

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

Curso de Especialização em Direito Administrativo

**NOVAS OBRIGAÇÕES NO  
CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS**

**Delimitação jurídica da legitimidade passiva do  
concessionário em demandas judiciais**

**PUC/São Paulo**

**2011**

**JOÃO DOMINGOS LIANDRO FILHO**

**NOVAS OBRIGAÇÕES NO  
CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS**

**Delimitação jurídica da legitimidade passiva do  
concessionário em demandas judiciais**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no curso de pós-graduação *lato sensu* em direito administrativo, como exigência parcial para obtenção do título de **ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO**, sob a orientação da Professora Doutora Karina Houat Harb.

**PUC/São Paulo**

**2011**

Aluno: João Domingos Liandro Filho

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

EXAMINADORES

---

---

---

*À minha querida e amada Viviane*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Carlos Ari Sundfeld por toda a orientação e ensinamentos, tanto profissional quanto acadêmico, que tenho tido nos últimos 15 anos de minha vida. Sem dúvida alguma, o maior inspirador deste trabalho, a quem agradeço imensamente por todo o incentivo e apoio proporcionado para a realização desse curso.

À minha esposa Viviane, pelo amor, paciência e carinho que foram fundamentais para a elaboração do presente estudo.

À minha mãe e familiares, pela estrutura familiar, conselhos e atenção de sempre.

Aos amigos, pelos infindáveis encontros que recusei em razão dos estudos, eis aqui o motivo. O reencontro após longos períodos e a receptividade com o mesmo carinho me torna um grande afortunado pelo simples prazer de tê-los comigo. Estes amigos não precisam ter seus nomes aqui citados, cada um sabe que é merecedor deste agradecimento.

Aos meus colegas – e também amigos – do escritório, Vera Monteiro, Jacintho Arruda Câmara, Rodrigo Pagani de Souza, André Janjácómo Rosilho, Guilherme Jardim Jurksaitis, Henrique Motta Pinto, Evandro e Sandra, pela valiosa contribuição para a minha formação.

À professora Karina Houat Harb, pela orientação deste trabalho.

A todos, meus mais sinceros agradecimentos.

liandro

## RESUMO

A pesquisa teve como objetivo analisar os aspectos jurídicos do contrato de concessão de rodovias no intuito de delimitar as hipóteses em que o particular – concessionário de rodovia – teria legitimidade processual passiva para responder às demandas judiciais que envolvessem interesses relativos à rodovia. O motivo que deu ensejo a este estudo foi a constatação de uma prática forense, cada vez mais frequente, de ajuizamento de um grande número de ações judiciais diretamente em face das concessionárias de serviço público rodoviário, sem a devida análise prévia para comprovação de que estes parceiros privados poderiam figurar no pólo passivo destas ações.

A política pública de concessão de rodovias à iniciativa privada revelou-se imprescindível para o desenvolvimento econômico e possui grande aceitação pela sociedade em razão da melhoria fática nos níveis de segurança e de conforto nas rodovias brasileiras. Com isso, o presente estudo pretende contribuir para a reflexão desta prática forense que pode abalar esta verdadeira alternativa estratégica do Poder Público, qual seja, de captação de recursos privados para a exploração de um serviço público essencial para o crescimento econômico brasileiro.

**Palavras-chave:** contrato administrativo, concessão de serviço público, equilíbrio econômico-financeiro do contrato, titularidade do serviço público, normas de conteúdo indeterminado, legitimidade processual.

# SUMÁRIO

Introdução .....	1
------------------	---

## CAPÍTULO I

1. Definição de concessão de serviço público rodoviário .....	4
1.1. Breve relato sobre a política nacional de desestatização .....	8
1.2. Titularidade e competência legislativa do serviço público rodoviário ..	10

## CAPÍTULO II

2. Natureza jurídica da concessão de rodovias .....	14
2.1. A importância do contrato no direito .....	16
2.2. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato .....	24

## CAPÍTULO III

3. Obrigações do concessionário de rodovias.....	35
3.1. Obrigações contratuais da concessionária de rodovias .....	35
3.2. Novas obrigações não previstas no contrato de concessão .....	40
3.3. Direitos de terceiros criados a partir da interpretação de normas jurídicas indeterminadas. ....	46

Conclusão .....	53
-----------------	----

Bibliografia .....	60
--------------------	----

## Introdução

O modelo de concessão de rodovias à iniciativa privada no Brasil revelou-se imprescindível e possui ampla aprovação pela população brasileira em razão da notória melhoria dos níveis de conforto e de segurança de diversas estradas e rodovias, cujas más condições – antes da política de concessões rodoviárias – constituíam um verdadeiro entrave para o desenvolvimento econômico e, sobretudo, um risco à própria segurança e integridade física dos seus usuários<sup>1</sup>. Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Datafolha revela que 87% dos usuários aprovam o modelo e gradativamente querem mais trechos rodoviários administrados pela iniciativa privada<sup>2</sup>.

