantes viviam na condição de extrema pobreza. Isso significa, de acordo com os dados daquele órgão, que mais de 10 milhões de pessoas viviam com US\$ 1,90 por dia naquele ano no país. No ano de 2014, o Instituto de

⁷² As gratuidades e as tarifas diferenciadas são também estipuladas em outras situações, vinculadas a uma determinada política pública, como ocorre com o ensino gratuito, ou as sobretarifas. Nesses casos, a situação financeira do usuário pode não ser um requisito.

Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) estimou em cerca de 8,2 milhões de pessoas vivendo em domicílios com renda domiciliar *per capita* inferior à linha de extrema pobreza – em situação de indigência ou miséria no Brasil (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2014)⁷³. Também no ano de 2014 (OLIVEIRA, 2015), o rendimento nominal domiciliar *per capita* médio do brasileiro foi R\$ 1.052,00, tendo por base a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD).

Nessa realidade, de acordo com os dados apresentados, onde grande parcela da população vive com poucos recursos financeiros, o ideal é que as tarifas dos serviços públicos apresentem, como regra, um valor acessível a todos e que garanta a universalidade do serviço e a generalidade de sua prestação, independentemente de gratuidades ou tarifas diferenciadas. É possível iniciar dizendo que esse é o propósito maior do princípio da modicidade tarifária.

4.1 A PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De forma diversa das Constituições brasileiras anteriores, a Constituição Federal de 1988 não fez qualquer referência direta ou indireta à modicidade tarifária. Estabeleceu somente, no art. 175, parágrafo único, que a competência para dispor sobre o serviço adequado e sobre política tarifária recai sobre o legislador infraconstitucional.

Constituições brasileiras anteriores faziam referências indiretas à modicidade das tarifas, como foi o caso da Constituição Federal de 1946 que, em seu art. 151, parágrafo único, determinava que fossem obrigatórias “a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender às necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços”⁷⁴.

⁷³ Foi considerada como linha de extrema pobreza uma estimativa do valor de uma cesta de alimentos com o mínimo de calorias necessárias para suprir adequadamente uma pessoa, com base em recomendações da FAO (*Food and Agriculture Organization*) e da OMS (Organização Mundial da Saúde), sendo apurados diferentes valores para cada região do país (o Brasil encontra-se dividido em 24 regiões para esse propósito). Tal dados foram obtidos através de série calculada a partir das respostas à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2014.

⁷⁴ De acordo com Grotti (2003, p. 292), essa determinação segundo a qual o lucro dos concessionários não poderia superar a justa remuneração do capital seria uma referência à modicidade das tarifas. Outras

A modicidade tarifária encontra-se prevista de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro no § 1º do art. 6º e no art. 11 da Lei nº 8.987/95. O art. 6º prevê que as concessões e permissões pressupõem a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme determina a Lei Geral de Concessões, as normas pertinentes do estatuto de cada serviço e o respectivo contrato de concessão. Como já abordado, o § 1º estabelece quais os requisitos um serviço deve cumprir para ser considerado adequado (satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas). A modicidade é mencionada novamente no art. 11 da Lei Geral de Concessões, segundo o qual, respeitando as peculiaridades de cada serviço público, o poder concedente pode prever no edital da 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”.

Está-se diante, mais uma vez, conforme abordado no item 2.3, de um conceito indeterminado trazido pela lei, em que não existe regulação jurídica exaustiva por parte do legislador, ficando a cargo da doutrina o estudo de seus contornos e dos aplicadores do direito a tarefa de, com a ajuda daquela, operacionalizá-lo em um caso concreto de concessão.

O ponto de partida para a compreensão dos contornos jurídicos do princípio de adequação em questão é analisar o significado literal do adjetivo “módico”. A palavra qualifica, segundo dicionários, aquilo que é exíguo, pequeno, reduzido e modesto. Também pode ser utilizada como sinônimo de parco, escasso, limitado, restrito e insignificante.

Porém, foi nesse sentido literal que o legislador pátrio utilizou o termo nos dispositivos legais acima mencionados? Sua intenção ao prever como requisito de adequação a modicidade das tarifas foi a de determinar que as mesmas devessem apresentar valores baixos, reduzidos ou modestos? No caso de uma resposta positiva a essa indagação, quais seriam os padrões perante os quais se analisaria se uma determinada tarifa realmente apresenta valor baixo ou modesto? O princípio apresenta conteúdo que parece ir além do significado literal do termo módico. No entanto, a doutrina não é unânime ao estabelecer as

Constituições também traziam disposições similares, como é o caso do art. 137 da Constituição de 1934; do art. 147 da Carta de 1937; do art. 160, II, da Carta de 1967; art. 167, II da Emenda de n. 1/69); José dos Santos Carvalho Filho, sobre a Constituição de 1967, com a Emenda de n. 1/69, escreve que “A Constituição anterior era mais clara a respeito da *performance* das tarifas. Rezava o art. 167 que as tarifas deveriam permitir ao concessionário a justa remuneração do capital, a melhoria e expansão dos serviços e a observância da equação econômico-financeira do contrato. A despeito, porém, da atual redação, bem mais lacônica, deve ter-se como assegurados tais objetivos” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 390).

respostas para tais indagações, como também não o é ao definir o princípio da modicidade tarifária, conforme será visto no próximo item.

4.2 O CONCEITO DE MODICIDADE TARIFÁRIA

Antes de se proceder à análise do conceito da modicidade tarifária, é necessário previamente esclarecer que a mesma é pouco examinada, tanto no sentido doutrinário e acadêmico, quanto na prática dos contratos de concessão. Enquanto se encontram volumosas páginas sobre o equilíbrio econômico-financeiro nos manuais de direito administrativo, bem como em doutrina específica sobre concessões e tarifas, há muito pouco a respeito da modicidade. O mesmo ocorre nos contratos de concessão, que dedicam inúmeras páginas ao equilíbrio-econômico financeiro. Isso reflete, de certo modo, a diferença de tratamento que a lei dá às duas questões que, em grau de importância, no entanto, são equivalentes. Há predominância, na lei, de dispositivos referentes à manutenção da equação econômico-financeira. Nesse sentido encontra-se a constatação de Carlos Álvares da Silva Campos Neto e Ricardo Pereira Soares (2007, p. 25), feita em estudo sobre a modicidade das tarifas nas concessões rodoviárias no Brasil:

[...] apesar da necessidade de haver um equilíbrio entre os interesses dos usuários e da concessionária, este trabalho constata a predominância do interesse da concessionária. A maior atenção dedicada à questão do equilíbrio econômico-financeiro está transparente na lei nos contratos de concessão. A Lei das Concessões (nº 8.987/95) refere-se ao EEF [equilíbrio econômico-financeiro] em dois capítulos distintos: Da Política Tarifária, nos artigos 9º (parágrafos 2º, 3º e 4º) e 10º; e Da Licitação, no artigo 18, itens VIII e IX. Por sua vez, os contratos de concessão de rodovias federais dedicam várias subseções ao tema: “Valor da Tarifa Básica de Pedágio”; Subseção do “Reajuste de Tarifa” e; Subseção da “Revisão de Tarifa”. O conceito de equilíbrio econômico-financeiro, que desperta grande apelo no setor privado, tem sido estudado e operacionalizado por agências reguladoras, pelas experiências internacionais e pela academia. Por outro lado, observa-se a necessidade de um tratamento mais equânime em relação ao interesse dos consumidores, pois, o conceito de modicidade tarifária não teve a atenção devida, não tendo sido estudado e nem operacionalizado.

Uma primeira categoria de conceituações doutrinárias do princípio possível de ser vislumbrada se aproxima do sentido literal das palavras “módico” e “modicidade”. Segundo essa linha de raciocínio, o princípio da modicidade pode ser conceituado como a determinação da lei para que as tarifas pagas pelos usuários apresentem valores reduzidos ou baixos, que possibilitem que todos os usuários, independentemente de possuírem ou não uma condição financeira favorável, possam usufruir dos mais variados tipos de serviços públicos. Nesse sentido, o princípio da modicidade das tarifas seria uma consequência lógica do princípio da generalidade e da questão da universalização dos serviços públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 679) apresenta entendimento nesse sentido. Para o autor, o princípio impede que os usuários do serviço paguem importâncias elevadas ao ponto de os tornarem marginais à sua prestação. Destaca o fato de a maior parte da população do país viver em estado de pobreza e que, em razão disso, os serviços públicos devem ser remunerados com valores baixos ou subsidiados para o cumprimento de sua “função jurídica natural”.

Também assim caminha a explicação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 478-479). Para ele, o princípio da modicidade configura um corolário do princípio da generalidade e se presta a garantir que o maior número de pessoas tenha acesso ao serviço. Dessa forma, os valores cobrados pelos “serviços públicos devem ser administrados de modo a atender, concomitantemente, às exigências do mercado e à capacidade econômica de seus usuários, devendo, por isso, ser módicos”. A modicidade se prestaria a beneficiar os usuários, que devem garantir o custeio da execução dos serviços públicos, seja através do pagamento de taxas (no caso de prestação direta) ou de tarifas (no caso de concessões). Para o autor, não é apenas o custo dos serviços que deve ser levado em consideração para a fixação de seu valor, pois o “legislador constitucional [...] previu a prática de uma política tarifária (art. 175, parágrafo único, III), que acena para a consideração política de fatores não apenas econômicos, como sociais”.

Corroborando desse entendimento também o autor José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 344), que afirma que o princípio significa “que os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário para que, por dificuldades financeiras, não seja ele alijado do universo de beneficiários do serviço”.

Irene Patrícia Nohara (2011, p. 448), na mesma linha, define o princípio da modicidade das tarifas através da acepção literal da palavra. Inicia sua exposição advertindo que o mesmo é um “corolário prático da generalidade” e que pode ser conceituado como

“aquele segundo o qual os serviços públicos devem ser remunerados a preços módicos, pois se forem pagos com valores elevados muitos usuários serão alijados do universo de beneficiários do serviço ofertado”. Adverte quanto à possibilidade de, conforme previsto no art. 11 da Lei nº 8.987/95, o poder concedente prever na licitação para favorecer a modicidade das tarifas “a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade”.

As definições até aqui expostas têm em comum pautarem-se no significado mais literal do termo modicidade, de que as tarifas têm que ser obrigatoriamente baixas para se garantir a generalidade e a universalização do acesso aos serviços públicos. No entanto, afirmar que uma tarifa deve ser baixa não é suficiente para garantir esses objetivos. Os posicionamentos apresentados, de validade inquestionável, necessitam de operacionalidade no caso concreto nos estudos prévios, na elaboração do edital, na escolha das propostas, na confecção do contrato e, por fim, na execução dos serviços. Se o princípio da modicidade tarifária determina que as tarifas de serviços públicos devam apresentar valor baixo em prol da generalidade ou universalidade, o faz com relação a algo, uma vez que só se pode verificar se uma tarifa é baixa ou acessível caso existam parâmetros de comparação para tal análise.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p. 291), recorrendo às lições de Benedicto Porto Neto, apesar de vincular a modicidade das tarifas ao princípio da generalidade e à universalização dos serviços públicos, afirma que grande parte da doutrina entende a modicidade como um requisito que incide na “contraprestação devida pelos usuários na fruição dos serviços públicos, de modo a não onerá-los excessivamente ou marginalizá-los no acesso ao serviço público”. A autora utilizou o termo “excessivamente” com relação aos valores a serem pagos pelos usuários, fugindo da sistemática das definições apresentadas anteriormente, ao não afirmar categoricamente que a tarifa deve ser baixa para atender ao princípio da modicidade.

Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida (2009, p. 150) expõe que o sentido da palavra “módico” não deve ser considerado isoladamente quando se referir à prestação de serviços públicos. Outros fatores devem compor o princípio. Um deles, segundo a autora, seria a necessidade da modicidade, quando referir-se a tarifas, decorrer de forma direta do conteúdo e da aplicação ao caso concreto de todos os demais princípios de adequação do serviço público (regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia), sendo um resultado do “grau de concreção conferido a cada um deles”. Tais princípios devem ser aplicados com a máxima influência possível no regime dos serviços

públicos, porém dentro de uma margem de possibilidade real que não os onere além da reserva do possível estabelecida pela modicidade tarifária. Segundo Almeida, os princípios devem adequar-se em prol da modicidade e, em razão disso, por exemplo, não deve haver “serviço de alto padrão” se os usuários não conseguem pagar o valor da tarifa.

Outro fator apontado por Almeida é o fato de a modicidade ter que se vincular aos custos do contrato. Dessa forma, a “tarifa módica não seria sinônimo de preço vil ou desprezível, o que se confrontaria com o conceito de serviço público adequado” (ALMEIDA, 2009, p. 151-152). A autora, para explicar isso, introduz a ideia de que a modicidade deve vincular-se ao que chama de “tarifa justa”, explicando que a modicidade tarifária seria uma expressão do conceito de “tarifa justa, tanto sob o foco do concessionário – valor suficiente para a remuneração do serviço, sem que importe lucros exacerbados – como do usuário – quantia que possa ser desembolsada sem sacrifício excepcional”. Assim, para se alcançar a tarifa módica, devem ser observadas a “justa remuneração e a capacidade econômica do usuário”⁷⁵.

Nesse sentido de apontar fatores extras componentes do conceito e que permitiriam uma maior concretude na aplicação do princípio da modicidade, Egon Bockmann Moreira (2010, p. 262) afirma que, em tese, a “adequação do serviço vive em aparente tensão com a modicidade tarifária [...] devido à má compreensão do que vem a ser ‘adequação’ e ‘modicidade’ – como se fosse possível a definição apriorística (ou subjetiva) de tais atributos”. A modicidade, segundo o autor, deve relacionar-se aos deveres e obrigações estabelecidos no regime estatutário e no contrato de concessão, assim o devendo também os demais princípios de adequação. Segundo Moreira, “serviço adequado” e “modicidade tarifária” são termos “relacionais e objetivos”. Explica sua ideia da seguinte forma:

Relacionais devido ao fato de que resultam da comparação de dois ou mais objetos de análise: a prestação a ser executada; a obra a ser construída; o perfil socioeconômico dos usuários que serão beneficiados; o custo do dinheiro para as inversões; o prazo do contrato; a taxa de retorno viável etc. Por outro lado, são conceitos objetivos, pois as informações que permitem chegar a esta ou àquela conclusão são definidas no estatuto da concessão, na proposta e no respectivo contrato. Não dizem respeito apenas à pretensão lucrativa do concessionário, nem tampouco às exigências individuais de todos e de cada um dos usuários. Mais que isso: a relação “serviço adequado” e “tarifa módica” tem estreito vínculo com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (MOREIRA, 2009, p. 262).

⁷⁵ Esse conceito se aproxima da forma como as Constituições Federais anteriores às de 1988, como analisado anteriormente, faziam referência à matéria.

Após os entendimentos até aqui apresentados, é possível destacar a presença dos seguintes elementos componentes do conceito de modicidade tarifária: (i) corolário do princípio da generalidade e da universalização dos serviços públicos, pois determina que os valores cobrados pelos serviços sejam “módicos” ou reduzidos a ponto de serem financeiramente acessíveis ao maior número possível de pessoas; (ii) resultado do sopesamento da aplicação concreta, no regime estatutário e no contrato de concessão, de todos os princípios de adequação, que necessitam ser empregados em grau máximo sem oneração que inviabilize o acesso ao serviço; (iii) representação de valor relacional ou da “tarifa justa”, em cuja elaboração deve ser levadas em conta a remuneração do serviço sem lucros exacerbados, de um lado, e a possibilidade de dispendir quantia sem importar em sacrifício pessoal por parte dos usuários, de outro. Passa-se à análise de cada um desses componentes a seguir.

4.2.1 O princípio da generalidade, a universalização dos serviços públicos e o princípio da modicidade das tarifas

O princípio da generalidade, como abordado no capítulo 2 do presente trabalho, e expressamente exposto pela Lei Geral de Concessões, determina que o serviço público, para se tornar adequado, seja executado de forma a satisfazer todos os eventuais usuários que se encontrem na sua área de prestação. O contrato de concessão deve apresentar resultados que possam ser desdobrados a todos os usuários, de forma isonômica, devendo apresentar acessibilidade em termos geográficos, socioeconômicos e personalíssimos (MOREIRA, 2010, p. 255).

A generalidade que envolve o projeto de concessão e a posterior prestação do serviço é respeitada e garantida quando ocorre a universalização da sua oferta e vincula-se ao fato do serviço ser público, mesmo que prestado por um ente privado. A prestação, seja a operacionalizada de forma direta pelo Estado ou através da concessão, deve estar atenta às variações de demanda e garantir um serviço de qualidade ao maior número possível de usuários.

Universalizar a oferta do serviço significa garantir a sua prestação a toda a população, de forma adequada como determina o ordenamento jurídico. Para Alexandre Faraco, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Diogo Coutinho (2003, p. 9), a universalização dos serviços públicos “significa tornar determinada categoria de serviço fruível por todos os segmentos sociais, de forma ampla e sem limitações decorrentes de condicionantes econômicas, geográficas ou culturais”, definição essa que coincide com o conteúdo do princípio de adequação da generalidade, o que, por vezes, autoriza tratá-los como princípios sinônimos.

Para se atingir a universalização, é importante definir os padrões de atendimento do serviço e, ao menos, estimar a demanda. A previsão da demanda é algo extremamente difícil por depender de variáveis que fogem do controle de qualquer especialista e que, muitas vezes, depende de acontecimentos futuros, como a situação econômica do país. Porém, mesmo sendo de difícil previsão, estudos técnicos prévios à concessão necessitam ser realizados, pois, embora não seja determinada com exatidão, uma estimativa é necessária aos propósitos póstumos de universalizar o serviço⁷⁶.

Sob a perspectiva de se aumentar cada vez mais o número de usuários ao longo da execução no tempo do serviço, Floriano de Azevedo Marques Neto (2006, p. 75) afirma que a universalização refere-se a “um dever positivo do Poder Público, consistente em adotar todas as providências necessárias para, ao longo do tempo, permitir a crescente incorporação de parcelas da sociedade ao acesso e fruição de um serviço público”.

A generalidade e a universalização dos serviços públicos são uma manifestação do princípio da igualdade ou isonomia, que, além de decorrer de uma interpretação sistemática da ordem constitucional no país, também está previsto no art. 13 da Lei Geral de Concessões, dispositivo que prevê a possibilidade de diferenciação no valor das tarifas em decorrência de diferentes segmentos de usuários. Tais princípios proíbem a ocorrência de discriminações no tratamento e determinam a adoção de condutas capazes de promover condições de igualdade material. Não devem existir privilégios de nenhum tipo para determinada categoria de usuários e ações efetivas devem ser adotadas para suprir eventuais necessidades especiais que determinados grupos de pessoas possam apresentar e que dificultem o seu acesso ao serviço, a exemplo da hipossuficiência financeira.

⁷⁶ Uma correta estimativa de demanda, conforme será visto adiante, é necessária para a devida aplicação do princípio da modicidade tarifária, na definição dos valores iniciais da tarifa.

Como a gratuidade e a diferenciação de tarifas não são regras para todos os serviços públicos, mas exceções resultantes de opção política ligadas a políticas públicas, os usuários devem pagar pela fruição de tais serviços que são, em sua grande maioria, essenciais à sua subsistência. O valor cobrado não pode seguir a sistemática normal do mercado capitalista, sob pena de potencial prejuízo à generalidade e universalização, comprometendo, portanto, a adequação exigida constitucionalmente.

Sob essa perspectiva de ser um corolário do princípio da generalidade e atender aos propósitos de universalização na prestação dos serviços, o princípio da modicidade tarifária vincula-se à determinação da lei para que os valores pagos pelos usuários sejam reduzidos no sentido de serem acessíveis ao maior número possíveis de pessoas. Dessa forma, o valor da tarifa, mesmo quando o serviço é prestado por concessionárias, não segue exatamente a sistemática natural da oferta e da procura do mercado, que dita os valores a serem pagos pelas pessoas. O valor da tarifa deve possibilitar que todos os possíveis usuários, independentemente de possuírem ou não uma condição financeira favorável, possam usufruir dos mais variados tipos de serviços públicos. E ações efetivas, como se verá mais adiante, devem ser tomadas, de acordo com a lei, para manterem esses valores tarifários a preços baixos, de forma indiscriminada.

Os valores mais reduzidos devem ser atingidos de forma independente das tarifas diferenciadas e das gratuidades, seja em situações de mercados monopolísticos, seja em situações de mercados concorrenciais em que podem existir tanto o regime de liberdade tarifária (liberdade de fixação do valor da tarifa pelo concessionário, a ser exercida na esfera da concessão, observando-se regime de direito público e todas as normas contidas na lei, no estatuto e no contrato) quanto o regime de liberdade de preços, no qual o regime jurídico é predominantemente o privado.

Sobre a necessidade das tarifas apresentarem valores diferenciados do mercado normal que dita preços, Bandeira de Mello (2010, p. 717) afirma que:

[...] serviço público, por definição, existe para satisfazer necessidades públicas e não para proporcionar ganhos ao Estado. Aliás, esta mesma Lei 8.987, em seu art. 6º, após considerar que toda concessão ou permissão pressupõe serviço adequado, no § 1º dele, esclarece que serviço adequado é o que satisfaz, entre outras condições, a “modicidade das tarifas”, a qual, de resto, é um princípio universal do serviço público. Assim, serviço público desenganadamente não é instrumento de captação de recursos para o Poder Público. Este não é um capitalista a mais no sistema. Os recursos de que

necessita para cumprir suas missões (inclusive a de prestar serviço público) são captáveis pela via tributária ou pela emissão de títulos. Atribuir peso importante à maior oferta de candidato à prestação de serviço público é contribuir para que este ofereça tarifa maior, embutindo nela o custo em que terá de arcar com sua oferta, o que é a antítese do desejável.

Dessa forma, para o atendimento da generalidade e da universalização dos serviços públicos, o sentido em que deve ser concebido o princípio da modicidade se aproxima da primeira categorização conceitual aqui apontada, que o vincula a uma necessidade de que as tarifas cobradas dos usuários possuam valores reduzidos, que possibilitem o acesso indiscriminado de usuários a sua fruição.

No entanto, não é suficiente dizer que as tarifas devam ser reduzidas, modestas ou módicas (no sentido literal da palavra), pois, conforme já salientado, prescinde-se de parâmetros comparativos que possam ajudar na avaliação de se estar realmente operando no sentido de proporcionar o uso do serviço pelo maior número possíveis de usuários, independentemente de sua condição financeira e de tratamentos diferenciados por razões de hipossuficiência econômica, garantindo uma tarifa de valor acessível. Por isso, deve-se levar em conta também outros aspectos para definir o princípio, que serão analisados nos itens seguintes.

4.2.2 Os demais princípios de adequação e a modicidade tarifária

Um segundo elemento componente da modicidade tarifária reside na sua vinculação essencial à realidade do serviço. A verificação da modicidade resulta do sopesamento da aplicação concreta, no regime estatutário ou no contrato de concessão, de todos os demais requisitos da adequação do serviço, que necessitam ser efetivados em grau ótimo, porém sem oneração que inviabilize o acesso ao serviço.

Moreira Neto (2009, p. 479, grifo do autor), exemplificando esse entendimento, expõe que:

[...] a consideração política da *modicidade* ficará limitada a estabelecer *parâmetros de qualidade* mais discretos, embora sem sacrifício da segurança, ou *requisitos de expansão menos ambiciosos*, ou, mesmo, a possibilidade de virem a ser *outorgadas subvenções* com destinação específica por parte do Poder Público, o que só deve ser considerado se outra solução não for possível, para compensar certas partes ou segmentos do serviço que devam ser prestados a fundo perdido, tudo, porém, *sem se alterar a equação econômico-financeira do contrato*, cabendo à Administração definir o que deva ser, afinal, caso a caso, *a modicidade possível*.

Wald e Gaensly (2008, p. 21) também expõem essa característica da modicidade tarifária. Segundo os autores, “o próprio legislador não trata a modicidade tarifária como um fim em si mesmo; trata-a como um dos objetivos da política tarifária, ao lado de outros postulados relacionados à garantia de acesso e de qualidade do serviço”.

Esse entendimento também é apontado por Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2003, p. 2) que, apesar de não tratar diretamente dos princípios de adequação da Lei nº 8.987/95, mas dos princípios gerais constitucionais, ensina que o termo “tarifa módica” deve ser entendido “sempre na perspectiva dos princípios, valores e interesses constitucionalmente relevantes, pois em que pese a larga margem de conformação, ao intérprete não é permitido que possa transfigurar o conceito”. Quando considerados todos os princípios em análise conjunta para se chegar aos contornos da modicidade no caso concreto, ao intérprete torna-se possível incorporar dados mais objetivos e valores que garantirão “maior margem de concretização consoante as variações de conjunturas e opções políticas”.

Cada princípio de adequação gera um determinado custo financeiro para ser efetivamente aplicado na prestação do serviço público. Podemos tomar como exemplo a atualidade. Manter um serviço público atual, com as técnicas mais avançadas e atualizadas, gera um acréscimo de valor na execução que precisa ser sopesado frente ao acréscimo que acarretará no valor das tarifas. É preciso, então, verificar no caso concreto se em prol da atualidade não se elevará demais o valor da tarifa, prejudicando o acesso ao serviço. Esse entendimento deve ser feito com relação aos demais elementos da adequação.

A busca concreta da adequação gera, portanto, variações de custo na prestação dos serviços públicos. A modicidade vincula-se diretamente a esse custo. Segundo Fernanda Stracke Moor (2002, p. 57), “A modicidade não significa valor reduzido, mas corresponde à ideia de menor tarifa em face do custo e do menor custo em face da adequação do serviço”. Para que seja possível definir a modicidade, “devem ser seguidos critérios jurídicos que levam

em conta a situação concreta, observando a espécie do serviço, amplitude, características da necessidade pública, custos da execução do serviço”.

Moor apresenta, na citação do parágrafo anterior, referências à necessidade de compatibilizar a modicidade com os demais custos de adequação. Porém, refere-se, também, a um novo elemento: na situação concreta, a modicidade da tarifa deve ser verificada atendendo-se aos demais custos que incidem na execução do serviço (e não somente aos que se originam da implementação dos princípios de adequação). Essa abordagem conduz à análise do próximo elemento que compõe o conceito de modicidade. Trata-se efetivamente da necessidade de a modicidade tarifária representar um valor não necessariamente “baixo” (como o termo módico sugere), mas comparativo ou relacional (o menor possível em face de todos os custos incidentes na prestação do serviço, inclusos nisso o lucro do concessionário e a capacidade de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

4.2.3 A modicidade como representação de valor relacional e da “tarifa justa”

O conceito de modicidade tarifária também pode ser visto como a representação de um valor relacional que depende, de um lado, da análise dos fatores que incidem na composição do valor da tarifa de um serviço público (e que têm um estreito vínculo com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato) e, de outro, dos anseios dos usuários, que necessitam dispor de quantias que não comprometem sua subsistência financeira.

Como analisado no capítulo anterior, a tarifa em uma concessão pode ser fixada através de diferentes fórmulas de estruturação tarifária (custo do serviço, custo marginal, custo médio, *yardstick competition* etc.). Os critérios para a escolha da proposta vencedora também poderão variar, de acordo com as possibilidades apresentadas em lei (menor tarifa, melhor proposta, melhor técnica e algumas combinações entre elas). Assim, conforme os métodos adotados, a tarifa apresentará diferentes componentes, que ditarão seu valor final ao usuário. De forma bastante simplificada, é possível dizer que ela normalmente abrange todos os custos que incidem na prestação do serviço (custos operacionais, amortização de investimentos, constituição de reserva técnica, margem de lucro etc.).

Para saber se uma tarifa atende ao princípio da modicidade, devem ser analisados, necessariamente, todos esses componentes com relação à capacidade econômica dos usuários. Por isso, o conceito de modicidade é relacional. A modicidade tarifária requer a implantação da menor tarifa possível diante dos fatores que comporão a remuneração do serviço, estipulada na sua respectiva política tarifária e colocada em prática no edital de licitação e na celebração do contrato de concessão. Portanto, a tarifa dependerá do tipo de serviço público que será prestado, dos investimentos realizados, dos juros aos quais os eventuais empréstimos para os investimentos foram captados, da taxa de retorno do projeto, do prazo do contrato etc. Possui íntima ligação com a estipulação inicial do equilíbrio econômico-financeiro, pois a tarifa deve ser a menor possível, em prol da modicidade, mas deve garantir a remuneração da concessão e a adequação do serviço, além de viabilizar a subsistência da concessão⁷⁷.

Nesse sentido se posiciona Egon Bockmann Moreira (2010, p. 262):

Dentro desse conjunto de dados, a tarifa deve ser a mais módica possível em vista do serviço a ser administrado e prestado pelo concessionário. No caso das concessões comuns regidas pela Lei Geral de Concessões, módica é a tarifa que está na medida para tornar o projeto autossustentável – nem mais nem menos que o estritamente necessário para que o serviço seja adequado às respectivas necessidades sociais.

Dessa forma, encontrar um meio termo entre essas pretensões de concessionários e usuários, que traduza o menor valor possível da tarifa, porém suficiente a remunerar o serviço, terá o condão de, ao mesmo tempo, garantir o sucesso do projeto de concessão, a modicidade tarifária e a adequação do serviço público, conforme determina a lei. Essa tarefa deve ser constantemente buscada pelo poder concedente, desde o momento em que legisla em sua política tarifária, passando pela elaboração dos editais de licitação, pela confecção dos contratos de concessão e pela vigilante fiscalização do seu cumprimento (em que ganha importância a atuação das agências reguladoras).

A tarifa módica, portanto, não deve ser confundida com tarifa de valor ínfimo, pequeno, desprezível ou miserável, pois depende da análise de vários fatores do caso

⁷⁷ Não é desnecessário afirmar que a situação ideal numa concessão seria que as tarifas, por si só, e apresentando o valor mais baixo possível, pudessem assegurar a remuneração total da concessão. Porém, é sabido que em algumas situações, o Estado deve participar, contribuindo com valores para a remuneração do serviço, para manter a relação de equilíbrio econômico-financeiro, em decorrência da estipulação de gratuidades e tarifas sociais, em prol do princípio da isonomia. Conforme analisado no capítulo sobre remuneração, é importante lembrar que existem outras possibilidades nas quais ocorre participação direta do Estado com valores para a remuneração na concessão, que não necessariamente se vinculam com o princípio da isonomia.

concreto. Nesse sentido, Juan Carlos Cassagne (1991, p. 144, tradução livre) também expõe um conceito relacional de modicidade tarifária, que o vincula ao custo total da execução do serviço:

Este princípio geralmente instrumenta cláusulas que determinam que as tarifas devem ser justas e razoáveis. Nessa fórmula, o justo se refere fundamentalmente a aspectos jurídicos, ou seja, ao modo de como serão as tarifas aplicadas, enquanto a razão se vincula ao *quantum* das mesmas. Nesse sentido, tanto as taxas quanto os valores integrantes daquelas devem surgir de uma equação equilibrada com o custo do serviço, ao qual deve ser adicionado um preço-utilidade, estabelecido também de forma proporcional, quando o serviço é prestado por um concessionário ou permissionário⁷⁸.

Além de expor a necessidade de se vincular o conceito aos custos totais com a prestação do serviço, não sendo suficiente determinar que o valor seja, em qualquer situação, apenas baixo, Cassagne faz referência à necessidade de a tarifa ser justa e razoável.

Odilon C. Andrade, na primeira metade do século XX, já indicava essa natureza das tarifas de serviços públicos concedidos, descrevendo os limites segundo os quais a mesma se comportaria de forma ideal. Apesar do termo “modicidade” ainda não existir na época, sua lição, segundo a qual existe um valor máximo e um valor mínimo para a tarifa se tornar ideal, mostra-se pertinente ao conceito de modicidade. Segundo Andrade:

Há um máximo além do qual o serviço não vale para o consumidor e um mínimo abaixo do qual não convém para o concessionário. A tarifa ideal será aquela que ajustar os dois índices, fazendo coincidir no mesmo ponto os dois limites de tolerância. O máximo a cargo do público não reclama regulamentação porque ele mesmo o demarca pelo consumo que faz da utilidade, em perfeita proporção com o valor que lhe atribue. No mínimo do concessionário, porém, deve o Estado intervir, para impô-lo, porque d’outro modo não se consegue a coincidência pacificadora (ANDRADE, 1937, p. 123, ortografia original).

⁷⁸ Texto original: “Este principio suele instrumentarse la cláusula que prescribe que las tarifas han de ser ‘justas y razonables’. En dicha fórmula lo justo se refiere fundamentalmente a los aspectos jurídicos, es decir, al modo de aplicar las tarifas, mientras que lo razonable se vincula al *quantum* de las mismas. En este sentido, tanto las tasas como los precios integrantes de aquellas deben surgir de una ecuación equilibrada con el costo del servicio, al que cabe añadir una utilidad tasada y establecida también en forma proporcional, cuando el servicio es prestado por un concesionario o permissionario privado”.

José Anacleto Abduch Santos (2002, p. 215-216) também apresenta comentário a respeito da modicidade tarifária no sentido de se encontrar um equilíbrio entre a justa remuneração e a capacidade econômica do usuário:

O valor da tarifa está adstrito ou vinculado a duas condicionantes fundamentais: a justa remuneração do concessionário e a capacidade econômica do usuário. O valor da remuneração do concessionário afere-se de forma objetiva mediante a aplicação de fórmulas e cálculos matemáticos e financeiros. Será fruto basicamente do somatório dos custos operacionais, mais parcela da amortização de investimentos, mais parcela destinada à constituição de reserva técnica, mais margem de lucro. O produto desta fórmula determinará o valor da tarifa. A outra condicionante, a capacidade econômica do usuário, tem caráter subjetivo e decorre da aferição da condição socioeconômica de arcar com o pagamento da tarifa fixada como condição para fruição do serviço. Esta condicionante é pressuposto daquela.

Moreira (2010, p. 330-331) refere-se à tarifa justa também como tarifa ótima. Segundo o autor, em um projeto de concessão tarifa ótima é a que concomitantemente melhora o bem-estar social, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro, sem deixar de preocupar-se com políticas distributivas eficientes (tanto na direção da fixação de valores acessíveis para os serviços como na direção da indução do consumo “socialmente ótimo” – impedindo o desperdício). Dessa forma, as tarifas ótimas, nas concessões comuns, devem ser averiguadas através de duas perspectivas: se são capazes de garantir a autossustentabilidade do projeto e se são equânimes, com a devida distribuição de custos e benefícios entre os usuários e os concessionários, não podendo ser muito baixas sob pena de comprometer a subsistência da concessão e não atrair o setor privado, nem muito altas, pois potencialmente inviabilizariam o acesso ao serviço a um grande número de pessoas. Nas palavras do autor:

O desenvolvimento do projeto concessionário para a concessão comum pressupõe a viabilidade de haver remuneração por meio de tarifa justa a ser paga pelos usuários – daí as exigências de sua adequada definição e debate (audiências e consultas públicas, publicidade ao edital etc.). Também devido a isso, ao lado do sistema de fixação, é necessário o controle tarifário.

Sob a acepção relacional, o conceito de modicidade tarifária não se vincula, portanto, apenas à necessidade de a tarifa apresentar valores baixos, pequenos, reduzidos ou ínfimos, para garantir a todos o acesso ao serviço. Quem dessa forma define o princípio, o faz sem levar em consideração todas as demais características que estão inseridas na remuneração da

concessão. O conceito relacional de modicidade traduz a ideia de que é necessário atentar-se às características peculiares de cada serviço, de cada edital de licitação e contrato, das fórmulas de fixação das tarifas e dos critérios para avaliar as propostas na licitação, dentre outros aspectos que serão analisados em detalhes adiante, para então verificar a composição da mesma e, assim, perquirir o menor valor possível que garanta a remuneração da concessão, o acesso indiscriminado dos usuários ao serviço e que mantenha incólume a relação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4.2.4 Conclusões quanto ao conceito e quanto ao conteúdo jurídico do princípio da modicidade das tarifas

Significante parcela da população brasileira vive com poucos e escassos recursos financeiros, exigindo que as tarifas dos serviços públicos, no geral, apresentem um valor acessível com propósitos de garantir a universalidade do serviço e a generalidade de sua prestação a todos, configurando esse o objetivo principal do princípio da modicidade tarifária.

No ordenamento jurídico brasileiro, a modicidade tarifária constitui um dos requisitos de adequação do serviço público, conforme estabelece o § 1º do art. 6º da Lei Geral de Concessões. O referido dispositivo cumpriu determinação do inc. IV do § único do art. 175 da Constituição Federal, que previu a disposição em lei acerca da obrigação de se manter serviço público adequado.