A malha rodoviária brasileira supera 1,7 milhão de quilômetros, com apenas 9,5% devidamente pavimentada, com isso, é fácil concluir que ainda há muito espaço para evoluir. Dados do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT demonstram que uma rodovia em mau estado de

---

<sup>1</sup> Em 2009, uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) – considerada a mais importante e representativa do setor rodoviário – revelou que 19 das 20 rodovias classificadas como “melhores estradas brasileiras” são administradas pela iniciativa privada. (Fonte: Relatório Anual 2009 da ABCR. *Melhores rodovias, maior competitividade para empresas, maior segurança e conforto para os usuários*. São Paulo, dez./2009. Disponível em: <<http://www.relatorioweb.com.br/abcr/?q=pt-br/node/50>>. Acesso em: 27.06.2011).

<sup>2</sup> Veja um trecho da reportagem *Melhores rodovias, melhor transporte*, publicada no Relatório Anual 2008 da ABCR: “Resultados de pesquisas com usuários ilustram o sucesso das estradas sob administração privada. Realizada pelo Instituto DataFolha, no segundo semestre de 2008, uma pesquisa do Grupo CCR (Companhia de Concessões Rodoviárias) com líderes de opinião e usuários – a empresa administra 1.484 quilômetros de rodovias, nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Paraná – apontou que 86,7% dos entrevistados querem que os governos concedam mais rodovias à administração privada, um crescimento de favorabilidade de 7,1 pontos percentuais ante o resultado apurado um ano antes. O levantamento também apontou que 87,6% dos entrevistados admitiram valer a pena pagar pedágio nas rodovias do Grupo, resultado 6,2 pontos percentuais acima do verificado em 2007.” (Relatório Anual 2008 da ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias. São Paulo: ABCR, p. 21, 2008).

conservação representa 58% a mais no consumo de combustível, 38% no custo de manutenção dos veículos, 100% a mais do tempo de viagem e aumenta o número de acidentes em 50%. Outro aspecto relevante está ligado diretamente à economia brasileira, pois a má conservação das rodovias federais representa um gasto anual de R\$ 1,7 bilhão, devido ao acréscimo dos custos operacionais e do custo com a perda de vidas humanas (78 mil pessoas/ano)<sup>3</sup>.

Nota-se, com isso, a importância da política pública de concessões rodoviárias e, por este motivo, o presente trabalho pretende estudar um tema, que vem se tornando cada vez mais frequente, que é o ajuizamento de ações judiciais diretamente em face das concessionárias de rodovias sem qualquer análise prévia sobre a sua legitimidade passiva. Assim, terceiros da relação contratual concedente-concessionário, sobretudo usuários, acionam constantemente as concessionárias de serviço público rodoviário requerendo o reconhecimento judicial de direitos de todos os tipos e que, muitas vezes, nem estão previstos nos contratos de concessões<sup>4</sup>. O Poder Judiciário, por sua vez, mais comumente de

---

<sup>3</sup> Todos os dados constantes neste parágrafo podem ser consultados em: Consultor Estradas.com.br. *Pergunte a quem entende*. São Paulo. mar./2010, Disponível em: <<http://www.estradas.com.br/faq/ipiranga.asp>>. Acesso em: 25.02.2011.

<sup>4</sup> A quantidade de ações propostas diretamente contra os concessionários é realmente muito grande. Atualmente o tema vem sendo discutido em seminários organizados por grandes concessionárias, voltados exclusivamente aos magistrados, na esperança de mudar o rumo das decisões. Veremos no decorrer do trabalho que os pedidos são os mais variados. Para exemplificar alguns absurdos encontrados no Poder Judiciário, resolvi citar uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em que uma associação de lojistas de *shopping centers* acionou judicialmente uma série de concessionárias de rodovias sob a alegação de que a cobrança de pedágio reduziu o número de clientes que se dirigiam às lojas de *shopping centers*. Dentre os pedidos da autora, constavam: “1) que as concessionárias se abstivessem de criar ou implementar novas praças de pedágios, **inclusive aquelas já autorizadas pelo Poder Público e ainda não inauguradas**, sob pena de imposição de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); 2) se abstivessem de implementar novos reajustes de preços dos pedágios, **inclusive aqueles já autorizados pelo Poder Público**, enquanto perdurar a situação de iniquidade alegada, também sob pena de multa no mesmo montante e 3) fosse declarada a abusividade do atual sistema de recolhimento de pedágios, em razão de sua desproporcionalidade e bidirecionalidade, condenando as requeridas ao pagamento da multa no mesmo valor em caso de permanência da ‘abusividade da cobrança’”.

Após manifestação da Procuradoria de Justiça e do Ministério Público, concluiu-se que os pedidos da associação não mereciam provimento em razão da “(1) da ilegitimidade ativa *ad causam* da autora **para defender interesses de todos os usuários das rodovias, mesmo que entre eles se encontrassem consumidores ou potenciais consumidores que se dirigiam às lojas de shopping centers** e (2) da inépcia da inicial, porque desprovida de lastro fático e jurídico que lhe permitia obter a tutela pretendida.”