Por configurar um conceito jurídico indeterminado, a doutrina possui entendimentos variados quanto à sua conceituação. O primeiro deles o vincula à necessidade das tarifas possuírem valores baixos, de acordo com o sentido literal do termo módico, em prol da generalidade e do acesso universal à prestação do serviço público. O segundo entendimento consiste na afirmação de que a tarifa módica representa a conta final a ser paga pelos usuários nas tarifas, após a aplicação em grau máximo de todos os outros requisitos de adequação, que devem ser sopesados e aplicados de forma proporcional, para não encarecer demasiadamente o valor a ser cobrado. Por fim, tem-se o entendimento relacional, que vincula o conteúdo do princípio à necessidade de estabelecer em uma concessão, através dos diversos fatores

componentes da remuneração e da política tarifária, o menor valor de tarifa possível, frente a todos os custos que incidem na prestação do serviço, inclusive com relação ao lucro do concessionário, de um lado, e as pretensões ligadas à capacidade financeira dos usuários, de outro, resguardando sempre esse valor mais baixo possível a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que garante a prestação do serviço adequado e a subsistência do projeto concessório ao longo do prazo contratual (nesse sentido, a tarifa módica representaria o que a doutrina chama de tarifa justa).

As diferentes formas de conceituar o princípio trazem consigo elementos que não podem ser desprezados e que juntos formam um conceito mais completo acerca da modicidade tarifária. Em resumo, é possível afirmar que, como requisito de adequação e princípio estabelecido em lei, a modicidade tarifária determina, em prol da generalidade e do acesso universal ao serviço público, que, após a aplicação, no caso concreto, de forma proporcional às peculiaridades de cada situação, de todos os demais requisitos de adequação, que sejam utilizadas as melhores opções referentes à forma remuneratória e de política tarifária, para que a tarifa seja a menor possível frente aos custos totais que incidem na prestação do serviço, porém suficiente para manter a relação de equilíbrio econômico-financeiro.

Definidos os contornos jurídicos conceituais do princípio, o próximo passo será analisar quais os fatores do regime remuneratório e da política tarifária que possuem impacto na modicidade das tarifas, bem como a forma como isso se processa.

4.3 FATORES REFERENTES AO REGIME REMUNERATÓRIO E POLÍTICA TARIFÁRIA NAS CONCESSÕES E SEUS IMPACTOS NA MODICIDADE TARIFÁRIA

O princípio da modicidade das tarifas deve ser observado desde o início dos estudos técnicos prévios que precedem um projeto de concessão. Configura um comando que deve ser observado na confecção do ato convocatório da licitação, durante todas as fases da mesma, bem como na lavratura dos termos do contrato de concessão e durante todo o tempo de duração do mesmo: “A modicidade tarifária é um comando que se aplica ao administrador no

momento da licitação, na fixação das condições das propostas e respectiva escolha da que lhe é mais vantajosa” (WALD; GAENSLY, 2008, p. 21).

O poder concedente do serviço e a respectiva agência reguladora, se houver, devem prezar pelo atendimento aos termos do princípio em todas as etapas que envolvem o projeto de concessão. Conforme entendimento aqui exposto, a modicidade tarifária determina que a tarifa seja a menor possível na execução de um determinado serviço público. É necessário que sejam feitas as melhores opções, que possam garantir que a tarifa será módica, ou seja, que será a menor possível naquela determinada situação.

Dessa forma, será necessário analisar quais fatores (referentes à remuneração e política tarifária nas concessões) impactam a modicidade tarifária e como isso ocorre.

4.3.1 Critérios de escolha da proposta vencedora da licitação

A Lei nº 8.987/95, conforme verificado no item 3.4.1, estabelece que podem ser adotados diferentes critérios de julgamento para definição de qual será a proposta mais vantajosa na licitação, que dará ao seu proponente o título de vencedor do certame.

Tomando como base o primeiro critério previsto, que diz respeito ao julgamento das propostas conforme o menor valor de tarifa proposto (inc. I do art. 15 da nº Lei 8.987/95), não há dúvidas de que sua adoção favorece a modicidade (ao menos em um primeiro momento). O prestador privado que ofertar a execução do serviço pelo menor valor de tarifa a ser cobrada dos usuários será o vencedor da licitação. Com isso surge um grande estímulo a que as tarifas sejam formuladas, pelo menos em tese, em um ambiente concorrencial entre as empresas interessadas em vencer a licitação, que naturalmente proporciona que seu valor seja o mais baixo possível naquela situação.

Sobre o critério da menor tarifa e seu impacto na modicidade tarifária, Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 75) afirma que:

Numa das hipóteses admitidas, o julgamento é feito em função do mais baixo valor proposto para a tarifa. Aquele que oferecer a menor tarifa,

assumindo o compromisso de cumprir as obrigações inerentes à prestação do serviço, tal qual disciplinado no edital, contrato e normas regulamentares aplicáveis, sagra-se vencedor do certame. Neste caso, credita-se à disputa entre os interessados em assumir a concessão o atributo de conferir aos usuários a menor tarifa possível.

Se a tarifa tende a ser a menor possível com a escolha desse critério de análise das propostas na licitação, então sua adoção encontra-se em consonância com o princípio da modicidade das tarifas.

Assim também o será todos os demais critérios que, de alguma forma, conjugam a necessidade de apresentarem as menores tarifas com os outros requisitos previstos na Lei Geral de Concessões. É o caso, por exemplo, da combinação do critério do inciso I com o dos incisos II e V do art. 15 da Lei nº 8.987/95, em que o valor mais baixo da tarifa também influencia a escolha do vencedor da licitação, conjugados, respectivamente, com o da maior oferta pela outorga da concessão e com o da melhor técnica.

Esses critérios mistos dependem do peso que se dê à necessidade de se apresentar proposta com a menor tarifa possível, pois o maior valor da outorga e a melhoria da técnica podem gerar pressões para uma tarifa maior. Isso vai depender da eficiência de ação do poder concedente que, em prol da modicidade, deve deixar claro no edital da licitação e no contrato com a concessionária vencedora que a preocupação com o valor tarifário ocupa posição de destaque na concessão.

As situações que merecem maior atenção são aquelas em que o valor da tarifa não é levado em consideração para se determinar o vencedor, sendo o caso da outorga em razão da maior oferta (inc. II do art. 15), da melhor proposta técnica (inc. IV do art. 15), da combinação entre esses dois critérios (inc. VI do art. 15) e a que prevê a escolha pelo critério da melhor oferta, após qualificação das propostas técnicas (inc. VII do art. 15). Potencialmente, a adoção de tais critérios pode comprometer a modicidade das tarifas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 126), além de ressaltar o prejuízo do critério de julgamento da maior oferta à modicidade das tarifas, afirma também que o mesmo é inconstitucional:

[...] esse valor, em vez de ser pago pelo vencedor da licitação ao término do procedimento, acaba sendo estipulado para pagamento em todo o decorrer do contrato, onerando, certamente, o valor da tarifa. Na realidade, o ônus de pagamento vem a incidir, não sobre a empresa concessionária, mas sobre o

usuário do serviço público. Essa forma de pagamento do valor da oferta, desde que demonstrada sua inclusão no cálculo da tarifa, padece do vício de inconstitucionalidade, por revestir verdadeira natureza de tributo, já que o montante assim obtido pelo poder concedente não se destina a remunerar o serviço objeto da concessão, mas entra nos cofres públicos da mesma forma que as receitas provenientes dos impostos. Trata-se de verdadeiro tributo embutido no valor da tarifa, com a agravante de que, para sua instituição, não são observados os princípios constitucionais que regem a instituição de tributos, em especial o da legalidade tributária.

Embora defenda a constitucionalidade do critério da maior oferta pela outorga do serviço, Flávio Amaral Garcia (2006, p. 197, grifo nosso) reconhece o seu grave prejuízo à modicidade tarifária. Segundo o autor:

O fato de não se considerar inconstitucional este tipo, não nos autoriza a concluir que a sua utilização vem se dando de forma correta. Em diversas concessões, a escolha deste tipo tem se revelado inadequada e tem sido *a principal causa de um valor de tarifa que onera sobremaneira o usuário*. A opção por um dos critérios de julgamento deve ser motivada e adequada às peculiaridades do caso concreto.

Jacintho Arruda Câmara também apresenta posição nesse sentido, afirmando que a adoção de critérios de julgamento de propostas nos quais não é levado em consideração o valor da tarifa comporta um risco à modicidade. Câmara (2009, p. 75) sustenta que:

A adoção de critérios de julgamento em que o Poder Público adota uma espécie de leilão para a escolha do concessionário – isto é, de uma fórmula em que vence a disputa quem se dispuser a pagar mais pela outorga do serviço – 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 que nos tradicionais, em que não se faz a cobrança. 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 pela oportunidade de explorar um empreendimento de alta rentabilidade (como os serviços de telefonia móvel). É inegável, porém, seu impacto nas tarifas.

Como sugestão para que nessas ocasiões não haja prejuízo ao princípio da modicidade o autor sugere que o poder concedente estabeleça um eficiente regime tarifário, no qual se descrevam com clareza os limites de transferência desses custos, com o pagamento

pela outorga, às tarifas a serem pagas pelos usuários. Além disso, propõe também que, no edital de licitação, exista um limite máximo estabelecido para o valor da tarifa ou, então, que seja adotada, nessas hipóteses, a conjugação com o critério da menor tarifa.

Reiterando esse posicionamento, em estudo conjunto, Câmara e Sundfeld (2006, p. 611) esclarecem que é possível, até mesmo no momento em que se promova a licitação, estabelecer fórmulas que implementem políticas tarifárias (no presente caso, que favoreçam a modicidade das tarifas quando o critério for diverso do julgamento da proposta pela menor tarifa):

Até mesmo no momento de promover a licitação, necessária à delegação desses serviços a particulares, o Poder Público poderá implementar uma fórmula de política tarifária. Isso é possível por intermédio da escolha do critério de julgamento das propostas. A Lei nº 8.987/95 admite, entre os critérios de julgamento possíveis, fatores que levem em conta o menor valor a ser cobrado dos usuários ou, como outro instrumento, a combinação desse critério com outros (qualidade do serviço, por exemplo), ou ainda a fixação desse valor no Edital (modo por meio do qual o Estado já define qual a tarifa a ser utilizada, independentemente das propostas dos licitantes).

Almeida (2009, p. 154) também reconhece que a adoção do critério de julgamento da maior outorga, isolado da proposta com base na menor tarifa, pode afetar a modicidade tarifária. No entanto, sugere solução diversa da apontada por Câmara e Sundfeld, propondo que seja aumentado o prazo contratual nesses casos, de modo a viabilizar o menor valor possível das tarifas. Conforme a autora, supondo que vinte anos sejam satisfatórios “para a recuperação do capital investido, o tipo maior outorga exigido no certame determinará que o prazo seja aumentado para que o valor inicial a ser despendido pelo concessionário não repercuta no valor tarifário”.

Exemplo real e atual em que houve preocupação com o valor tarifário conjugado com outros critérios e que impactou de forma positiva a modicidade aconteceu com a recente licitação para a concessão de 13 quilômetros da BR-101, que inclui a ponte Rio-Niterói, no Estado do Rio de Janeiro. A empresa Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A venceu a licitação, passando a ser a nova concessionária, durante 30 anos a partir do dia 01/06/2015, no lugar da empresa CCR, cujo contrato venceu em maio daquele ano. Com essa nova licitação, o valor da tarifa de pedágio caiu de R\$ 5,20 para R\$ 3,70. Isso porque novo critério de escolha da proposta vencedora foi exigido no edital de licitação, com o objetivo de favorecer

a modicidade tarifária. Ficou estabelecido no referido edital um teto de R\$ 5,18 para o valor da tarifa de pedágio, além de se prever que o critério de escolha seria o da licitante que apresentasse o menor valor da tarifa a ser cobrada dos usuários (estipulando-se, ainda, critérios de algumas melhorias que necessitavam ser realizadas e de mais adequação do serviço). A empresa Ecorodovias apresentou a proposta de valor mais baixo da tarifa, no valor de R\$ 3,28 e foi a vencedora do certame (ZERRENER, 2015).

Esse exemplo demonstra a importância de se elaborar edital de licitação em que haja critério de julgamento das propostas que estabeleça claramente preocupação com o valor da tarifa, isoladamente ou em combinação com os demais critérios, que atue no sentido de favorecer a modicidade, pois permite uma concorrência mais efetiva entre os interessados em prestar o serviço na concessão. Deve, portanto, ser utilizado sempre que possível no caso concreto.

4.3.2 Modelos de estruturação tarifária

Há inúmeras fórmulas para se chegar à quantificação do valor de uma tarifa em uma concessão, como exposto no capítulo anterior. As mais tradicionais são as que se dão através do *custo do serviço* (fórmula mais comum empregada nas concessões, em que o objetivo é remunerar os custos com a execução do serviço e garantir taxa de retorno ao concessionário), do *custo marginal* (no qual a tarifa é calculada tendo como base o custo referente à implantação de mais uma unidade além da já existente e o lucro que poderia advir dessa implantação) e do *custo médio* (no qual ocorre a divisão, de forma proporcional ao uso ou consumo pelos usuários, de todos os custos para a execução do serviço).

A tarifação pelo *custo do serviço*, como visto, é a mais habitualmente adotada na maior parte das concessões de serviços públicos. Tem como principal objetivo cobrir as despesas com a prestação do serviço, dando especial enfoque à taxa de retorno do investimento. O valor da tarifa é calculado tendo como ponto de partida a reunião dos valores para remunerar os custos totais que recaem na prestação, mais uma margem de valor que garanta a taxa de retorno do concessionário.

Como apontado, este método possui um problema que o torna prejudicial à modicidade tarifária. É trabalhoso mensurar *a priori* quais serão os custos e investimentos que farão parte do valor da tarifa, tanto no momento da lavratura do contrato, como durante a sua execução e, por essa razão, conforme sublinha Marçal Justen Filho (2003, p. 357), a tarifa calculada através desse método produz a transferência, para os usuários na concessão, “de todos os custos excessivos, desnecessários ou equivocados realizados pelo prestador do serviço”. Há, dessa forma, com a sua utilização em uma concessão, um potencial risco à aplicação concreta do princípio da modicidade das tarifas. Segundo o autor, diante da tarifação pelo custo do serviço, “O usuário, como condição para usufruir o serviço de que necessita, paga a fatura que lhe é apresentada. Não há possibilidade de interferir sobre a estrutura empresarial do concessionário para verificar se os custos são os menores possíveis”.

Além de potencialmente comprometer a modicidade, pode ser um óbice, de modo geral, a uma maior eficiência na prestação do serviço, acarretando prejuízos à sua adequação, pois não há motivações para que o concessionário melhore o seu desempenho, já que, em teoria ao menos, existe uma tendência para que seus gastos sejam sempre integralmente compensados. Conforme exposição de Campos Neto e Soares (2007, p. 28):

A princípio, a regulação econômica pelo custo do serviço não estimula a busca pela eficiência empresarial, pois a tarifa sempre será suficiente para cobrir os custos de manutenção e operação e para garantir a taxa de retorno esperada do investimento. Por outro lado, caso a empresa seja mais eficiente e reduza custos, em tese, não seria beneficiada, pois as tarifas seriam reduzidas na mesma proporção dos ganhos de produtividade.

A utilização do método do *custo marginal*, no qual a fixação da tarifa se dá através do custo que propicia a produção de uma unidade a mais das já realizadas e análise do lucro adicional gerado por isso, também pode comportar, quando empregado de forma descuidada, potenciais prejuízos à modicidade tarifária. Nesse método não é considerado o custo gerado com os investimentos, podendo comportar o risco de não se remunerar de forma adequada o concessionário pelos investimentos que precisou realizar inicialmente, principalmente nas áreas de infraestrutura (setores nos quais os serviços compreendem altos valores de investimentos em capital fixo e apresentam, normalmente, economias crescentes de escala, com custos marginais decrescentes). Para não ficar no prejuízo, a tendência nessa situação é cobrar dos usuários um valor adicional para a cobertura dos custos fixos, o que poderia, em tese, elevar o valor da tarifa e comprometer a modicidade tarifária.

O método de cálculo tarifário pelo *custo médio*, a princípio, mostra-se em consonância com o princípio da modicidade: apura-se o valor da tarifa dividindo-se todas as despesas com a execução do serviço entre os usuários, proporcionalmente ao consumo, tanto as relacionadas aos investimentos iniciais (que normalmente são mais elevadas) quanto as relacionadas com despesas para produção de unidades posteriores (normalmente de valores mais baixos).

A despeito da crítica que sofre por não levar em consideração a necessidade de existência de tarifas diferenciadas com finalidades sociais, o problema específico que pode causar com relação à modicidade está no fato de não produzir tendência de redução no valor das tarifas, pois o valor cobrado independe do número de usuários ou do volume do consumo.

Diante dos diversos problemas existentes com esses métodos e, como analisado, relacionando-se alguns deles diretamente com o prejuízo à modicidade das tarifas, novos métodos têm sido incentivados pelos órgãos reguladores, tais como o *custo pelo preço* ou *price cap*, a *regulação por padrão de comparação* (também conhecida como *yardstick regulation* ou *yardstick competition*) e a *regra de Ramsey*.

No método do *custo pelo preço* ou *price cap*, é adotado um valor teto para a prestação do serviço (que pode ser oferecido pelo poder concedente ou pelo concessionário) além de fórmulas de revisão, para adequação do valor da tarifa aos ganhos de eficiência na execução do serviço. Quando bem aplicado à situação em concreto, comporta-se como umas das melhores formas de composição da tarifa, no sentido de favorecer a sua modicidade.

A atuação em prol da modicidade tarifária é incentivada no *price cap* porque há determinação no sentido de se compartilhar com os usuários, através da redução do valor da tarifa, os ganhos obtidos com a melhor na eficiência na prestação do serviço. Embora o concessionário se aproprie, num primeiro instante, de tais ganhos, aumentando seu lucro, fica obrigado, logo em seguida, a reconhecer que houve redução dos custos e ampliação da receita, e assim, num momento oportuno de revisão tarifária, reduzir o valor da tarifa.

Dessa forma, o valor tarifário estará sempre muito próximo da tarifa justa, ou seja, daquela que é suficiente para garantir a boa remuneração do concessionário, cobrindo os custos, gerando o lucro, porém sendo a menor possível, já que os ganhos com a eficiência serão deduzidos de seu valor. Sobre isso, Almeida (2009, p. 173) explica que “Entre cada revisão periódica, o concessionário se apropria dos ganhos de eficiência, mas é forçado a reduzir os custos que gerencia ou amplia as receitas, para reduzir as tarifas”. No mesmo

sentido, Justen Filho (2003, p. 360) afirma que ocorre a incidência de um deflator, que transfere aos consumidores um ganho de eficiência, ao passo que as despesas que não dependem do concessionário são reajustadas de modo dissociado e automático.

Percebe-se, então, que a adoção do método de cálculo tarifário pelo *price cap* atua, pelo menos em teoria, em prol do princípio da modicidade tarifária. Porém, envolve a necessidade da potencial redução tarifária ocorrer através do mecanismo da revisão. Estas normalmente ocorrem sempre aumentando o valor tarifário, para preservar o equilíbrio econômico-financeiro em prol da concessionária, gerando, portanto, situação de embate em concessionária e Poder Público, que na maioria das vezes só é resolvido através da via judicial.

Na *regulação por padrão de comparação*, também conhecida por *yardstick regulation* ou *yardstick competition*, a entidade reguladora tem acesso aos balanços anuais das concessionárias com o propósito de fixar o preço do ano seguinte. Toma como referência para isso o balanço das empresas mais eficientes daquele determinado setor. Mais comumente adotada nos casos de monopólio natural, introduz estímulo à redução de custos entre as empresas, reduzindo as assimetrias de informação existentes com o intuito de estimular maior eficiência econômica. A adoção de tal método, portanto, também é um forte estímulo à modicidade das tarifas, uma vez que a estimulação à eficiência econômica induz à redução do valor tarifário.

Adota-se a figura da *shadow firm* ou firma-sombra, conforme analisado no capítulo anterior, que é composta por uma média das variáveis das empresas que fazem parte de um determinado ramo de atuação, para tomá-las como exemplo de eficiência para a estimulação de competição entre as empresas, no sentido de favorecer a redução dos custos e, conseqüentemente, o valor das tarifas.

Arnaldo Wald (2004, p. 395) critica esse modelo por se reportar a paradigma estranho à evolução dos custos da própria concessionária, o que, segundo ele, representa um risco ao equilíbrio econômico-financeiro. Segundo o autor:

[...] a metodologia da ‘Empresa Modelo’, alheia às condições efetivas daquele plexo de direitos, obrigações e circunstâncias econômico-financeiras que compunha a equação econômica inicial do contrato de concessão, contraria sua destinação última de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do mesmo contrato.

O método da *regra de Ramsey* geralmente é um critério adotado nos serviços em que a demanda não é fixa por ser sensível ao valor da tarifa. Usualmente, é empregado de forma conjunta com o método do custo médio, para permitir melhor distribuição dos custos fixos. Por se prejudicar com a falta de assimetria de informações, assim como ocorre com o método do custo médio, a adoção da regra de Ramsey não beneficia, espontaneamente, a modicidade tarifária. A empresa concessionária dispõe de informações que são importantes para o poder concedente ou respectiva agência reguladora, principalmente com relação às suas receitas, despesas e a taxa de retorno, para verificar se existem ganhos de eficiência que extrapolam os limites estabelecidos na relação econômico-financeira inicial, e que devam, por essa razão, ser compartilhados com os usuários através de uma redução tarifária.

Além disso, a regra de Ramsey beneficia mais os usuários que dispõem de um poder aquisitivo maior, o que também agrava o prejuízo à aplicação do princípio da modicidade, pois nesse método, o usuário que desloca sua demanda com maior rapidez consegue tarifas melhores, já que a distribuição dos custos fixos entre os vários produtos é feita por *mark-ups* sobre os custos marginais, na proporção inversa da flexibilidade da demanda dos usuários, para tentar impedir perdas econômicas para as concessionárias.

Através do esboço apresentando sobre os diferentes métodos de cálculo tarifário em uma concessão, percebe-se a influência dos mesmos no valor da tarifa a ser paga pelo usuário. Escolher o método mais apropriado para a situação é imprescindível para garantir que a tarifa a ser paga seja a menor possível diante dos diversos fatores que envolvem a atividade empresarial da concessionária e que requerem a devida remuneração do serviço.

4.3.3 Gratuidades e tarifas diferenciadas

Como analisado no capítulo 3, as tarifas diferenciadas dividem-se em dois grupos: as extrafiscais e as tarifas sociais.

A primeira delas refere-se às tarifas que visam à proteção ou ao uso controlado de bens limitados ou escassos, tais como a energia elétrica, a água, dentre outros. Existe legitimidade para que seja cobrado valor superior ao necessário para garantir a remuneração

na concessão. Embora não deixe de se ter como objetivo o bem comum e o interesse público, este saldo positivo não é revertido aos outros usuários com a finalidade de ampliar a generalidade e o acesso ao serviço, e favorecer a modicidade das tarifas.

A segunda delas, a diferenciação de tarifas com finalidades sociais, é a que ganha relevância no presente estudo, por comportar posicionamentos divergentes quanto ao seu vínculo com o princípio da modicidade.

A estipulação das tarifas socialmente diferenciadas, ou simplesmente “tarifas sociais”, encontra seu fundamento no princípio da igualdade, no princípio da generalidade e na garantia do acesso universal de todos à prestação do serviço público. Esse comando, além de decorrer da ordem constitucional brasileira, possui dispositivo específico no art. 13 da Lei Geral de Concessões, que prescreve que tarifas poderão ser diferenciadas em decorrência de características específicas provenientes do atendimento a distintos segmentos de usuários⁷⁹.

Em determinadas situações e com relação a certos grupos de usuários, o valor normal das tarifas não serviria às finalidades de universalização do serviço, pois a falta de recursos financeiros suficientes para o acesso a serviços públicos não pode se tornar um empecilho à utilização dos mesmos. Assim, a lei de política tarifária deve prever quais as situações que comportam benefícios tarifários, com a finalidade de atender ao princípio da isonomia e garantir a universalização dos serviços.

Por vincular-se a propósitos semelhantes aos do princípio da modicidade tarifária, existe entendimento de que se tratam da mesma matéria. É o que diz, por exemplo, Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 184-185):

Bem assim, no universo dos serviços dotados de maior essencialidade, a modicidade tarifária poderá variar, caso a caso, conforme a capacidade econômica do usuário. Diz-se por isso que consiste num conceito relacional. O preço módico para certa classe dotada de maior poder aquisitivo será diverso do preço módico em relação a grupos mais carentes. Uma vez que o conceito de modicidade está atrelado à acessibilidade do serviço público, sua parametrização não será a mesma para todos os casos, mas variará em função também da capacidade econômica dos usuários. Coincide, nesse particular, a noção de modicidade tarifária com a noção de capacidade econômica. Os valores-referência de preços módicos obedecem a uma escala informada pela capacidade econômica dos usuários. Mais ricos podem praticar preços mais elevados para ter acesso ao serviço público, mais pobres devem ter assegurados preços reduzidos. Em ambos os casos, garantida a

⁷⁹ Como também já analisada, essa diferenciação bem como a estipulação de gratuidades com fulcros sociais também são uma forma de implementação de políticas públicas.

acessibilidade, estará assegurada a modicidade. Tarifa módica, nessa configuração, poderá ser equiparada a *tarifa social* (grifo do autor).

Em sentido contrário, ou seja, de que são matérias distintas, encontra-se o posicionamento de Floriano Marques Neto (2006, p. 81), para quem, tarifa módica é a “praticada com o menor valor possível para cobrir os custos da operação, ensejar o retorno dos investimentos e conferir margem razoável de retorno ao prestador. Por definição, tarifa módica não será tarifa deficitária”. Por sua vez, para o autor, tarifa social é a que se engendra de forma artificial “a partir de impulsos externos à relação econômica (objetivos sociais de políticas públicas) e que pode inclusive (no mais das vezes é) ser deficitária, na medida em que tem por pressuposto o complemento por subsídios internos ou externos”.

A posição de Marques Neto configura a mais acertada com as características conceituais do princípio da modicidade das tarifas. Isso porque, em que pese o conceito de modicidade ser relacional, como bem expôs Rafael Vernalha Guimarães, ele é o com relação à capacidade econômica geral da população do país, e não com relação a grupos específicos, como é o caso das tarifas sociais. Quase a totalidade da população brasileira, independente de viverem na condição de extrema pobreza, ou de serem apenas pobres, de classe média baixa e de classe média, possuem recursos limitados para dispenderem com os serviços públicos que, em sua grande maioria, são essenciais para se ter uma vida digna. Essa é a razão de ser do princípio da modicidade: garantir tarifas mais acessíveis a todos indistintamente, independentemente da classe social a que pertençam ou de formulação de políticas públicas destinadas à correção de desigualdades e inclusão social.

Outro aspecto relevante, que inclusive é citado por Marques Neto, é que a modicidade não gera *deficit*. Atender à modicidade das tarifas é um dos requisitos de adequação, que deve ser equilibrado com os demais e, assim, compor um valor tarifário (o menor possível) que preserve o equilíbrio econômico-financeiro. A necessidade de subsídios ou outros tipos de pagamentos por parte do Estado deveria restringir-se às hipóteses em que gratuidades e tarifas sociais são estabelecidas, e não para garantir a modicidade, que possui outros meios para ser alcançada (como analisado, a escolha do critério de julgamento das propostas na licitação, o modelo de estruturação tarifária, além de outros que serão analisados nos itens seguintes).

Conforme alerta Di Pietro (2010, p. 126), a participação do Poder Concedente através de subsídios ou pagamentos à concessionária, além das fontes provenientes das tarifas

e de receitas alternativas *lato sensu* (alternativas, complementares, acessórias etc.), “além de inconstitucional, contraria o princípio da modicidade da tarifa, previsto no art. 6º da Lei nº 8.987/95”. A participação do Estado deveria restringir-se às hipóteses em que haja necessidade de estipulação de gratuidades e tarifas sociais, que gerem uma situação deficitária na remuneração do serviço, para que reste preservado o equilíbrio econômico-financeiro.

Além desse aspecto apontado por Di Pietro, é possível deduzir também que a estipulação de tarifas socialmente diferenciadas e de gratuidades pode, inclusive, comprometer de forma direta a modicidade das tarifas. Levando em consideração casos em que a forma de custeio do *deficit* sejam os subsídios cruzados entre os usuários, eleva-se a tarifa em uma determinada prestação de serviço, comprometendo-se a modicidade nesse caso, para custear a tarifa social ou a gratuidade em outro. Se os preceitos do princípio da modicidade fossem realmente atendidos em todas as situações, talvez não houvesse a necessidade de estipulação de tantas tarifas diferenciadas para fins sociais e de serviços públicos gratuitos para grupos específicos de usuários.

A tarifa, portanto, deve ser módica para todos, de forma indistinta. Não depende da classe social a que o usuário pertence. Guarda com as tarifas sociais a similitude de garantir o amplo acesso à prestação dos serviços. Porém, a diferenciação de tarifas com propósitos sociais é mais específica e deve ser a exceção à regra, pois o ideal é que as tarifas apresentem valores acessíveis a todos, mesmo aos economicamente hipossuficientes. Conforme verificado, é a própria população quem arca com o pagamento das tarifas sociais, seja através dos subsídios cruzados ou de subsídios diretos do Estado.

Sendo assim, como bem observou Di Pietro, quanto maior for o desrespeito ao princípio da modicidade tarifária, maior será a necessidade de estipulação de tarifas sociais e gratuidades, o que acabará aumentando o valor normal das tarifas ou acarretando a necessidade do aumento de tributos. Portanto, modicidade e tarifas sociais possuem um forte vínculo de interferências mútuas, ainda que configurem institutos completamente distintos.

4.3.4 Receitas alternativas do art. 11 da Lei Geral de Concessões

A Lei Geral de Concessão não detalhou de forma minuciosa o papel das receitas alternativas nas concessões. Em que pese o art. 11 da Lei nº 8.987/95 prescrever que o uso deve ser feito “com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”, a doutrina e os agentes da Administração Pública, no dia a dia, têm adotado posicionamentos em sentidos diversos quanto à possibilidade do emprego de tais receitas.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p. 244) afirma que não é necessária uma vinculação exclusiva entre tais receitas e a modicidade tarifária. A autora explica que o poder concedente poderá prever, sempre atento às peculiaridades de cada serviço, a possibilidade de outras fontes de obtenção de recursos para compor a remuneração, que não somente a tarifa, e dar ênfase à modicidade, não sendo necessário que a finalidade exclusiva seja essa. Essas outras fontes de remuneração passam então a serem consideradas para a aferição da relação inicial que estabelece a equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A autora ainda esclarece que:

Ao admitir a estipulação de receitas alternativas à cobrança de contraprestação dos usuários como forma de remuneração do concessionário, abriu-se a oportunidade de o Poder Público, ao conceder determinado serviço público, e uma vez registrado o procedimento no edital de licitação, 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 (GROTTI, 2003, p. 245).

Cármem Lúcia Antunes Rocha (1996, 110) também aponta seu entendimento nesse sentido de finalidades múltiplas das receitas alternativas do art. 11 da Lei Geral de Concessões. A autora ressalta que:

Os instrumentos, por meio dos quais se pode chegar a essas fontes [de receitas alternativas], tanto podem ser de Direito Público (administrativo ou tributário), quanto de Direito Privado. O que eles podem propiciar, com certeza, é uma forma remuneratória que desobriga largamente o usuário de assumir sozinho o ônus da prestação recebida, estabelecendo-se um sistema de pluralidade de vantagens (que não se guardam, então, apenas ao prestador

e ao recebedor do serviço público, antes, estendendo-se a outras pessoas que não participam diretamente dessa relação administrativa, mas que por meio dela podem afirmar seus interesses) e de participação social mais difundida entre todos os membros da coletividade.

Entendimento diverso apresentam Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei Alencar (1998, p. 47), que defendem que as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados possuem como objetivo, necessariamente, o favorecimento da modicidade tarifária. Devem ser empregadas, de acordo com o entendimento dos autores, sempre aliadas à cobrança de tarifas, não sendo legítimo o emprego dessas fontes para fins que ignorem a modicidade completamente.

Rafael Vernalha Guimarães (2012, p. 217, grifo do autor) também apresenta entendimento no sentido da vinculação obrigatória com a modicidade. O autor expõe que:

A complementação da receita remuneratória do concessionário por fontes alternativas tem o propósito de assegurar a modicidade tarifária, absorvendo em favor da redução do preço das tarifas *todas* as oportunidades lucrativas vinculadas à exploração do serviço público na concessão.

Almeida (2009, p. 209) acredita que a intenção do legislador, ao estabelecer a implementação das receitas alternativas de forma atenta às peculiaridades de cada serviço e não detalhar mais o assunto quanto à necessária vinculação com a modicidade, foi a de conceder uma maior liberdade para que, em cada contrato, fosse possível determinar o objeto do seu uso: “A decisão de se considerar tal receita como não integrante da remuneração do concessionário é de natureza econômica (ou política), meramente formatada juridicamente no contrato”.

Delimitar o papel das receitas alternativas nos contratos de concessão é fator essencial para diminuir os riscos de fracasso do negócio, pois, como farão parte da remuneração do serviço, vinculadas ou não à modicidade, participarão da composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Essa delimitação é importante também para deixar claro quem se beneficiará com o uso de tais receitas: os usuários (com a redução do valor das tarifas), os concessionários (com seus rendimentos aumentados) ou o poder concedente (com a possível diminuição de subsídios ou pagamentos). À luz dos posicionamentos diversos apresentados com relação à

interpretação do art. 11 da Lei nº 8.987/95, surge certa liberdade para as partes na concessão optarem pela solução que acharem mais conveniente ao caso concreto. Marcos Augusto Perez (2006, p. 173) afirma ser necessária uma “delimitação completa e compatível do regime de remuneração”, explicando que:

[...] não é incomum encontrar-se casos em que o concedente, ao planejar a realização da concessão ou celebrar o contrato, não tenha se importado em descrever com minúcia todas as fontes e formas de remuneração exploráveis pelo concessionário, olvidando-se, por exemplo, de considerar o impacto das receitas alternativas, que sejam importantes para a formação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou se esquecendo de delimitar o critério de repartição de eventuais ganhos de produtividade (especialmente em concessões cujo modelo tarifário tenha seguido o sistema *price cap*), dando azo à prática de um regime de remuneração do concessionário, que acabe por se tornar incompatível com a natureza do modelo de concessão adotado.

Os entendimentos que apontam no sentido de que deveria haver uma vinculação entre as receitas alternativas e a modicidade são os que se apresentam em consonância com o conteúdo jurídico do princípio da modicidade. Em que pese o legislador não ter se prolongado a respeito do assunto, ficou claro que o uso de tais receitas, atendendo às peculiaridades de cada caso, deveria atentar-se à modicidade das tarifas. Em atenção às características singulares de cada situação, a porcentagem da vinculação poderia variar, proporcionalmente aos estudos que avaliassem a situação da modicidade tarifária naquela situação.

É o que aponta o Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 001/2006, feito pela Coordenação-Geral de Transportes e Logística da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), para a audiência pública da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) sobre proposta de metodologia para cálculo do reajuste tarifário do setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros:

Entendemos que a metodologia de reajuste tarifário proposta pela ANTT deve incorporar novos mecanismos de incentivo à eficiência econômica que beneficiem tanto a permissionária quanto o usuário do serviço, por meio da utilização parcial de receitas acessórias geradas pelo setor. Assim, seguindo moldes semelhantes aos modelos estudados pelas Agências de Regulação citadas acima, propõe-se que uma maior parcela das receitas acessórias fique com a empresa permissionária, na medida em que seja menor o reajuste das tarifas solicitado. Assim, passa-se a caminhar no mesmo sentido da tendência mundial em regulação, que é utilizar mecanismos de incentivo, ao invés de práticas discricionárias que envolvem custos significativos de

levantamento e análise de informações, associados às dificuldades de se eliminar a assimetria de informação a favor do regulado. Desse modo, a solução proposta deve contemplar tanto a necessidade de promover a eficiência na prestação do serviço concedido, quanto de maximizar o bem-estar da sociedade, pela diversificação dos serviços prestados.

Nesse parecer, foi proposta nova modelagem de reajuste tarifário, para que fosse levada em consideração, em prol de menor reajuste das tarifas (e, conseqüentemente, em prol da modicidade), uma ampliação do uso de porcentagem das receitas acessórias no setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nas oportunidades de reajuste tarifário.

Ainda com relação à necessidade de vinculação das receitas alternativas à modicidade das tarifas, importante observar que o uso de tais receitas em prol do princípio deve conter certa margem de flexibilidade, para estimular que as concessionárias tenham interesse na exploração desse tipo de negócio. Se no edital de licitação e nos contratos houver determinação que toda a receita extra gerada por essas fontes seja convertida a favor da modicidade, não haverá interesse das empresas em explorar tais serviços. Ou seja, diante do caso concreto, o poder concedente deve avaliar qual a porcentagem mais apropriada de tais receitas deve ser utilizada para redução do valor tarifário e qual deve ser destinada aos ganhos da concessionária, para que ambos os objetivos sejam alcançados: favorecer a modicidade e estimular o interesse das empresas na exploração das mesmas.

Conclui-se que a exploração pura e simplesmente econômica, com ênfase na finalidade lucrativa desse tipo de receita, sem guardar uma parcela mínima de vinculação com o custeio do serviço, para compor parte do valor da tarifa, não está de acordo com a mais acertada interpretação do art. 11 da Lei Geral das Concessões. Acarreta prejuízos à modicidade (que prescreve que a tarifa deve ser a menor possível, naquela situação) e, conseqüentemente, à adequação constitucionalmente exigida.