1ª instância, vem deferindo estes pedidos e condenando as concessionárias em novas obrigações sem se preocupar com a previsão do devido recurso para equilibrar o aspecto econômico do contrato.

Com isso, o objetivo deste trabalho é estudar os aspectos jurídicos do contrato de concessão rodoviária para analisar as hipóteses em que as concessionárias de rodovias realmente teriam legitimidade passiva em demandas judiciais. Basicamente, o trabalho enfrentará a seguinte questão: **a concessionária de rodovia teria legitimidade passiva em qualquer ação judicial cujo objeto fossem interesses relativos à rodovia<sup>5</sup>?**

O estudo será dividido em três capítulos: primeiramente farei uma análise geral e introdutória sobre as concessões de rodovias, definindo alguns aspectos importantes como a titularidade do serviço público rodoviário, a política pública e a base legal da concessão de rodovias, pois creio que muitas destas características serão de suma importância para o deslinde da monografia; a segunda parte tratará sobre a natureza jurídica da concessão de rodovias com o propósito de analisar as consequências, fáticas e jurídicas, de o concessionário de serviço público figurar no pólo passivo de determinadas ações judiciais e; por último, farei uma divisão metodológica no estudo das obrigações do concessionário para delimitar os casos de legitimidade passiva do particular em ação judicial movida

---

Logicamente que o caso aqui citado tem o intuito de apenas ilustrar os absurdos em que as concessionárias são judicialmente demandadas. Neste caso específico, a meu ver, decidi bem o Poder Judiciário em afastar o suposto direito alegado pela autora. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com revisão n.º 994.08.114.242-6. 2ª Câmara de Direito Público. Voto n.º 7.362. Des. Relator: José Luiz Germano. São Paulo, 30 de novembro de 2010. Negrito acrescido ao original.).

<sup>5</sup> Cabe, aqui, enfatizar que **não** será o foco desta monografia a *Responsabilidade do Estado por Danos* ou a *Responsabilidade Extracontratual do Estado*, que trataria de assuntos ligados à responsabilidade por danos causados a terceiros decorrentes da utilização da rodovia. Neste tema também há uma discussão intensa para se definir qual seria a responsabilidade civil do poder concedente e qual seria a do concessionário, mas isto está ligado a assunto específico, diferente do abordado na presente monografia, que tratará sobre novas obrigações, normalmente sem previsão no contrato de concessão – e não necessariamente decorrente de responsabilidade por dano – em que terceiros acionam os concessionários no intuito de obter o reconhecimento judicial de seus direitos. Algumas questões conexas sobre responsabilidade civil serão abordadas no decorrer do estudo, porém, de forma subsidiária. Para um estudo específico sobre *Responsabilidade do Estado*, ver as seguintes obras: BRUNINI, Weida Zancaner, *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981 e; WILLEMANN, Flávio de Araújo, *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

por terceiros. Por fim, farei uma síntese das conclusões no intuito de responder sucintamente a questão central do estudo, acima citada.

## CAPÍTULO I

### 1. Definição de concessão de serviço público rodoviário

As concessões de rodovias são contratos celebrados entre o particular e o poder concedente e estão sujeitos a um regime peculiar estabelecido na Lei n.º 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal; aplicando-se também a Lei n.º 9.074, de 07.07.95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; as disposições constitucionais pertinentes; bem como as cláusulas dos indispensáveis contratos administrativos e, subsidiariamente, a Lei n.º 8.666, de 21.06.1993 (Lei de Licitação e Contratos), que é aplicável, quando cabível, na qualidade de norma geral (art. 124, Lei 8.666/93), desde que não conflite com a legislação específica.<sup>6</sup>

Haveria, ainda, a possibilidade de utilização das Parcerias Público-Privadas (PPPs), prevista na Lei n.º 11.079, de 30.12.2004, que instituiu duas novas modalidades contratuais, quais sejam, a *concessão patrocinada*, para as hipóteses de concessão de serviços públicos ou de obras públicas em que haveria contraprestação pecuniária do poder concedente ao parceiro privado, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários (art. 2º, § 1º); e a *concessão administrativa*, que seria utilizada para os contratos de prestação de serviços em que a Administração Pública seria a usuária direta ou indireta, ainda que envolvesse execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, §

---

<sup>6</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto Barroso. “Alteração dos contratos de concessão rodoviária”, in: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, n. 15, p. 102, 2006; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Serviços públicos concedidos”, in: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, n. 1, p. 11, 2005.

2º)<sup>7-8</sup>. Assim, o critério diferenciador de uma modalidade para a outra é a possibilidade, ou não, de cobrar tarifa dos usuários, pois nesta última o

---

<sup>7</sup> A Rodovia MG-050 (Juatuba-São Sebastião do Paraíso) foi a primeira PPP de rodovias do Brasil e, desde então, outros projetos vêm sendo estruturados e licitados no setor de rodovias. (Fonte: Site da Unidade PPP Minas Gerais – Governo de Minas Gerais. *Obras da PPP para recuperar MG-050*. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/pppemminas/projetos-ppp/mg-050/obras-da-ppp-para-recuperar-mg-050>>. Data: 21.05.2007. Acesso em: 15.07.2011.).

<sup>8</sup> Sendo possível a concessão de rodovias mediante contrato de Parcerias Públicos-Privadas, seria importante definir em qual das duas modalidades a concessão poderia ser formalizada. A Profa. Letícia Queiroz de Andrade entende que a concessão de rodovias, quando realizada por PPP, deve ser formalizada sob a modalidade de *concessão patrocinada*, sob a seguinte justificativa: “Isso porque, conquanto se admita que os serviços de manutenção das rodovias precedidos ou não da execução de obra pública, possam ser isoladamente enquadrados na figura contratual da *concessão administrativa*, também prevista na Lei 11.079/2004, alguns serviços de gestão e, sobretudo, os serviços de operação das rodovias têm, em nossa opinião, nítida feição de serviços públicos, que não podem ser objeto de denominada ‘concessão administrativa’, figura destinada à contratação de serviços ordinários, com relação aos quais não há delegação pública” (QUEIROZ DE ANDRADE, Letícia, “A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias”. In: *Parcerias Público-Privadas*, coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros Editores, p. 271, 2007.)

Já o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, por sua vez, submeteu uma proposta ao Departamento de Outorga do Ministério dos Transportes que prevê a possibilidade da *concessão administrativa* para 20 mil quilômetros de estradas federais, somente para as concessionárias prestarem os serviços de reparo e manutenção das vias. (Fonte: Valor Econômico. *Dnit prepara novo modelo de concessão*. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impresso/empresas/102/354907/dnit-prepara-novo-modelo-de-concessao>> Data: 16.12.2010. Acesso em 15.07.2010.).

O Prof. Marçal Justen Filho, ainda, exemplifica as hipóteses de cabimento das PPPs no setor rodoviário da seguinte forma: “Isso ocorrerá, primeiramente, nas situações de ausência de condições de rentabilidade econômica. Podem ser imaginadas aquelas rodovias necessárias à integração nacional, mas cujo movimento não é suficientemente intenso para gerar receita tarifária suficiente para amortização dos investimentos demandados. Mas também caberá lembrar os casos de ausência de condições sócio-econômicas de pagamento de tarifas. São os casos de regiões pobres, em que os usuários necessitam da rodovia mas não são titulares de riqueza suficiente para arcar com o pagamento de tarifas plenas” (JUSTEN FILHO, Marçal, “Concessões de Rodovias – a experiência brasileira”. In: *Parcerias Público-Privadas*, coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 250-251, 2007).

A meu ver, considerando que os requisitos básicos da *concessão administrativa* são que o concessionário **invista inicialmente a quantia de R\$ 20 milhões** (seja para a obra pública, quando necessária, seja para investimentos de criação, ampliação ou recuperação de infraestrutura) e, quando estiver pronta a infraestrutura, **que exista um serviço** que possa ser usufruído por prazo de cinco a trinta e cinco anos, creio que a alternativa do DNIT é válida e também poderia ser pensada para rodovias cujos aspectos econômicos sejam inviáveis para uma *concessão patrocinada*, assim como nos casos citados pelo Prof. Marçal. Enfim, acredito que o Poder Público teria à sua disposição as duas modalidades de PPPs (patrocinada ou

concessionário remunera-se por contraprestação pecuniária paga pelo poder concedente.

Tendo delimitado a base legal do instituto, vale dizer que a concessão de rodovia assume a feição de *contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública* e, assim, após a execução das obras, o que se tem é a exploração de um **serviço público**, já que o núcleo de atuação do concessionário passa a ser a operação de um sistema viário<sup>9-10</sup>.

O conceito clássico de **serviço público** é definido pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, que ensina:

“*Serviço Público* é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”<sup>11</sup>

---

administrativa), para balizar suas opções e decidir qual seria a melhor escolha no momento de estruturar a licitação, levando em consideração as especificidades do empreendimento.

<sup>9</sup> Há discussão doutrinária existente sobre a designação de “contratos” para as relações travadas entre a Administração Pública e o particular. O Prof. Celso Antônio se destaca nesta crítica ao dizer: “Quanto a nós, acompanhando as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – que tratou do assunto com mestria insuplantável –, entendemos que esta rotulação ‘contrato administrativo’ tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, por que propiciadora de equívocos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 618, 2010.). Seus argumentos giram em torno dos poderes de instabilização reconhecidos à Administração que descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos. O autor prefere descrever o vínculo travado entre o Poder Público e o particular como “relações convencionais que por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica situem a Administração em posição jurídica peculiar em prol da satisfação de um interesse administrativo.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *ibidem*, p. 620).

<sup>10</sup> Lei n.º 8.987/95, art. 2º, III: “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 671.