4.3.5 O lucro e a modicidade tarifária

No capítulo anterior, averiguou-se que é inerente à concessão de serviços públicos o objetivo de obtenção de lucro pelas empresas concessionárias e que a figura do lucro é acidental quando o serviço é executado diretamente pelo Estado (ou seja, não está presente em todos os casos). Conforme esclarece Di Pietro (2010, p. 125), pelo fato de haver interesse público em jogo, a presença do lucro pode ficar afastada por parte do Estado na execução direta: “O Estado, pela essencialidade do serviço, é obrigado a prestá-lo ainda que com prejuízo e, em certos casos, gratuitamente, como ocorre com os serviços sociais do Estado”.

Verificou-se também que o objetivo principal da concessão de serviços públicos às empresas privadas consiste no melhor atendimento à finalidade pública à qual se destina, ou seja, ao escopo social de melhor desempenhar o serviço e de torná-lo o mais adequado possível, segundo o que determina o ordenamento jurídico. Portanto, o objetivo não é propiciar lucro aos agentes econômicos, que acontecerá de forma incidental e servirá como atrativo ao ente privado em tomar o lugar do Estado na prestação do serviço.

Constatou-se ainda que a busca do lucro nas concessões não segue a sistemática normal do capitalismo, pois existem inúmeras ingerências regulatórias por parte do Estado vinculadas aos seus objetivos maiores, que utiliza essa atividade empresarial privada para atender aos escopos oriundos da ordem constitucional, na prestação de serviços públicos. O exercício da liberdade empresarial passa a ser intensamente regulado pelo Estado para que se mantenha fiel aos fins estabelecidos em lei, que são a busca pela prestação do serviço público adequado.

Partindo-se do pressuposto, portanto, que o lucro não é o objetivo principal da concessão, a complexidade do assunto referente à sua presença na execução de serviços públicos encontra-se na necessidade de compatibilizá-lo com a modicidade das tarifas, pois a falta de parâmetros claros quanto à sua proporção no valor tarifário e a sua busca de forma ilimitada pelo agente privado podem ocasionar distorções que poderão encarecer a tarifa ou impedir que ela seja a menor possível no caso em concreto.

Egon Bockmann Moreira (2010, p. 30-31), sobre isso, alerta para o fato de que, em razão de a Constituição Federal e algumas leis elencarem uma série de serviços como indispensáveis à subsistência digna do ser humano e, por isso, serem “públicos” e de

prestação indispensável pelo Estado, direta ou indiretamente, os mesmos ficam excluídos da “liberdade plena dos mercados”. Com isso, as concessões “transitam em dois ambientes, ajustados por raciocínios diversos”, porém de forma articulada: “os direitos dos usuários (orientados por valores, não preços) e o fim lucrativo do concessionário (orientado por preços, não valores)”. Em razão disso, e levando-se em conta a realidade brasileira, os contratos de concessão não podem prever lucros que frustrem essa incumbência constitucional, ou seja, que possam ser ilimitados a ponto de macularem a adequação do serviço público, comprometendo a modicidade das tarifas.

Fernando Facury Scaff (2001, p. 340) aborda a questão da seguinte forma: a faculdade que os agentes privados possuem para buscar o lucro capitalista (no sentido do quanto maior, melhor) decorre de diversos princípios estampados na Constituição Federal de 1988, principalmente no art. 170. O referido dispositivo prevê os princípios considerados como fundamentais para o desenvolvimento do país, tais como o princípio do direito de propriedade (cujo corolário é o da propriedade privada dos bens de produção), e o da liberdade de iniciativa (que por sua vez engloba o da liberdade para contratar), e traduz um regime econômico liberal de mercado, no qual as empresas podem legitimamente direcionar seus esforços no sentido de buscar o lucro capitalista. Porém, o mesmo artigo constitucional mitiga e impõe limites a essas atividades, ao prever a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa da concorrência, do meio ambiente e a busca pelo pleno emprego. Da mesma forma, nem mesmo no campo unicamente privado, não é permitido que a busca pelo lucro seja imune a qualquer tipo de limite:

[...] o conteúdo do Princípio da Lucratividade não indica a busca desenfreada pelo lucro capitalista, mas a busca de um equilíbrio entre a impossibilidade de alcançar margens de lucros mínimas que permitam o desenvolvimento dos negócios sociais, e a imoralidade da perseguição alucinada pela obtenção da maior quantidade de mais valia que for possível, ou seja, através da maior exploração do homem pelo homem, que implique em violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa.

A lucratividade que decorre do ordenamento jurídico brasileiro pode ser analisada, portanto, sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito a um direito que as empresas possuem de buscar o lucro. O segundo consiste no dever de não extrapolar os limites,

tornando-os abusivos. Quando a questão entra na seara pública, esse segundo aspecto ganha relevância e exige maiores cuidados⁸⁰.

Nas concessões de serviços públicos, conforme leciona Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 183), pelo fato de a modicidade tarifária se impor como um verdadeiro dever ao se fixar e manter preços no sentido de favorecer o acesso ao serviço, de forma indireta “pressupõe sempre a melhor relação possível, sob o prisma da economicidade e ‘vantajosidade’, entre a margem de retorno do concessionário, os custos operacionais de concessão e os preços praticados nas tarifas”.

Além dessas desses dois fatores, ou seja, que o lucro é incidental (e não o objetivo numa concessão) e que a sua margem deve ser limitada (adotando-se o regime tarifário mais apropriado ao caso em concreto), deve ser acrescentada uma terceira observação para que o lucro não se torne um fator de prejuízo à modicidade das tarifas: em prol do princípio, a margem de lucro deve também ficar bem clara no momento da concessão do serviço público, desde os estudos prévios de viabilidade que nortearão a confecção do edital de licitação até a confecção do contrato.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 478-479) afirma que, em prol da modicidade das tarifas, o lucro, além de ter que ser “módico”, deve ser previamente expresso em termos percentuais no contrato de concessão. Segundo o autor:

No caso de serviços públicos prestados por delegação, através de contratos, como os de concessão e de permissão, prevalecerá a vinculação das respectivas tarifas aos preços de mercado, o que se logrará por meio dos certames licitatórios, em que se garanta um lucro módico, porém suficiente para atrair investidores privados para a exploração econômica do serviço, lucro este em valor a ser previamente expresso em termos percentuais sobre a receita líquida, após a cobertura do custo do serviço, a sua manutenção adequada, a depreciação dos equipamentos, os tributos e contribuições incidentes, e o melhoramento dos serviços”.

Desde que essa margem de retorno do concessionário fique bem clara e atenda, desde o início, ao princípio da modicidade, quando fatos novos e não previstos, ou de difícil previsão, acontecerem e aumentarem desproporcionalmente a margem de lucro da

⁸⁰ Ainda sobre os limites aos quais o lucro deve necessariamente se submeter, Scaff (2001, p. 342) escreve que “para a manutenção do sistema capitalista, é imperativa a intervenção do Estado. Contudo, esta não pode ocorrer de tal forma que sufoque a sua própria razão de ser. O lucro deve ser mantido, mesmo que em reduzidos percentuais. A limitação do lucro é permitida como um imperativo da manutenção do sistema, a fim de que os economicamente hipossuficientes possam manter-se”.

concessionária, alterando as margens percentuais inicialmente pactuadas, esse valor deve, necessariamente, através dos mecanismos de revisão, ser compartilhado, na forma de diminuição no valor das tarifas, de subsídios provenientes dos usuários ou de subsídios ou pagamentos feitos pelo Estado.

Partindo-se desses aspectos gerais sobre o lucro nas concessões e a modicidade das tarifas, passa-se à análise de dois fatores concretos que comprometem esse princípio de adequação nas concessões.

O primeiro fator diz respeito à taxa de retorno inicial do projeto e as políticas monetárias adotadas pelo governo.

De acordo com Campos Neto e Soares (2007, p. 20), em estudo realizado sobre o valor do pedágio em concessões rodoviárias e sugestões para operacionalizar a modicidade das tarifas, a tomada de decisão do investidor privado baseia-se em critérios financeiros “que permitem medir o mérito ou a rentabilidade privada de um projeto de investimento”. Quando surgem várias alternativas de investimentos de valores semelhantes, é adotado o critério da Taxa Interna de Retorno – TIR (ou do Valor Presente Líquido - VPL, como alguns manuais financeiros recomendam; porém, em concessões, normalmente se adota o TIR, pois quando as saídas iniciais de caixa são seguidas por várias entradas, os métodos equivalem).

Após o conhecimento da TIR ou da estimativa do retorno financeiro em uma concessão (quando se adota outro critério), o investidor passará a ter uma ideia sobre a rentabilidade do projeto, o que lhe possibilita decidir se os resultados esperados compensam os riscos em executar o serviço.

Sobre essa opção que surge ao empresário diante de várias possibilidades de investimento do seu capital, Buarque (1984, p. 145) afirma que:

Ao investir uma certa quantidade de dinheiro próprio em um projeto, o investidor sabe que está deixando de ganhar um rendimento que lhe é oferecido naturalmente pelo sistema financeiro, através dos diferentes mecanismos. Isto quer dizer que o investimento do capital tem um custo de oportunidade que não está contabilizado no orçamento de receitas e de custos. O custo de oportunidade do capital – COC, é um custo financeiro que equivale à perda que o capital investido sofre por estar vinculado ao projeto e não poder ser investido em outra alternativa oferecida pelo mercado.

O Custo de Oportunidade do Capital, segundo o autor, pode ser definido como a maior rentabilidade que o capital pode ter caso não seja investido naquele determinado projeto. O empresário, portanto, deve comparar a TIR ou o outro critério adotado com o custo financeiro do dinheiro, que se traduz no COC (BUARQUE, 1984, p. 137).

Outra questão importante sobre a taxa de retorno do investimento é a sua associação com a taxa de juros do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC). A SELIC é uma ferramenta política monetária utilizada pelo Banco Central e configura um índice pelo qual as taxas de juros são cobradas pelos bancos no Brasil. Os investidores privados dão preferência a investir seu dinheiro em ações com maior liquidez, como em títulos da dívida pública imobiliária, do que em projetos de produção, quando a taxa SELIC está alta. Ou seja, quando o custo de oportunidade encontra-se elevado, aumenta-se o interesse por liquidez por parte dos empresários. Assim, para atrair os investidores privados, a taxa de retorno do projeto tem que ser superior à SELIC, conforme expõe Schmitz (2001, p. 73):

Para que a concessão seja economicamente bem sucedida é preciso que a taxa de retorno contratual seja superior à remuneração do capital para que o investimento seja considerado atrativo o bastante, com garantia da sua manutenção ao longo da concessão.

Este é, portanto, o primeiro fator que pode impactar de forma negativa a modicidade das tarifas com relação à taxa de retorno do concessionário: as opções de políticas monetárias adotadas pelo governo. Quanto maior for a SELIC, maior terá que ser a taxa de retorno na concessão, para que atraia agentes do setor privado. O grande problema é que isso compromete a modicidade das tarifas iniciais, ou seja, macula o requisito já na sua inicial aplicação para a composição do equilíbrio econômico-financeiro.

Um segundo fator que compromete diretamente a modicidade tarifária é a questão do poder concedente não possuir informações suficientes acerca dos dados financeiros das concessionárias, o que pode permitir aumento de tarifas acima do necessário para manter o equilíbrio econômico-financeiro.

Exemplo desse aumento real de tarifa, citado por Campos Neto e Soares (2007, p. 21-22), ocorreu no Estado de São Paulo, com as tarifas de pedágio nas estradas estaduais. No período de 1994 a 2006, conforme estudos realizados por esses autores, as tarifas paulistas por eixos de caminhão aumentaram cerca de 708%, representando uma variação de

aproximadamente 204% acima do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), que mensurou a inflação em São Paulo naquele período. Os autores destacam ainda que esses ganhos reais foram nesse patamar já descontados os aumentos de custos, mesmo aqueles advindos de aumentos tributários, como foi o caso da instituição do Imposto Sobre Serviços (ISS), estabelecido em 1999, numa alíquota máxima de 5% sobre a arrecadação das praças de pedágio.

Isso traz à tona, então, a questão da dificuldade do cumprimento das normas de equilíbrio econômico-financeiro e as margens de retorno inicialmente pactuadas, devido à falta de informações suficientes sobre a evolução da taxa de retorno e demais dados financeiros das concessionárias.

É pertinente ressaltar que a margem de lucro também faz parte da relação inicial que compõe o equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, Arnaldo Wald (2008, p. 25) sustenta que “consoante a letra expressa da própria Constituição, as condições da proposta (dentre as quais se incluem as taxas de rentabilidade asseguradas ao concessionário) devem ser mantidas até o fim do contrato”. Essa situação ocorre porque fica presumido, no momento da confecção do edital da licitação e do posterior contrato de concessão, que tenham sido observados os ditames do princípio da modicidade tarifária. Como analisado, sua aplicação como requisito de adequação é obrigatória em todas as etapas da concessão, desde os estudos técnicos iniciais de viabilidade até a fase de execução do contrato.

Se ao longo da execução do contrato ocorrem alterações nessa relação que propiciam um aumento injustificado do lucro da concessionária, em prol da modicidade das tarifas e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (nesse caso, a favor do poder concedente), a tarifa tem que ser revista às proporções originalmente pactuadas. A relação inicial entre os ônus e os bônus, tanto para concessionário, quanto para o poder concedente, deve manter-se ao longo da execução do contrato, já que o equilíbrio econômico-financeiro é uma via de mão dupla, que vale para ambas as partes (ente privado e Estado). O lucro faz parte dessa relação que necessita ser necessariamente mantida.

No entanto, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo da execução do contrato de concessão depende da habilidade que o poder concedente e/ou a respectiva agência reguladora terão de acompanhar a evolução dos valores dos custos e das receitas das concessionárias. Mesmo sendo uma tarefa difícil, se não houver esse controle sobre a proporção entre as receitas e as despesas das concessionárias, as mesmas podem passar a angariar lucros excessivos.

Sobre isso, Schmitz (2001, p. 65) afirma que a lucratividade máxima que as empresas concessionárias podem ter, em concessões sob a forma de monopólios “regulados”, são realmente observáveis apenas durante as fases iniciais do processo de licitação, como resultado da competição entre as empresas interessadas, existindo a necessidade de que a preocupação sobre a margem de retorno se estenda para os anos subsequentes. Segundo o autor, no decorrer da execução do contrato, “as cobranças não podem, no longo prazo, exceder o custo total de providenciar o fornecimento de serviços públicos, e devem ser direcionadas de forma a se obter um lucro considerado normal”.

Um exemplo de como a falta de informações suficientes podem prejudicar a modicidade das tarifas é a decorrente da insuficiência de dados a respeito da variação da demanda na utilização do serviço. Como a demanda é um tipo de risco que faz parte da álea ordinária e que deve ser suportado pela concessionária, o Estado normalmente não se preocupa em acompanhar a sua evolução. Um aumento expressivo na demanda pode propiciar lucros exorbitantes às concessionárias, que deveriam ser compartilhados, de alguma forma, com os usuários, em prol da modicidade e do equilíbrio econômico-financeiro.

Outro exemplo dos prejuízos que a assimetria de informações gera é o ocasionado pela dificuldade do poder concedente em acompanhar as variações dos custos. Esse tipo de problema também é acarretado pela qualidade de gerenciamento que as empresas exercem sobre os custos operacionais e investimentos. Sobre isso, Campos Neto e Soares (2007, p. 24) afirmam que:

A dificuldade do poder concedente acompanhar custos decorre, em parte, da metodologia utilizada no restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro, que admite o pressuposto de que deve ser estabelecida uma *receita de equilíbrio*, suficiente para permitir a cobertura de custos operacionais eficientes e proporcionar adequada remuneração do capital prudentemente investido na prestação dos serviços aos usuários. Por isso, o poder concedente tem a difícil tarefa de verificar se o investimento foi prudente e se os custos operacionais foram eficientes e corretos para serem atribuídos aos usuários da concessão. Isso pressupõe, inclusive, o exame das decisões gerenciais das concessionárias, de modo a eliminar a possibilidade de que os resultados negativos observados sejam fruto de estratégias administrativas equivocadas.

A assimetria de informações possui dois aspectos diferentes. O primeiro deles tem um caráter externo, correspondendo à “seleção adversa”: ocorre pelo fato de o regulador (poder concedente ou agência reguladora) não possuir o mesmo nível de informações que a

concessionária, sobre fatores exógenos que influenciam a eficiência da empresa (fluxo da demanda, parâmetros tecnológicos etc.). O segundo possui caráter interno, sendo chamado pelos autores de “risco moral”, que é ocasionado em razão de somente a concessionária possuir conhecimento acerca de certos movimentos endógenos, que podem ser facilmente manipulados pelas empresas, com o intuito de obter vantagens nas oportunidades de revisão das tarifas. Citam como exemplo desse segundo aspecto da assimetria a manipulação de dados sobre custos e resultados de medidas administrativas (PIRES; GIAMBIAGI, 2000, p. 8).

4.3.6 Compartilhamento de ganhos econômicos

O compartilhamento de ganhos econômicos configura medida que apresenta um importante impacto na modicidade das tarifas. Como analisado anteriormente, em prol da modicidade, a relação da equação inicial de equilíbrio econômico-financeiro deve se manter em termos estáveis durante toda a execução do contrato. Nela insere-se também a taxa de retorno do concessionário. O acontecimento de fatores que comprovadamente alterem essa relação e propiciem exorbitantes lucros às empresas prestadoras de serviços públicos deve ser verificado para que se possa proceder à recomposição do equilíbrio, com o compartilhamento desses ganhos com os usuários, em prol da modicidade das tarifas, pois o princípio determina que as tarifas devam ser as menores possíveis no caso em concreto, para garantir o mandamento constitucional de serviço público adequado:

Os benefícios econômicos do empreendimento não de ser repartidos com os usuários (e terceiros), evitando-se ganhos desproporcionais por parte do concessionário – tarefa cuja concretização e supervisão cabe ao concedente (e/ou regulador), desde o momento da configuração do edital. Daí a possibilidade de instrumentos técnicos que permitam a efetiva partilha dos ganhos de *performance* do concessionário [...] (MOREIRA, 2010, p. 336).

Campos Neto e Pereira Soares (2007, p. 26) reconhecem uma importância tão grande no compartilhamento de ganhos econômicos que chegam a afirmar que esse seria o conceito de modicidade tarifária:

[...] apresentamos um novo conceito de Modicidade das Tarifas: é o princípio que permite, ao longo do prazo de execução do contrato, que os usuários possam compartilhar com as concessionárias os ganhos econômicos, de produtividade, bem como aumentos adicionais de receitas obtidos pelos empreendimentos em concessão⁸¹.

A primeira forma de compartilhamento de ganhos econômicos que pode ocorrer em prol da modicidade das tarifas e que é expressamente estabelecida na Lei Geral de Concessões é a prevista no art. 11 do referido diploma legal. Com base nesse dispositivo, quando o edital de licitação prevê a possibilidade de existência de receitas alternativas, também deve prever a forma como o compartilhamento de tais valores se dará em prol da modicidade.

Como verificado no item 4.3.5, ao menos uma margem das receitas alternativas deveria, obrigatoriamente, ser utilizada para redução dos custos com a prestação do serviço, segundo o entendimento mais acertado em prol da modicidade. Os ganhos com tais receitas, portanto, devem estar previstos nos editais de licitação e nos respectivos contratos, para dirimir quaisquer dúvidas a respeito.

A segunda espécie de compartilhamento em prol da modicidade tarifária que pode ocorrer em uma concessão é a que se dá com relação aos ganhos de produtividade. Embora a Lei Geral de Concessões não a preveja, algumas concessões realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e suas concessionárias preveem esse tipo de compartilhamento. Nesses dois setores, foram elaborados diversos documentos, conforme apontam Campos Neto e Soares (2007, p. 28), que podem ser utilizados para a extensão dessa modalidade a modelos de concessão que ainda não a adotam, como é o caso da de estradas. É feito através do cálculo do fator de produtividade, também conhecido como “fator X”.

As concessões que adotam o *price cap* como modelo de estruturação tarifária normalmente já incorporam o cálculo desse “fator X” como um possível redutor do valor da tarifa. Concessões que são realizadas por outros métodos, como o do custo do serviço, podem não prever expressamente tal fator, ou seja, deixam de proceder ao incentivo do compartilhamento de ganhos de produtividade (bem como a formas de mensurá-lo). Porém, não haveria óbices para que fossem também realizados em todas as concessões (SCHUMACHER, 2003, p. 102).

⁸¹ Embora o compartilhamento seja fator que impacta a modicidade, a mesma não se resume a isso, como foi analisado ao longo do presente capítulo.

Esse compartilhamento utilizado pela ANEEL e ANATEL que tem como base o “Fator X” possui como pressuposto a produtividade. Está relacionado à Produtividade Total de Fatores (PTF) que consiste na divisão da produção pelos insumos (ou da divisão dos índices que os medem). Mudanças no resultado dessa divisão indicam que a produtividade está sendo alterada, implicando no seguinte: quando se aumenta o resultado da divisão entre produtos e insumos, aumenta-se a produtividade de fatores⁸².

O risco da demanda configura o próximo tipo de compartilhamento possível de ser implementado e que ganha destaque com relação aos impactos que causa na modicidade das tarifas. Nos contratos de concessão, o risco da demanda insere-se, conforme já analisado, na álea ordinária do negócio, ou seja, consiste em risco que deve ser suportado pela concessionária.

A estimativa da demanda é calculada com base em levantamentos prévios para todo o período do contrato de concessão (que podem durar várias décadas). Os cálculos iniciais são feitos a partir da receita que se espera obter, objetivando garantir a remuneração dos investimentos iniciais, dos custos presentes e futuros, da taxa de retorno do concessionário etc. No entanto, nos momentos de reajuste e revisão do contrato, a demanda não é levada em conta. Por esse motivo, toda vez que houver um aumento significativo na demanda, pode haver uma alteração na taxa de retorno da concessionária que compromete a equação econômico-financeira inicial, comprometendo também a modicidade das tarifas.

Acontece que existe uma tendência conservadora na estimativa da demanda em uma concessão na licitação. As propostas normalmente apresentam uma estimativa de demanda inferior à constatada na realidade da execução do contrato. Pires e Giambiagi (2000, p. 11) explicam as razões para que isso aconteça:

Deve-se frisar que mesmo a concorrência na disputa para ganhar a própria concessão, não implica uma melhor estimativa da previsão de demanda pelo serviço [...], se todos as concorrentes tiverem graus similares de aversão ao risco, pois a tendência é que todos sejam conservadores ao estimar a demanda, em função do risco envolvido no negócio. A questão central aqui é a assimetria de riscos envolvidos na tomada de decisão poder levar a concessionária a subestimar a demanda futura pelo serviço, para ter um maior grau de segurança de que a rentabilidade do empreendimento não seja inferior à esperada.

⁸² Para obtenção de maiores conhecimentos acerca dessa forma de compartilhamento, examinar a Nota Técnica nº 168/2006-SER/ANEEL de 19 de maio de 2006, bem como a resolução nº 418, de 18 de novembro de 2005 da ANATEL.

Acredita-se, portanto, que em prol da modicidade das tarifas, deveria haver uma alteração na forma como o crescimento real da demanda é considerado no projeto de concessão, no tocante ao seu compartilhamento. Frisa-se que não há previsão legal quanto ao assunto. Porém, na Nota Técnica nº 186 de 19 de maio de 2006, a ANEEL apresenta opinião a respeito da abordagem a ser dada ao crescimento da demanda durante a fase de execução do contrato de concessão:

No momento do reposicionamento tarifário, as tarifas são estabelecidas com base no nível de custos e investimentos eficientes para o Ano-Teste, ou seja, o ano tarifário seguinte à data da revisão. Entretanto, para os anos posteriores, a concessionária tende a obter ganhos de escala ao atender uma demanda maior com custos incrementais menores. Esse ganho de produtividade não é decorrente de uma maior eficiência na gestão da empresa sobre seus custos operacionais, mas sim de um aumento no mercado atendido. Em termos práticos, isso significa que a concessionária pode obter uma receita maior sem que os custos correspondentes aumentem na mesma proporção. Por isso, a bem da modicidade tarifária prevista no contrato de concessão, o efeito do ganho de produtividade refletido na receita da empresa deve ser repassado às tarifas pagas pelos consumidores.

A recomendação apresentada por essa agência deveria ser utilizada não somente no setor de energia elétrica, mas nas concessões no geral, pois impede graves prejuízos à modicidade das tarifas. O poder concedente diretamente, ou através das agências reguladoras, deve estabelecer meios técnicos para acompanhar o comportamento da demanda. Acréscimos expressivos e que apresentem disparidade grande com os inicialmente projetados nas fases iniciais da concessão devem ser compartilhados com os usuários, de forma a manter incólume o equilíbrio econômico-financeiro e garantir que a tarifa não deixará de ser módica durante a execução do contrato.

O compartilhamento do risco do crédito também se apresenta como outra modalidade não prevista na lei ou nos contratos, mas que pode causar impacto significativo no valor das tarifas. O risco do crédito no país, quando está elevado, aumenta o custo de oportunidade do capital, conforme já exposto. Para atrair os investidores, a taxa de retorno da concessão precisa ser mais alta que o COC. Dessa forma, quanto maior for a SELIC, maior tende a ser a tarifa inicial nas concessões. Esse valor inicial serve de parâmetro para os futuros reajustes e revisões tarifárias.

Flutuações na taxa de juros básica do país, que influenciam significativamente no custo de oportunidade do capital, têm um grande impacto na modicidade das tarifas. Em prol

da mesma, deveria haver previsões tanto legais quanto contratuais no sentido do compartilhamento de ganhos advindos de diminuição significativa nas taxas de juros ao longo da execução do contrato, pois é comum os empresários renegociarem os juros inicialmente contratados quando ocorre sua diminuição. Nesse sentido, encontra-se afirmação de Campos Neto e Soares (2007, p. 33):

Na prática, os empresários repactuam seus financiamentos à medida que a taxa de juros é reduzida. A nossa sugestão é que o benefício econômico obtido dessa operação de refinanciamento seja compartilhado com os usuários. Essa sugestão está baseada no fato de que, de modo geral, os financiamentos para realização dos programas de investimentos nas rodovias são contratados no início da execução dos contratos de concessão, para serem amortizados com as receitas obtidas ao longo do tempo.

O aumento de ganhos expressivos por parte das concessionárias em razão da diminuição dos juros compromete o equilíbrio econômico-financeiro em prejuízo do poder concedente, pois altera a taxa de retorno inicialmente estipulada e prejudica a modicidade das tarifas.

4.3.7 Prazo contratual da concessão

O prazo inicial que se estipula para a execução de um contrato de concessão pode causar impactos no valor das tarifas e, assim, em sua modicidade. Um dos motivos para isso é que, durante a fase de licitação, opera-se concorrência entre as empresas interessadas na execução do serviço. Prazos contratuais mais curtos fazem com que essa fase de concorrência na licitação ocorra com mais frequência em lapsos temporais mais curtos. Importante lembrar que a tendência de diminuição do valor tarifário depende da conjugação dos vários fatores anteriormente analisados, como a adoção de critério que julgue as propostas na licitação com base no menor valor da tarifa, dentre outros. Porém, prazos contratuais menos estendidos tendem a beneficiar a modicidade das tarifas principalmente nos casos de monopólios naturais, pois estimulam a concorrência entre as empresas na fase licitatória.

Nas situações de monopólio, a competição durante a execução do contrato de concessão é economicamente inviável, conforme analisado. A existência de dois ou mais agentes econômicos ocupando a posição da oferta levaria à falência de um deles ou de todos, pois a tecnologia de produção acarreta custos mais elevados para a prestação do serviço por duas ou mais empresas. A situação em mercados monopolísticos requer que apenas uma única empresa execute o serviço, pois apenas dessa forma será mais eficiente. Em alguns contratos de concessão existe a previsão expressa de proibição do ingresso de novos agentes. Configura direitos de exclusividade advindos da obrigação que o poder concedente assume de não conceder a outras empresas a exploração de atividades que possam concorrer com a já atribuída ao concessionário (*pactum de non licitando*). No entanto, as situações de monopólio (naturais, legais ou provenientes de falha no mercado) necessitam de maior cautela do poder concedente e do agente regulador, pois a falta de concorrência durante a execução contratual pode levar o prestador privado a impor preços abusivos em desfavor do usuário e obter lucros exagerados, não previstos inicialmente na composição do equilíbrio econômico-financeiro.

Nessas situações, ao se estipular prazos mais reduzidos de duração do contrato de concessão, baseados em estudos prévios que garantam que será o suficiente para o retorno financeiro pactuado e esperado pelo concessionário, estar-se-á também provocando impactos positivos na modicidade das tarifas, pois a concorrência na licitação acontecerá com mais frequência.

Além de impactar na conformação da modicidade inicial da tarifa, licitações estabelecidas em prazos contratuais menores podem impedir ou diminuir os efeitos nocivos da imprevisibilidade de alguns fatores que impactam no valor tarifário, como a dificuldade de se manter a taxa de retorno do concessionário nos mesmos patamares pactuados, variações do risco do crédito (que dependem da situação econômica do país e também do contexto internacional), alterações na demanda etc.

Pode ser destacada como exemplo dessa situação a sentença proferida no processo nº 1040370-54.2014.8.26.0053, que anulou aditivo de prorrogação contratual de prazo de concessão na ação promovida pela Agência Reguladora de Serviços Públicos delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTERSP) e pela Fazenda do Estado de São Paulo em face da empresa Concessionária do Sistema Anhanguera-Bandeirantes S/A – Autoban, pertencente ao grupo CCR, perante a 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. Auditorias realizadas teriam constatado que houve ganhos indevidos na ordem de R\$ 2 bilhões por parte da concessionária AutoBan ao longo da execução do contrato e que, por isso, não justificaria a

prorrogação do prazo contratual, conforme aditivo realizado em 2006, sob a alegação de que deveriam ser preservadas as taxas de retorno da concessionária, por conta de adiamentos ocorridos de revisões/reajustes e aumentos de gastos com impostos na época. Porém, as conclusões da auditoria apontaram que ambas as justificativas foram superestimadas⁸³.

Na sentença do processo desse processo, o magistrado Luis Manuel Fonseca Pires entendeu o seguinte:

Por isto, a metodologia adotada pela Administração Pública, no exercício do seu dever de autotutela administrativa, atende ao interesse público na medida em que a equação do contrato de concessão de serviço público compromete-se com a realidade da estrutura econômica da atividade, e não com a mera projeção que não encontrou correspondência com a efetiva situação econômica da exploração do serviço.

Esse caso ilustra bem a questão aqui abordada: um prazo contratual mal estipulado, mesmo que realizado através de aditivo contratual que o prorroga, pode acarretar prejuízos que encarecem o valor das tarifas e aumentam desproporcionalmente os ganhos da concessionária, tanto pela falta de nova licitação que estimule novamente a concorrência inicial na fase licitatória, quanto pelo fato de prolongar demasiadamente os ganhos que a concessionária obtém na execução do serviço, que pode causar distorções no equilíbrio econômico-financeiro em prejuízo do poder concedente e dos usuários.

Pires e Giambiagi (2000, p. 5) sugerem que, em prol da modicidade, o prazo da concessão seja flexível e se encerre no momento em que a concessionária obtenha o retorno esperado e pactuado com o Poder Público de seus investimentos. Segundo os autores, a concessão deveria se expirar “quando a receita realizada” se igualasse à “receita esperada”, pois nesse momento a concessionária teria obtido o retorno programado de seu investimento. Permitiria ao poder concedente fazer uma nova licitação com tarifas mais baixas e anteciparia “o benefício de redução das tarifas antes do prazo previsto no modelo atual”.

A antecipação do vencimento do prazo contratual nessa situação poderia ser realizada, embora não tenha sido abordado pelos referidos autores, através do instituto da encampação. Segundo Di Pietro (2014, p. 309), “a rescisão unilateral da concessão, antes do

⁸³ A decisão do juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, nesse processo, apesar de ainda necessitar ser confirmada pelas instâncias superiores para que se promova novas licitações em 2018, abre importante precedente a favor do Governo do Estado de São Paulo em face das demais concessionárias que também obtiveram esses aditivos contratuais prorrogando o prazo das concessões, no ano de 2006.

prazo estabelecido, é conhecida doutrinariamente sob o nome de encampação; equivale à retomada da execução do serviço pelo poder concedente, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público”. Diante de contrato de concessão em curso, no qual se comprove a existência de prejuízos à modicidade das tarifas devido a ganhos desproporcionais às margens inicialmente pactuadas entre concessionária e poder concedente, seria possível proceder à sua rescisão em prol do referido princípio de adequação, que se mostra claramente como questão de interesse público. Como em toda rescisão unilateral, caberia ressarcimento ao concessionário de prejuízos devidamente comprovados, conforme o art. 37 da Lei nº 8.987/95.

A adoção do prazo contratual deve ser pautada em estudos técnicos prévios que atendam às peculiaridades do serviço em questão que será objeto da concessão. Conforme já analisado, não pode ser estipulada de forma aleatória ou discricionária. O poder concedente e/ou a agência reguladora devem objetivar a adequação do serviço. A esse fim, tais estudos que antecedem o projeto de concessão devem apontar um prazo contratual correspondente e adequado, pelo qual possam ser atendidas tanto as pretensões dos empresários em conseguir os retornos financeiros dos investimentos que realizaram, quanto as pretensões dos usuários, que necessitam e têm direito à prestação de serviço público que atenda a todos os requisitos de adequação.

A partir dessa análise, conclui-se que a atitude de adequar o prazo contratual à situação em concreto de prestação do serviço público, baseando-se em satisfatórios estudos técnicos prévios, encontra-se intimamente vinculada com o atendimento ao princípio da modicidade tarifária. O menor prazo contratual possível (que não deixe de garantir o retorno financeiro esperado pela concessionária) beneficia a modicidade das tarifas ao promover novas licitações em espaços mais curtos de tempo, além de evitar que situações que fogem do controle do poder concedente aconteçam e acumulem-se sucessivamente ao longo dos anos (como a imprevisibilidade do comportamento da economia do país que influencia a taxa de juros básica para empréstimos), causando aumentos tarifários desproporcionais aos inicialmente pactuados.

Esse entendimento pode parecer contrário à ideia de que, aumentando-se o prazo contratual, dilui-se ao longo dos anos o custo com a execução do serviço (principalmente os advindos dos investimentos iniciais) e com isso reduz-se o valor tarifário, conforme entendimento apontando por Almeida (2009, p. 154) no item 4.3.1 do presente trabalho. Na realidade, ambos estão corretos, e é exatamente por conta disso que se deve analisar o projeto

de concessão com cautela, para se chegar a um meio termo que não deixe de prezar pelo menor prazo contratual possível que atenda às peculiaridade de cada caso de execução do serviço na situação em concreto.

5 CONCLUSÃO

A modicidade tarifária é um dos requisitos de adequação do serviço público e está prevista no ordenamento jurídico brasileiro no § 1º da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões), dispositivo esse que foi editado para cumprir comando constitucional (art. 175 da CF/88) que previu a figura do serviço público adequado nas concessões de serviços públicos.

Para que fosse possível uma satisfatória compreensão a respeito do conteúdo jurídico do referido princípio, bem como da maneira que determinados aspectos referentes ao regime remuneratório e à política tarifária impactam sobre o mesmo, foi necessário previamente traçar um panorama geral acerca dos principais aspectos relativos ao instituto do serviço público, com vistas a oferecer contextualização sobre assuntos essenciais para a correta compreensão dos elementos componentes do objeto principal do estudo.

Após a análise de diversas formas de definição do conceito de serviço público, algumas amplas (abrangendo qualquer atividade prestada pelo Estado) e outras restritas (abrangendo apenas as atividades da Administração Pública, excetuadas as referentes ao poder de polícia), constatou-se que a dificuldade em estabelecer uma definição única advém das constantes transformações que marcaram a figura do instituto desde o seu surgimento. Reflexo dessa constante evolução, o ordenamento jurídico pátrio adota algumas vezes a forma mais ampla e em outras a mais restrita da noção de serviço público. Por essa razão, não há motivos para se optar por uma ou outra forma de definição do instituto, pois existe o risco de, pelo menos no plano teórico, optar-se por uma noção que potencialmente estaria em descompasso com o direito positivo.

No entanto, é possível extrair pontos em comum dessas posições aparentemente conflitantes, principalmente no que se refere às suas características, que são úteis para a compreensão acerca do papel do serviço público no ordenamento jurídico brasileiro. Há certo consenso sobre os elementos necessários para uma atividade configurar serviço público. A pesquisa apontou, inicialmente, que a caracterização de uma determinada atividade como serviço público configura uma escolha política, que reflete as opções realizadas em um dado momento pelos representantes do povo no Poder Legislativo e são executadas através de políticas públicas. Após essa consideração, constatou-se a necessidade de três elementos

básicos à caracterização de uma atividade como serviço público: (i) o primeiro consiste em um *elemento subjetivo* (serviço público é sempre incumbência do Estado, responsável por sua criação através de lei e da sua gestão, de forma direta ou indireta); o segundo em um *elemento formal* (que corresponde ao regime jurídico a que se submete o serviço público - para serviços não comerciais ou industriais o regime será o de direito público com a possibilidade da utilização de institutos de direito privado em situações previstas em lei e com relação a serviços comerciais e industriais o regime jurídico é o de direito privado com incidência, algumas vezes mais e outras menos, do direito público); e o terceiro em um *elemento material* (são considerados serviços públicos atividades de interesse público).