A doutrina discute sobre o conceito e sobre quais seriam as atividades consideradas *serviços públicos*. Cármen Lucia traz à baila esta discussão: “É certo que nem o que se considerou serviço público foi mantido identificado como tal no tempo, nem há unanimidade sobre as atividades consideradas pelas diferentes sociedades como dotadas daquela qualidade jurídica”. E conclui mais adiante: “Por isso, mesmo não havendo listagem de serviços públicos pelo constituinte, mas apenas a indicação de alguns deles, é certo que os parâmetros para a sua definição legal encontram-se no sistema fundamental, que não permite o desvirtuamento das atividades e a sua subsunção ao regime jurídico próprio e identificador daqueles.”<sup>12</sup>

Assim, este estudo partirá do pressuposto que o serviço rodoviário é uma atividade classificada como *serviço público* pelos seguintes motivos: (1) primeiro pelo fato da concessão do serviço rodoviário se enquadrar na hipótese legal de *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública* e, assim, estar regulado pela Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição; (2) segundo pela previsão expressa contida na Lei n.º 9.074/1995, art. 1º, IV, que determina que as “*vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública*” sujeitar-se-ão ao regime de concessão e; por último (3), por se encaixar perfeitamente no conceito clássico de serviço público exposto acima.

Um ponto importante, e que causa muita confusão em função do termo usual *concessão de rodovia*, é determinar o real objeto a ser concedido<sup>13</sup>. As rodovias propriamente ditas não são objeto de concessão, pois são ***bens públicos de uso comum do povo*** (art. 99, do Código Civil). Os bens públicos são de domínio nacional e pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno (art. 98, C.C.) e, por estes motivos, o verdadeiro objeto da concessão não é a rodovia em si, e sim o serviço público a ela agregado que, no caso da

---

<sup>12</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, *Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, pp. 13 e 22, 1996.

<sup>13</sup> O conceito de **rodovia** é dado pelo Código de Trânsito Brasileiro (Anexo I) que determina que “rodovia é via rural pavimentada e diferencia-se de estrada por esta ser via rural não pavimentada.”

concessão de rodovias, será fruível após as execuções das possíveis obras públicas necessárias, sejam de construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público (art. 2º, III, da Lei n.º 8.987/95).

### 1.1. Breve relato sobre a política nacional de desestatização

Com o objetivo de explorar mais profundamente o tema das concessões rodoviárias, passar-se-á a estudar o processo de descentralização via concessão no intuito de entender como surgiu e qual foi o fim de conceder à iniciativa privada a exploração deste bem público tão valioso que é a rodovia. Tal alternativa iniciou-se em meados da década de 90, em meio à adoção de ampla política nacional de desestatização de diversos setores da economia, com a adoção do Programa Nacional de Desestatização – PND (Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, sucedida pela Lei n.º 9.491, de 10 de setembro de 1997).

O PND é um dos principais mecanismos do processo de reforma do Estado, pois tem como um de seus objetivos fundamentais “*reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público*” (Lei n.º 9.491/97, art. 1º, I). É neste contexto que o governo brasileiro decidiu ampliar o número de rodovias concedidas e facultar também à iniciativa privada a exploração do serviço rodoviário que, até então, era outorgado somente para as empresas estatais e em proporção infinitamente menor do que se tem atualmente.<sup>14</sup>

Relativamente às rodovias, o Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCOTE foi criado em 1993 e abrange a concessão de 11.191,1 quilômetros de rodovias, sendo que 4.763,8 quilômetros já foram concedidos à iniciativa privada<sup>15</sup>. A edição da Lei n.º 9.277, de 10 de maio de 1996 (Lei de

---

<sup>14</sup> Cf. MACHADO, Kal. *Concessões de rodovias – mito ou realidade*. São Paulo: Prêmio Editorial, p. 97, 2002.

<sup>15</sup> O Programa de Concessões de Rodovias Federais começou a ser implantado com a licitação dos cinco trechos que haviam sido pedagiados diretamente pelo Ministério dos Transportes (Ponte

delegação da administração e exploração de rodovias e portos federais), possibilitou a assinatura de convênios envolvendo a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal e, com isso, a consequente integração do PROCOFE com programas estaduais e municipais de concessão como forma de alcançar as metas de desenvolvimento nacional e de reduzir as desigualdades sociais e regionais diante do esgotamento da capacidade de investimento do Estado.