Quanto ao *elemento material*, ganhou destaque na pesquisa o posicionamento adotado que liga a figura do serviço público à concretização de direitos fundamentais, por ser mais específico que a mera exposição de necessidade de vincular-se a interesse público. Essa posição concede um respaldo mais sólido para o fato da figura do serviço público continuar sendo de titularidade estatal e permanecer assim após inúmeras transformações e influências exógenas que o instituto sofreu desde as suas origens em decorrência das constantes mudanças na realidade fática (sob aspectos sociais, econômicos, tecnológicos etc.) e que, inclusive, sugerem crises para o mesmo. A atual, após ser analisada, ficou caracterizada apenas como uma evolução natural do instituto para adaptar-se às novas conformações fáticas e normativas. Expôs a necessidade de se incluir na noção de serviço público novas formas de executá-lo, principalmente no que se refere à maior participação do setor privado nessas atividades.

A análise a respeito dos princípios gerais que incidem sobre a prestação dos serviços públicos demonstrou que, embora não exista uma “totalidade normativa” que exponha de forma clara todos os princípios aplicáveis a qualquer espécie de serviço público, é importante o reconhecimento do cerne comum a todos eles, que consiste na busca continua pela qualidade do serviço e satisfação dos usuários, norteadas por princípios maiores previstos constitucionalmente, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expostos no art. 3º da Constituição Federal. A partir dessa concepção, é possível afirmar que existe um estreito vínculo entre os propósitos fundamentais a que se prestam tais princípios e a figura do serviço público adequado.

Passou-se então à análise específica do serviço público adequado, que por força do inc. IV do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal de 1988 está previsto

expressamente no ordenamento jurídico pátrio. O referido dispositivo da Constituição estimulou a edição do § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), que expõe os seguintes requisitos minimamente necessários para a adequação do serviço (ou seja, são feitos de forma exemplificativa): regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Esses requisitos, conforme demonstrado, comportam-se como princípios que norteiam as três principais partes envolvidas na concessão de um serviço público (poder concedente, concessionário e usuários). Também devem ser observados nos casos de execução direta pelo Estado.

Embora não possa haver privilégios sob nenhuma espécie para nenhuma das três partes, percebeu-se que os usuários são os merecedores da maior atenção e cuidado na relação concessionária e para isso servem as diversas regras e princípios incidentes na concessão e na própria ideia de serviço público adequado, pois o Poder Público pode, potencialmente, utilizar a máquina administrativa para fins escusos. Além disso, situações desproporcionalmente onerosas podem ocorrer em decorrência dos interesses econômicos das empresas. Constatou-se, ainda, que os usuários possuem um “*status* positivo” em face do poder concedente e das concessionárias. Ou seja, além de ocuparem a posição de “protegidos”, são sujeitos de direito de quem se espera colaboração ativa na promoção da adequação do serviço.

A abordagem do conteúdo dos demais princípios de adequação, ou seja, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia, foi necessária pois, além de terem que ser analisados na situação em concreto da prestação do serviço para se determinar seu alcance, a correta aplicação do princípio da modicidade tarifária depende (além de outros fatores) da aplicação desses princípios, o que explica o fato de ser imprescindível um conhecimento satisfatório acerca dos mesmos. A aplicação correta e proporcional de cada um ao caso concreto garante que as tarifas não se tornem demasiadamente encarecidas, pois cada um comporta em si um custo financeiro para sua aplicação.

A análise dos vários aspectos referentes ao serviço público e à figura do serviço público adequado culminou na avaliação do papel que possuem na concretização de direitos fundamentais. A pesquisa partiu da premissa que todas as espécies de direitos fundamentais (sejam os de primeira, segunda ou terceira dimensão) possuem eficácia suficiente para serem objetos de ações judiciais para sua efetiva implementação. Também constatou a validade dos posicionamentos que vinculam a prestação de serviços públicos à concretização de direitos fundamentais, principalmente os sociais. Tal vinculação é expressamente exposta em certas

noções de serviço público, algumas os ligando à necessidade de satisfação de necessidades essenciais que não podem ser livremente prestadas pela iniciativa privada sem qualquer intervenção estatal e outras os vinculando diretamente a um direito fundamental. Essas vinculações são também mencionadas novamente na exposição das características que tornam possível verificar se uma atividade pode ser considerada serviço público, sob a acepção do elemento material, segundo a qual, para ser serviço público, deve haver a prestação de atividade para satisfação de necessidades essenciais que se vinculam, de alguma forma, a interesses públicos ou a um direito fundamental⁸⁴.

Constatou-se que os requisitos de adequação se comportam como verdadeiros princípios que incidem sobre o regime jurídico dos serviços públicos no geral (e não somente nos que são objeto de concessão) e que, em razão disso, são também necessários para a concretização de direitos fundamentais vinculados à prestação de um determinado serviço público (ou seja, é necessária a presença de todos os requisitos expostos na Lei Geral de Concessões, incluindo-se aí o da modicidade das tarifas). Se assim não o for, surge um direito ao usuário de pleitear, até mesmo judicialmente, a implementação da adequação do serviço.

A partir da análise e conclusão acerca desses assuntos referentes ao serviço público e da adoção dessas premissas a respeito de suas características e de seus princípios cernes que apontam no sentido de sua íntima vinculação com a concretização de direitos fundamentais, bem como da verificação dos aspectos gerais acerca da figura do serviço público adequado e do conteúdo dos princípios de adequação da regularidade, continuidade, segurança, generalidade, eficiência e cortesia, passou-se à averiguação da forma como se opera o regime remuneratório e a política tarifária em uma concessão comum de serviços públicos.

A investigação acerca da remuneração em uma concessão comum expôs que a mesma se dá principalmente através do recebimento de tarifas e que pode haver outros meios para complementar o custeio do serviço, tais como o recebimento de receitas alternativas, subsídios cruzados e subsídios pagos pelo Estado. Expôs também que a política tarifária deve ser realizada por cada ente federativo detentor da titularidade do serviço público, de forma a materializar a melhor maneira com a qual será feita a remuneração do serviço público em uma concessão. Deve ainda apresentar todas as obrigações do concessionário e esmiuçar os detalhes através dos quais ocorrerá a remuneração do serviço em um determinado setor, inclusive quanto ao prazo de duração contratual sem, contudo, proceder à definição exata da

⁸⁴ Conforme o entendimento de Marçal Justen Filho (2014, p. 727), exposto no item 2.1 da dissertação.

forma como as partes envolvidas na concessão devem atuar em cada situação específica, sob pena de engessamento do negócio.

Apurou-se ainda que, o que se objetiva com uma adequada aplicação das regras remuneratórias e política tarifária é a busca de equilíbrio entre duas forças que, a princípio, parecem inconciliáveis: os interesses dos concessionários em obterem o maior lucro possível ao desempenhar a atividade no lugar do Estado e os interesses dos usuários que requerem o maior acesso possível a serviços de qualidade, com o pagamento de tarifas que não os onerem demasiadamente. Além dessa difícil tarefa de harmonização de interesses, averiguou-se também que cabe ao correto emprego de ambos (regime remuneratório e política tarifária) um propósito tão importante quanto esse primeiramente ostentado: garantir a subsistência da prestação do serviço, do sucesso do projeto concessório através da instituição e manutenção do equilíbrio financeiro do contrato (que por sua vez, garante também a possibilidade de se manter a adequação na prestação do serviço).

Outro fato importante a respeito da remuneração e política tarifária que foi constatado é que o regime tarifário nas concessões de serviços públicos constitui um instrumento de política pública (assim como o é a conversão de uma determinada atividade, através da lei, à categoria de serviço público). Ou seja, determinar o valor de uma tarifa possui importância que vai além dos interesses de usuários e concessionários de serviços públicos. Para isso, o poder concedente, além de atuar na relação entre esses dois atores da concessão para intermediar possíveis conflitos de interesses existentes entre eles, institui políticas públicas para a execução do serviço, através do regime jurídico tarifário que adota no caso concreto.

Com relação específica à tarifa a ser cobrada pelo serviço público na concessão, demonstrou-se que apresenta uma aparente natureza contratual, em razão de sua ligação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato entre o poder concedente e a concessionária. No entanto, também sofre forte regulação estatal e recebe parametrização legal pelo ente titular do serviço público (através da elaboração, por lei, da política tarifária) e regulamentação por parte da Administração Pública, o que lhe concede uma natureza tanto contratual quanto regulamentar.

Após a análise de fatores específicos referentes ao regime de remuneração e política tarifária em uma concessão comum, que de alguma forma influenciam a composição do valor tarifário (tais como os critérios de julgamento das propostas em uma licitação, o estabelecimento de tarifas socialmente diferenciadas, as variadas fórmulas de estruturação

tarifária, o papel do lucro e o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões), procedeu-se a uma análise detalhada das definições doutrinárias acerca da modicidade tarifária, com o objetivo de apontar o conteúdo jurídico desse requisito/princípio.

Reconheceu-se que existem poucos estudos jurídicos a respeito do princípio da modicidade e que é possível a constatação de tal fato tanto pela falta de material doutrinário ou acadêmico disponível no meio jurídico sobre a matéria como pela pouca menção a respeito da mesma nos contratos de concessão em casos reais (conforme apontado pela doutrina). Normalmente dedicam-se inúmeras páginas e seções inteiras nos contratos de concessão ao equilíbrio econômico-financeiro e poucas à modicidade. Algumas vezes, trata-se de forma similar seus conceitos, com uma interpretação pró-concessionário ou pró-manutenção da relação econômico-financeira, que não condiz com o conteúdo jurídico do princípio aqui verificado.

A partir do exame de algumas definições estabelecidas pela doutrina geral de direito administrativo e pela doutrina específica sobre tarifas e concessão de serviço público, constatou-se que as mesmas não ocorrem de forma sistematizada e que a modicidade configura um conceito jurídico indeterminado. No entanto, notou-se a existência de três principais maneiras de definição do conceito de modicidade tarifária que, juntas e organizadas, dão uma satisfatória noção do conteúdo jurídico do princípio.

Primeiramente, existem as definições que tomam como ponto de partida o significado literal do termo módico (que significa ínfimo, reduzido ou modesto). Vinculam o princípio à necessidade das tarifas possuírem valores baixos, em prol da generalidade e do acesso universal à prestação do serviço público, pois em um país onde a grande maioria das pessoas apresentam poucos recursos financeiros, as tarifas têm que apresentar valores baixos para não impossibilitar o acesso aos mesmos.

O segundo entendimento consiste na afirmação de que a tarifa módica representa a conta final a ser paga pelos usuários nas tarifas após a aplicação em grau máximo de todos os outros requisitos de adequação, que devem ser sopesados e aplicados de forma proporcional em atenção às características peculiares de cada serviço público e de cada situação em concreto, para não encarecer demasiadamente o valor a ser cobrado.

Por fim, tem-se o entendimento relacional, que vincula o conteúdo do princípio à necessidade de se estabelecer em uma concessão o menor valor de tarifa possível (através do emprego correto dos diversos fatores relacionados ao regime remuneratório e à confecção de

política tarifária analisados no capítulo 3), frente a todos os custos que incidem na prestação do serviço e as pretensões ligadas à capacidade financeira dos usuários. Segundo essa maneira de compreensão do princípio, o valor deve ser sempre o menor possível, porém suficiente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que garante a prestação do serviço adequado e a subsistência do projeto concessório ao longo do prazo contratual (nesse sentido, a tarifa módica representaria o que a doutrina chama também de “tarifa justa”).

Em resumo, propôs-se que, como requisito de adequação e princípio estabelecido em lei, a modicidade tarifária determina, em prol da generalidade e do acesso universal ao serviço público, que, após a aplicação, no caso concreto, de forma proporcional às peculiaridades de cada situação, de todos os demais requisitos de adequação, que sejam utilizadas as melhores opções referentes à forma remuneratória e de confecção de política tarifária, para que a tarifa seja a menor possível frente aos custos totais que incidem na prestação do serviço, porém suficiente para manter a relação de equilíbrio econômico-financeiro.

Definidos os contornos jurídicos conceituais do princípio, passou-se à análise dos fatores do regime remuneratório e da política tarifária que possuem impacto na modicidade das tarifas, bem como a forma como isso se processa.

Antes, ressaltou-se que, assim como os demais princípios de adequação, o princípio da modicidade das tarifas deve ser observado desde o início dos estudos técnicos prévios que precedem um projeto de concessão. Configura um comando que deve ser atendido na confecção do edital de licitação, durante todas as fases da mesma, na lavratura dos termos do contrato de concessão e ao longo de todo o seu tempo de duração. O poder concedente do serviço público e a respectiva agência reguladora, se houver, devem prezar pelo atendimento dos termos do princípio em todas as etapas que envolvem o projeto de concessão.

Conforme o conteúdo apontado do princípio da modicidade tarifária, concluiu-se que é imperioso que, para que se atenda devidamente aos seus propósitos e assim seja garantida a prestação adequada de serviço público, a tarifa deve ser a menor possível na execução de um determinado serviço público. Para que isso ocorra, é necessário que sejam observadas rigorosamente questões referentes ao regime remuneratório e promovidas as melhores escolhas dentre opções possíveis de aspectos relacionados à confecção de política tarifária.

Com relação aos critérios de escolha da proposta vencedora na licitação, tomando como base as possibilidades trazidas pela lei e verificadas na pesquisa que dizem respeito ao julgamento das propostas quanto ao menor valor de tarifa proposto (de forma isolada ou em

combinação com os demais critérios), concluiu-se que sua adoção é a que potencialmente mais favorece a modicidade tarifária. Nele, o prestador privado que oferta a execução do serviço pelo menor valor de tarifa a ser cobrada dos usuários se logra vencedor da licitação, atitude essa que configura grande estímulo a que as tarifas sejam formuladas, pelo menos em tese, mediante um acentuado ambiente concorrencial que tem como base o valor tarifário e que proporciona tendência de que seu valor seja o mais baixo possível.

As situações que merecem maior atenção com relação aos critérios de julgamento em uma licitação são aquelas onde o valor da tarifa não é levado em consideração para se determinar o vencedor, sendo o caso da outorga em razão da maior oferta (inc. II do art. 15), da melhor proposta técnica (inc. IV do art. 15), da combinação entre esses dois critérios (inc. VI do art. 15) e a que prevê a escolha pelo critério da melhor oferta, após qualificação das propostas técnicas (inc. VII do art. 15). A adoção desses formatos de escolha do prestador privado pode, potencialmente, comprometer a modicidade das tarifas, uma vez que não se estabelece uma concorrência minimamente baseada no menor valor possível de tarifa.

No que tange aos modelos ou fórmulas de estruturação tarifária, percebeu-se que alguns atuam no sentido de beneficiar a modicidade das tarifas, sendo que em outros a redução de custos, a preocupação com a eficiência e a transparência dos dados financeiros das concessionárias ficam em segundo plano e podem impactar negativamente na composição do valor tarifário no sentido de tender a não ser o menor possível. As fórmulas tradicionais para se chegar à quantificação do valor de uma tarifa em uma concessão foram apontadas, de forma geral, como as mais prejudiciais à modicidade.

O método do *custo do serviço* possui um problema que o torna particularmente prejudicial à modicidade tarifária, pois é trabalhoso mensurar, logo de início, quais serão os custos e investimentos que farão parte do valor da tarifa. Por essa razão, a tarifa calculada através desse método normalmente produz a transferência para os usuários na concessão de custos excessivos ou equivocados realizados pelo prestador do serviço.

A utilização do método do *custo marginal*, no qual a fixação da tarifa se dá através do custo que propicia a produção de uma unidade a mais das já realizadas e análise do lucro adicional gerado por isso, também pode comportar, quando empregado de forma descuidada, potenciais prejuízos à modicidade tarifária, porque nesse método não é considerado o custo gerado com os investimentos. Pode gerar o risco de não se remunerar de forma adequada o concessionário pelos investimentos que precisou realizar. Para não ter que suportar o prejuízo, a tendência nessa situação é que seja cobrado dos usuários um valor adicional para a cobertura

desses custos, o que poderia, em tese, elevar o valor da tarifa e comprometer a modicidade tarifária.

O método de cálculo tarifário pelo *custo médio*, a princípio, não se mostra prejudicial à modicidade: apura-se o valor da tarifa dividindo-se todas as despesas com a execução do serviço entre os usuários, proporcionalmente ao consumo, tanto as relacionadas aos investimentos iniciais quanto as relacionadas com despesas para produção de unidades posteriores. O potencial perigo de agravo reside no fato de não produzir tendência de redução no valor das tarifas, pois o valor cobrado independe do número de usuários ou do volume do consumo.

Diante dos diversos problemas existentes com os métodos tradicionais, a pesquisa percebeu que novos métodos vêm sendo adotados e concluiu que, de forma geral, esses atuam com maior benefício que os anteriores com relação à modicidade tarifária, com exceção da *regra de Ramsey*.

Esse geralmente é um método adotado nos serviços em que a demanda não é fixa por ser sensível ao valor da tarifa e normalmente é empregado de forma conjunta com o método do *custo médio*, para permitir melhor distribuição dos custos fixos. Por se prejudicar com a falta de assimetria de informações, assim como ocorre com o método do custo médio, a adoção da *regra de Ramsey* não beneficia de forma espontânea a modicidade tarifária. A empresa concessionária dispõe de informações que são importantes para o poder concedente ou respectiva agência reguladora, principalmente com relação às suas receitas, despesas e a taxa de retorno, para verificar se existem ganhos de eficiência que extrapolam os limites estabelecidos na relação econômico-financeira inicial, e que devam, por essa razão, serem compartilhadas com os usuários.

Outro aspecto prejudicial à modicidade que a *regra de Ramsey* comporta diz respeito ao fato de beneficiar mais os usuários que dispõe de um poder aquisitivo maior, pois nesse método, o usuário que desloca sua demanda com maior rapidez consegue tarifas melhores, já que a distribuição dos custos fixos entre os vários produtos é feita por *mark-ups* sobre os custos marginais, na proporção inversa da flexibilidade da demanda dos usuários, para tentar impedir perdas econômicas para as concessionárias.

Com relação ao método do *price cap*, restou detectada uma atuação em prol da modicidade tarifária porque há determinação no sentido de se compartilhar com os usuários os ganhos obtidos com a melhor na eficiência na prestação do serviço. Embora haja a

apropriação pelo concessionário, num primeiro instante, dos ganhos, aumentando seu lucro, o mesmo fica obrigado a reconhecer que houve redução dos custos e ampliação da receita, e assim, num momento oportuno de revisão tarifária, reduzir o valor da tarifa (ou não reajustá-la). Dessa forma, o valor tarifário estará sempre muito próximo da tarifa mais baixa possível, já que os ganhos com a eficiência serão deduzidos de seu valor.

Na regulação por *padrão de comparação*, também conhecida por *yardstick regulation* ou *yardstick competition*, pelo fato da entidade reguladora possuir acesso aos balanços anuais das concessionárias com o propósito de fixar o preço do ano seguinte, tomando como referência para isso o balanço das empresas mais eficientes daquele determinado setor, há na adoção de tal método um forte estímulo à modicidade tarifária. Verificou-se que é mais comumente adotado nos casos de monopólio natural e que introduz estímulo à redução de custos entre as empresas, reduzindo as assimetrias de informação existentes com o intuito de estimular maior eficiência econômica.

Com relação a gratuidades e tarifas socialmente diferenciadas, por também encontrarem seu fundamento de existência nos princípios da generalidade e na garantia do acesso universal de todos à prestação do serviço público, demonstrou-se que facilmente ocorre confusão conceitual com o princípio da modicidade tarifária, principalmente com relação às tarifas sociais. Porém a pesquisa concluiu que configuram institutos bastante diferentes, por duas razões principais.

A primeira diz respeito ao fato da tarifa módica consistir na que é praticada com o menor valor possível para cobrir os custos da prestação do serviço e que não precisa ser, em tese, deficitária. Por sua vez, a tarifa social é elaborada artificialmente a partir de elementos externos à relação econômica, que apresentam objetivos sociais estabelecidos em políticas públicas e que normalmente são deficitários, ocasionando a necessidade de subsídios cruzados ou de subsídios por parte do Estado.

Uma segunda razão para versarem sobre situações completamente distintas ocorre porque, em que pese o conceito de modicidade ser relacional, o é com relação à capacidade econômica geral da população do país e não com relação a grupos específicos, como é o caso das tarifas sociais. A maior parte da população brasileira possui recursos limitados para dispenderem com os serviços públicos. Essa é a razão de ser do princípio da modicidade: garantir tarifas mais acessíveis a todos indistintamente, independente da classe social a que pertençam ou de formulação de políticas públicas destinadas à correção de desigualdades e inclusão social.

Deduziu-se, ainda, que a estipulação de tarifas socialmente diferenciadas e gratuidades pode comprometer de forma direta a modicidade das tarifas, levando em consideração que as mesmas geram *deficit*, que terá que ser corrigido através de subsídios cruzados (onde são os próprios usuários daquele ou de outro serviço que arcarão com a despesa) ou de subsídios do Estado (onde toda a população paga a conta, através dos tributos). Assim, quanto maior for o desrespeito ao princípio da modicidade tarifária, maior será a necessidade de estipulação de tarifas sociais e gratuidades, o que acabará acrescentando o valor normal das tarifas ou acarretando a necessidade do aumento de tributos. Portanto, modicidade e tarifas sociais possuem um forte vínculo de interferências mútuas. Porém configuram institutos completamente distintos.

Sobre as receitas alternativas do art. 11 da Lei Geral de Concessões, averiguou-se que a delimitação do seu papel nos contratos de concessão é fator essencial para diminuir os riscos de fracasso do negócio, pois como fazem parte da remuneração do serviço quando previstas, vinculadas ou não à modicidade, participam da composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pelo fato de existirem posicionamentos diversos com relação à interpretação do art. 11 da Lei nº 8.987/95, surge certa liberdade para as partes na concessão optarem pela solução que acharem mais conveniente ao caso concreto.

Os entendimentos que apontam no sentido de que deveria haver uma vinculação entre as receitas alternativas e a modicidade são os que, segundo a pesquisa, apresentam maiores benefícios à modicidade das tarifas. Em atenção às características singulares de cada situação, a porcentagem da vinculação poderia variar, proporcionalmente aos estudos que avaliassem a situação da modicidade tarifária naquela situação, inclusive para não desestimular o interesse das concessionárias na exploração desse tipo de negócio. Isso porque, se no edital de licitação e nos contratos houver determinação que toda a receita alternativa seja convertida em favor da modicidade, não haverá interesse das empresas em explorar tais serviços, pois nenhuma parcela dos ganhos ficará com as mesmas, e assim, o deixarão de fazer.

Com relação ao lucro, restou averiguado no presente trabalho que, numa concessão de serviços públicos, é inerente a presença da possibilidade de sua obtenção pelas empresas concessionárias e que, quando o serviço é executado diretamente pelo Estado, a figura do lucro é acidental, ou seja, não está presente em todos os casos. Verificou-se ainda que o objetivo principal de conceder um serviço público à iniciativa privada consiste no melhor desempenho da atividade e que o lucro aos agentes econômicos acontece de forma incidental,

para servir como atrativo ao ente privado em tomar o lugar do Estado na prestação do serviço. Constatou-se também que a busca do lucro nas concessões não segue a sistemática normal do mercado, pois existem inúmeras ingerências regulatórias por parte do Estado vinculadas aos seus objetivos maiores, que utiliza essa atividade empresarial privada para atender aos escopos oriundos da ordem constitucional na prestação de serviços públicos. O exercício da liberdade empresarial passa a ser regulado pelo Estado para que se mantenha fiel aos fins estabelecidos em lei, que se resumem, basicamente, na prestação do serviço público adequado.

Partindo-se dessas constatações, a complexidade do assunto referente à sua presença na execução de serviços públicos encontra-se na necessidade de compatibilizá-lo com a modicidade das tarifas e, com esse intuito, a pesquisa chegou às seguintes conclusões: (i) a possibilidade de lucratividade no âmbito privado que é prevista no ordenamento jurídico brasileiro pode ser analisada sob dois aspectos: as empresas têm o direito de buscar o lucro e o dever de não extrapolar certos limites, tornando-os abusivos (quando a questão entra na seara pública, na execução de serviço em concessões, esse segundo aspecto, ou seja, o dever de não extrapolar os limites, ganha maior relevância e exige maiores cuidados); (ii) em prol do princípio da modicidade, a margem de lucro deve ficar clara no momento da concessão do serviço público, desde os estudos prévios de viabilidade que norteiam a confecção do edital de licitação até a lavratura do contrato (desde que essa margem de retorno do concessionário fique expressa e atenda nas fases iniciais da concessão ao princípio da modicidade, quando fatos novos e não previstos (ou de difícil previsão) ocorrerem e aumentarem desproporcionalmente a margem de lucro da concessionária, o valor deverá, necessariamente, através dos mecanismos de revisão, ser compartilhado em prol do Estado e, assim, dos usuários.

Além desses dois fatores gerais a respeito do lucro, que podem impactar na modicidade das tarifas, existem outros dois de caráter específico: (i) o primeiro diz respeito à taxa de retorno inicial do projeto e às políticas monetárias adotadas pelo governo. Quanto maior for a taxa de juros básica definidas pelo governo no país, maior terá que ser a taxa de retorno na concessão, para que atraia empresas do setor privado para a execução do serviço, e assim não prefiram investir seu capital em outras fontes de investimento que possam lhe garantir um rendimento maior. O maior prejuízo aqui é que isso compromete a modicidade das tarifas iniciais, ou seja, macula o princípio já na sua inicial aplicação para a composição do equilíbrio econômico-financeiro (importante lembrar que é a partir da tarifa inicial que se

darão as sucessivas revisões anuais para reajuste de seus valores); (ii) o segundo fator é a questão do poder concedente não possuir informações suficientes acerca dos dados financeiros das concessionárias, o que pode permitir aumento de tarifas acima do necessário para manter o equilíbrio econômico-financeiro. Isso traz à tona a questão da dificuldade do cumprimento de tais normas referentes à manutenção da relação de equilíbrio e às margens de retorno inicialmente pactuadas, devido à falta de informações suficientes sobre a evolução da taxa de retorno e demais dados financeiros das concessionárias. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo da execução do contrato de concessão depende da habilidade que o poder concedente ou a respectiva agência reguladora terá de acompanhar a evolução dos valores dos custos e das receitas das concessionárias e, apesar de ser uma tarefa difícil, se não houver esse controle sobre a proporção entre as receitas e despesas das concessionárias, as mesmas podem passar a angariar lucros excessivos.

Compartilhamento de ganhos econômicos configura uma forma de se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro, em decorrência de fatores vinculados a distorções na proporção do lucro, em prol do Estado e da modicidade das tarifas e configura um fator de expressivo impacto positivo na modicidade das tarifas. Em prol da modicidade, a relação da equação inicial de equilíbrio econômico-financeiro deve se manter em termos estáveis durante toda a execução do contrato e nela se insere a taxa de retorno do concessionário. O acontecimento de fatores que comprovadamente alterem essa relação e propiciem exorbitantes lucros às empresas prestadoras de serviços públicos deve ser verificado, para que se possa proceder à recomposição do equilíbrio, com o compartilhamento desses ganhos com os usuários.

Podem se dar da seguinte forma: (i) os que decorrem expressamente da Lei Geral de Concessões, prevista no art. 11 do referido diploma legal (com base nesse dispositivo, quando o edital de licitação prevê a possibilidade de existência de receitas alternativas, também deveria prever a forma como o compartilhamento de tais valores deveria se dar em prol da modicidade); (ii) os que se dão com relação aos ganhos de produtividade, que embora não previstos na Lei Geral de Concessões, são utilizados em algumas concessões realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); (iii) os relacionados ao aumento exorbitante da demanda: em que pese nos contratos de concessão o risco da demanda inserir-se na álea ordinária do negócio (consistente em risco que deve ser suportado pela concessionária), sua estimativa é calculada com bases em levantamentos prévios para todo o período do contrato de concessão e que podem durar

várias décadas, sendo feitos com base na receita que se espera obter. Nos momentos de reajuste e revisão do contrato, a demanda não é levada em conta e, por essa razão, toda vez que houver um aumento significativo na demanda pode haver uma alteração na taxa de retorno da concessionária que compromete a equação econômico-financeira inicial, comprometendo também a modicidade das tarifas. Conclui-se, portanto, que em prol da modicidade das tarifas, deveria haver uma alteração na forma como o crescimento real da demanda é considerado no projeto de concessão, no tocante ao seu compartilhamento, em prol da modicidade das tarifas. Não há previsão legal quanto ao assunto, no entanto; (iv) os que se vinculam ao risco do crédito, que também se apresenta como outra modalidade não prevista na lei ou nos contratos, mas que pode causar impacto significativo no valor das tarifas: o risco do crédito no país, quando está elevado, aumenta o custo de oportunidade do capital e para atrair os investidores a taxa de retorno da concessão precisa ser mais alta. O aumento de ganhos expressivos por parte das concessionárias em razão da diminuição dos juros (já que esses juros são renegociados pelas concessionárias com os bancos, quando ocorre a diminuição da taxa básica de juros no país) compromete o equilíbrio econômico-financeiro em prejuízo do poder concedente, pois altera a taxa de retorno inicialmente estipulada, restando prejudicada a modicidade das tarifas.

O prazo contratual configura o último aspecto analisado que pode impactar na modicidade tarifária, no que se refere à concorrência que surge entre as empresas durante a fase de licitação. Prazos contratuais mais curtos estimulam a concorrência durante a licitação, que, em conjunto com outros critérios (como o do julgamento das propostas que leva em conta o valor das tarifas), pode impactar de forma benéfica a modicidade, principalmente nos casos de monopólios naturais.

Ante todo o exposto, conclui-se que a correta compreensão acerca do conteúdo jurídico da modicidade tarifária, como requisito de adequação e princípio incidente sobre a prestação de serviços públicos, torna possível a adoção de condutas que tenham a capacidade de impactar de forma positiva na implementação da mesma.

Conclui-se também que essas condutas referem-se à observação adequada do regime remuneratório nas concessões de serviços públicos e são provenientes das melhores escolhas possíveis, dentre as várias opções disponibilizadas, de fatores relacionados à confecção da política tarifária, já que a devida observação do princípio e de todos esses aspectos devem ser materializados em cada caso específico em uma concessão e em todas as fases que a permeiam (desde os estudos técnicos prévios que apontam a concessão como a forma mais

conveniente de prestação do serviço, passando pela fase de confecção do edital da licitação, lavratura do contrato com o particular e ao longo da fase de execução do mesmo).

A partir dessas constatações, a tarefa de tornar a tarifa a menor possível em benefício da modicidade tarifária perante situação concreta de prestação de serviço público em uma concessão comum torna-se mais fácil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Lumenen Juris, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALVES, Fábio. **O que é markup e como calcular este índice**. 2012. Disponível em <<http://www.industria hoje.com.br/o-que-e-markup-e-como-calcular-este-indice>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessões de serviços públicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDRADE, Odilon C. **Serviços públicos e de utilidade pública**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

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

_____. O serviço público e suas crises. In: _____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009a. p. 421-440.

_____. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 17, p. 1-55, fev./abr. 2009b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-alexandre%20aragao.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, João Lizardo R. H. de. Modelos de formação de preços na regulação de monopólios. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 35-66, jun. 2001. Disponível em: < http://www.proppi.uff.br/revistaeconomica/sites/default/files/V.3_N.1_Joao_Lizardo_Araujo.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon; VICKERS, John. **Regulatory reform: economic analysis and British experience**. Londres: The MIT Press, 1994.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. **Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987/95 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 26, p. 1-18, jan. 1951. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/12144>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das Concessões de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BUARQUE, Cristovam. **Avaliação econômica de projetos**. Rio de Janeiro: Campus, 1984.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva; SOARES, Ricardo Pereira. A eficiência do Estado e as concessões rodoviárias no Brasil: preocupação com o valor do pedágio e sugestões para operacionalizar a modicidade das tarifas. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**, Brasília, n. 1286, p. 1-41, jun. 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5144>. Acesso em: 24 mar. 2016.

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El contrato administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. v. II, 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CESÁRIO, Natália de Aquino. **A discriminação na cobrança de tarifas de energia e telefonia como estratégia de Administração Pública Inclusiva**. 2014. 141 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: _____. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3-37.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. v. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. In: _____. MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**, Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 331-369.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DUGUIT, Leon. **Traité de droit constitutionnel**, t. 2. Paris: Fontemoing et Cie, 1911.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações no Brasil: uma tarefa inacabada. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, abr. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28794>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Tarifa módica: serviços de qualidade: conceitos jurídicos indeterminados? **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, mar. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30805>>. Acesso em: 9 maio 2016.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45685>>. Acesso em: 21 maio 2016.

FRANCO, Gladys Vasquez. **La concesión administrativa de servicio público**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1991.

GARCIA, Flávio Amaral. As principais inovações das licitações da contratação de parceria público-privada. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 185-203. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GASIOLA, Gustavo Gil; MARRARA, Thiago. Concessão de rodovia: análise crítica da prática contratual brasileira. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 52, p. 147-172, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/23665908/Concess%C3%A3o_de_rodovia_an%C3%A1lise_cr%C3%ADtica_da_pr%C3%A1tica_contractual_brasileira>. Acesso em: 12 mar. 2016.

GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio da continuidade do serviço público**. 2011. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

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

_____.; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 173-247.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Atualidades Jurídicas**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 103-141.

GRAU, Eros Roberto. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 36, p. 137-149. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Letícia. **O princípio da continuidade dos serviços públicos**. 2007. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa nacional por amostra de domicílios**. 2014. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2014/default_sintese.shtm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

JUDENSNAIDER, Elena; *et al.* **Vinte centavos: a luta contra o aumento**. São Paulo: Veneta, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, p. 1-56, fev./mar./abr. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/01>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle social no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LASHERAS, Miguel Ángel. **La regulación económica de los servicios públicos**. Barcelona: Ariel Economía., 1999.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Neoliberalismo e globalização: para entender o mundo em que vivemos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 131-142, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47569>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

MARÍN, Antonio Martínez. **El Buen Funcionamiento de los Servicios Públicos**. Madri: Tecnos, 1990.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40. n. 159, p. 193-197, jul./set. de 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/22>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 331-351.

_____. A nova regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, p. 1-18, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/145927/mod_resource/content/1/A%20nova%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20p%C3%ABlicos.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "telefone social". **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p. 75-115, abr. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/28502>>. Acesso em: 09 maio 2016.

MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: _____ (org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 280-300.

_____. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: _____ (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. 1ª ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2014a. p. 17-46.

_____. **A conformação do direito administrativo da concorrência: organização, processos e acordos administrativos no SBDC**. 2014. 478 f. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014b.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Introdução à Administração**. São Paulo: Atlas, 1988.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOOR, Fernanda Stracke. **O regime da delegação da prestação de serviços públicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 53, p. 138-147, 2000. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=f54c6bf5-4ff9-436e-ae90-18177830ec72 &groupId=132971>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. ref. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. esq. compl. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, António José Avelãs. **A Constituição Europeia**: a Constitucionalização do Neoliberalismo. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra Editora, 2007.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Nielmar de. **Renda média domiciliar per capita do brasileiro é de R\$ 1.052,00**. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-02/rendimento-domiciliar-capita-do-brasileiro-e-de-r-1052-mil-diz-ibge>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2015.

ORTIZ, Gaspar Arino. **Principios de derecho publico económico**. Lima: Ara Editores, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. Modelos de regulação tarifária do setor elétrico. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 11, p. 1-32, jun. 1998. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev907.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____; GIAMBIGI, Fábio. Retorno dos novos investimentos privados em contextos de incerteza: uma proposta de mudança do mecanismo de concessão de rodovias no Brasil. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 81, p. 1-36, jul. 2000. Disponível em: <http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0001185.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

RIBEIRO BASTOS, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos**: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2002

SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 323-347, abr./jun. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47773>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da Continuidade do Serviço Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SCHMITZ, Rutsnei. **Uma contribuição metodológica para avaliação da tarifa de pedágio em rodovias**. 2001. 269 f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção e Sistemas) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

SCHUMAHER, Luciana Maria. **Manutenção e reposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões de rodovias**: avaliação das revisões e reajustes de tarifas no Brasil. 2003. 136 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 45-74, fev. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios**: a promessa não-cumprida de benefícios globais. São Paulo, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: _____ (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000a. p. 317-328.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000b. p. 17-38.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 241-269, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142>>. Acesso em: 26 Jul. 2016.

THE WORLD BANK. **Poverty and equity databank (country dashboard: Brazil)**. Disponível em: <<http://povertydata.worldbank.org/poverty/country/BRA>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

ZERRENER, Ricardo. **Programa de Investimento de Logística garante pedágio mais barato na Ponte Rio-Niterói**. 2015. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/05/programa-de-investimento-em-logistica-garante-pedagio-mais-barato-na-ponte-rio-niteroi>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

WALD, Arnoldo. **Pareceres**: direito das concessões. v. 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

_____; GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 877, p. 11-26, nov. 2008.