Logicamente que a introdução deste sistema de exploração da rodovia sofreu bastante resistência na sua implementação, tendo em vista que foi adotado o regime jurídico tarifário para remuneração do contratado<sup>16</sup>. O Prof. Arnaldo Wald relata a dificuldade na implantação desta política de cobrança pelo uso da rodovia:

“Há mais de quarenta anos, por exemplo, o Governador do Estado de São Paulo decidiu conceder à estatal Dersa Desenvolvimento Rodoviário S.A. a concessão do chamado Sistema Imigrantes-Anchieta. Naquela época, a implantação do pedágio deu azo à intensa discussão acerca da sua constitucionalidade, bem como da possibilidade de cobrança da tarifa sem via alternativa. O Tribunal de Justiça de São Paulo, na ocasião, decidiu pela constitucionalidade da cobrança, tendo sido a decisão confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária, RE 75.641, relator Ministro Xavier de Albuquerque, Revista Trimestral de Jurisprudência, n.º 70, PP. 469-473).”<sup>17</sup>

É neste contexto que surgiram as concessões públicas de rodovias, possibilitando, assim, que o particular desenvolvesse a recuperação e a

---

Rio-Niterói, Rio Juiz de Fora, Rio-São Paulo, Rio-Teresópolis e Osório-Porto Alegre), numa extensão total de 858,6 km, enquanto estudos eram realizados para identificar outros segmentos considerados técnica e economicamente viáveis para inclusão no Programa. Inicialmente, foram analisados 18.059,1 km de rodovias, dos quais 11.191,1 foram considerados viáveis para concessão e 6.868 km viáveis somente para a concessão dos serviços de manutenção (Fonte: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/concessaorod/apresentacaorod.asp>>. Acesso em: 08.03.2011.).

<sup>16</sup> Para um melhor aprofundamento sobre a matéria de tarifas, vale a consulta à obra do Prof. Jacintho Arruda Câmara, fruto da sua tese de doutoramento, chamada de *Tarifa nas Concessões*, que cito na bibliografia desta monografia.

<sup>17</sup> WALD, Arnaldo; GAENSLY, Marina. “Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, in CARVALHO, André Castro (org.), *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009, p. 69.

ampliação da degradada malha rodoviária brasileira. Ou seja, a concessão foi a solução encontrada pelo Poder Público para suprir a sua necessidade de investimento, por conta da escassez de recursos públicos para ampliação, recuperação e manutenção das rodovias brasileiras.

Diante disso, é possível obter uma conclusão importante: o Estado encontrou na concessão de rodovias uma forma de captar recursos da iniciativa privada para manter a exploração de um serviço público de sua titularidade – o serviço público rodoviário<sup>18</sup>. Sabe-se que determinados pontos da malha rodoviária não têm atratividade para o particular e o Poder Público deve manter ou subsidiar estes trechos. Com isso, há de se concluir que o interesse público visa manter os contratos de concessão em andamento nos trechos já concedidos, sob pena de utilização de recursos que poderiam ser empregados em outro setor deficitário.

## 1.2. Titularidade e competência legislativa do serviço público rodoviário

O *serviço público rodoviário* – que, como já foi visto, diferencia-se do *bem público rodovia* – tem sua titularidade delimitada pela Constituição Federal, no art. 175, que determina que “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos*”. Em âmbito legal a Lei n.º 8.987/95 delimitou esta titularidade ao determinar que o poder concedente será “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão.”<sup>19</sup>

Vale frisar a diferença existente entre a titularidade do serviço e a titularidade da prestação. O Estado (União, Estados, Distrito Federal e

---

<sup>18</sup> A titularidade do serviço público será estudada no próximo capítulo.

<sup>19</sup> Lei n.º 8.987/95, art. 2º, I: “poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;”

Municípios) é titular do serviço público rodoviário, mas isto não significa que deva obrigatoriamente prestá-lo. Nas lições do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, ser titular do serviço e ser prestador do serviço “*são realidades jurídicas visceralmente distintas*”<sup>20</sup>. Parafraseando seus ensinamentos, o Estado detém *senhoria* sobre o serviço, mas pode apenas discipliná-lo ou promover-lhe a prestação mediante a concessão. Nas palavras do autor, tratando de serviços públicos de forma ampla, escreve:

*“Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução.”*<sup>21</sup>

Assim, a titularidade do serviço público somente é atribuída a entidade de direito público com capacidade política, jamais ao particular que recebe apenas a delegação administrativa para ser **prestador temporário** da atividade pública. Cármen Lúcia comentando o art. 175 da Constituição Federal deixa este ponto bem claro: *“O dispositivo em foco deixa o Poder Público como gestor permanente e inexcludente do serviço público, **pois o que ele permite é apenas a delegação da prestação, não da titularidade**, o que se põe, nítido, nos termos do artigo.”*<sup>22</sup>

Relativamente à competência legislativa, cabe à União “*estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação*” (art. 21, XXI, da CF.) e, conforme a Lei federal n.º 9.074, de 07.07.1995, as vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública, são de competência da União. O Sistema Nacional de Viação, por sua vez, é composto por duas leis, a Lei n.º 5.917/73, que aprova o Plano Nacional de Viação e a Lei n.º 10.233/01 que, relativamente às concessões de rodovias, cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes – CONIT.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 681.

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *ibidem*, p. 681.

<sup>22</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, *op. cit.*, p. 30, negrito acrescido ao original.

Aos Estados e Municípios aplicam-se as regras gerais para serviços públicos, cabendo àqueles a competência remanescente (art. 25, § 1º, CF), podendo legislar sobre os serviços não inseridos na competência da União e dos Municípios, como o transporte coletivo intermunicipal e, a estes, cabem os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo, por ser de caráter essencial (art. 30, V, CF)<sup>23</sup>.

A competência territorial do serviço público rodoviário, para fins de concessão, é delimitada de acordo com a jurisdição da infraestrutura viária (art. 2º, Lei n.º 10.233/01). Ou seja, rodovia federal deve ser concedida pela União, rodovia estadual pelo Estado que possui a jurisdição daquela rodovia, regra esta que se aplica da mesma forma para as rodovias municipais ou do Distrito Federal.

Em âmbito federal a lei que criou a ANTT – entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes – conferiu-lhe atribuições tão amplas que dificultou a delimitação de competências entre a agência reguladora e o poder concedente. Esta conclusão é facilmente encontrada com a simples passagem por alguns artigos da lei que criou a ANTT, vejamos:

**Lei n.º 10.233, de 05.06.2001**

“Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

“III - **propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas**, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre;

(...)

“V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, **celebrando e gerindo os respectivos contratos** e demais instrumentos administrativos;

(...)

“VII - **proceder à revisão e ao reajuste de tarifas** dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda.”

---

<sup>23</sup> Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 92-93, 2003.

Veja-se, com isso, que a política regulatória visou **compartilhar algumas competências** entre agência reguladora (ANTT) e poder concedente (União). Logicamente que este compartilhamento de competências não caracteriza uma substituição da pessoa jurídica política de direito público pela autarquia reguladora, pois a União conserva para si competências importantes sobre o serviço público rodoviário como, por exemplo, a aprovação do plano geral de outorga.

O problema deste compartilhamento de competências aparece no momento de delimitação da legitimidade passiva para responder sobre direitos de terceiros relativos ao serviço rodoviário. Quem deve ser acionado judicialmente, a ANTT ou a União? – dúvida esta existente também em âmbito estadual e municipal relativamente aos entes federativos que possuem as suas respectivas agências.

Diante da dificuldade criada pela política regulatória do setor que praticamente impossibilitou a delimitação exata sobre o grau de legitimidade da agência reguladora e do poder concedente titular do serviço público, a melhor solução jurídica, a meu ver, seria a criação de um litisconsórcio passivo, socorrendo-se do art. 46, do CPC, que determina que *“duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I – entre elas houver comunhão de direitos ou de **obrigações relativamente à lide.**”*

Em breve síntese, vale frisar, então, que a titularidade sobre o serviço público rodoviário é do Poder Público, enquanto pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Possui, assim, legitimidade passiva em possíveis demandas judiciais que visem o reconhecimento judicial de direitos sobre o serviço público rodoviário, seja diretamente, seja por intermédio de sua agência reguladora ou, ainda, em litisconsórcio passivo envolvendo o poder concedente e a agência reguladora.

## CAPÍTULO II

### 2. Natureza jurídica da concessão de rodovias

Após esta breve introdução sobre as concessões de rodovias, com a discussão de suas origens e a delimitação de sua base legal estudar-se-á, neste momento, a natureza jurídica da concessão de rodovias.

Sem rodeios, é a própria Constituição Federal que nos direciona a simplesmente declarar que a concessão de rodovias tem natureza jurídica de contrato administrativo quando, em seu art. 175, parágrafo único, I, determina que: *“A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão”*. Em âmbito infraconstitucional, a matéria é regulada pela Lei n.º 8.987/95, art. 4º, que dispõe: *“A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.”*

O caráter contratual da concessão não é tema pacífico na doutrina brasileira, porém, conquanto não haja unanimidade, é a teoria que tem prevalecido entre os estudiosos<sup>24</sup>. Aliás, sobre esta divergência doutrinária, vale

---

<sup>24</sup> “As concessões de serviços públicos são contratos celebrados entre o poder concedente e o particular que é incumbido de prestar um determinado serviço público. A atribuição das competências, direitos e deveres do concessionário em relação ao serviço concedido se dá por intermédio de um contrato. E é nos termos estabelecidos por este contrato que o concessionário deverá prestar o serviço.” (SUNDFELD, Carlos Ari, “Cumprimento contratual.”, *in*: \_\_\_\_\_; MELLO, Marco Aurélio; FUX, Luiz; MENDONÇA DE BARROS, José Roberto. *Concessão de Rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; p. 35); “Diferentemente do sistema anterior às privatizações, em que, como já foi dito, as concessões eram outorgadas normalmente a empresas públicas ou de capital misto, numa relação que já foi classificada de incestuosa, as concessões de serviços públicos mais recentes, outorgadas à iniciativa privada, têm um caráter *contratual* inviolável.” (WALD, Arnaldo e GAENSLY, Marina, *op. cit.*, pp. 75-76); “o próprio art. 175 da CF/88 ressaltou, no inc. I, ‘o caráter especial de seu contrato’, referindo-se a concessões e permissões de serviços públicos. É imperioso examinar, por isso, o que se deve entender pela expressão ‘contrato administrativo’, assim como os limites da aplicabilidade da teoria geral dos contratos às diversas categorias de ‘contratos’ praticados pelo Estado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo, Dialética, 2003, p. 152.); e: “Quanto ao primeiro ponto abordado, a saber, que tipo de contrato se

destacar as lições da Profa. Vera Monteiro que analisa toda a discussão envolvendo as diversas teorias sobre a natureza jurídica da concessão e conclui o seguinte:

*“A teorização pura e simples acerca da natureza jurídica da concessão (se ato unilateral, se misto de ato unilateral e contrato privado, se contrato público) não encontra uma razão de ser senão para, a partir dela, afirmar a existência de um regime jurídico especial nas concessões – típico de direito público –, o qual lhe é aplicado tendo em vista seu objeto e finalidade: a prestação de serviços públicos.”<sup>25</sup>*

O reconhecimento da natureza jurídica de contrato administrativo permite ao particular a defesa de direitos constitucionalmente garantidos e que dificilmente seria possível fora de uma relação contratual sob o regime jurídico-administrativo, tais como: a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que resguarda os legítimos objetivos de lucro do concessionário (art. 37, XXI, CF) e uma intervenção estatal baseada naquilo que foi contratualmente estipulado, limitando o poder de autoridade e impossibilitando uma possível intervenção estatal arbitrária ou discricionária<sup>26</sup>.

É interessante esta lógica do contrato administrativo, qual seja, a de garantir, de um lado, uma ampla segurança relacionada aos aspectos econômicos para o particular desenvolver a atividade pública – atividade esta que o Poder Público optou por não prestar, seja por falta de recursos orçamentários, seja por

---

tem formalizado com a concessão de serviço público, não se pode deixar de relevar a predominância da teoria que o considera contrato de direito público, aquele, portanto, regido por princípios e regras dessa seara jurídica.” (ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, *op. cit.*, p. 38).

Em sentido contrário, como já mencionado, o Prof. Celso Antônio faz críticas ao caráter contratual deste tipo de relação, mas reconhece a natureza jurídica de “contrato administrativo”, no Direito Brasileiro, relativamente às concessões: “Sem embargo do que se vem de dizer, no Direito Brasileiro a concessão de serviço público tanto como a de obra pública são pura e simplesmente nominadas de contratos administrativos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 711).

<sup>25</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 36, 2010.

<sup>26</sup> O regime jurídico-administrativo é definido da seguinte forma por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão **regime jurídico administrativo** é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo: Atlas, p. 60., 2009.).

política pública – e, de outro lado, garante à Administração Pública todas as prerrogativas que lhe possibilitam uma série de vantagens quando comparadas àquelas asseguradas ao particular. O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello trata do tema:

“Não é difícil entender a lógica do instituto *sub examine*. Há duas ordens de interesse que se devem na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados. As traças concebidas pela lei e pelos estudiosos mais apontados resumem-se a consagrar estes escopos, ambos prezáveis e ambos confortados na ordenação positiva.”<sup>27</sup>

Contudo, uma contratação da dimensão que é a concessão de rodovias precisa de um instrumento seguro e confiável, assim como é o contrato administrativo. Afinal, as especificidades deste tipo de concessão são muitas, tais como a necessidade de investimentos iniciais de grande vulto, alta complexidade do objeto e prazos normalmente superiores a 20 anos.

## 2.1. A importância do contrato no direito

Este item estudará a importância do reconhecimento da outorga de rodovias à exploração privada ser realizada por intermédio de um contrato administrativo. Antes disso, vale uma breve abordagem, de forma geral, sobre instituto do “contrato” em nosso direito, a fim de delimitar as reais obrigações constituídas no momento da assinatura de um instrumento deste tipo.

Em 1895 já ensinava Clóvis Beviláqua sobre a importância do contrato entre os indivíduos que vivem em sociedade. Dizia o autor:

“Póde-se (sic), portanto, considerar o contrato como um conciliador dos interesses collidentes (sic), como um pacificador dos egoismos em lucta (sic). E’ (sic) certamente esta a primeira e mais elevada funcção (sic) social do contracto (sic). E, para avaliar-se de sua importância, basta dizer

---

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 624.

que, debaixo deste ponto de vista, o contrato corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto (sic) do negocio (sic) por ele regulado. Ninguem (sic) dirá que seja o contracto (sic) o único factor (sic) da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles (sic), o mais geral e o mais forte; mas impossível será desconhecer que tambem (sic) lhe cabe essa nobre funcção (sic) civilizadora."<sup>28</sup>

Com isso, é possível mensurar a importância do instituto **contrato**, tendo sido comparado até mesmo com o próprio direito. Logicamente que para o contrato cumprir sua função pacificadora de interesses, faz-se necessário lhe dar toda a credibilidade que lhe é exigida ou, em outras palavras, deve-se tornar claro que os contratos devam ser cumpridos, expressão esta amplamente utilizada no mundo jurídico, em sua versão latim, como *pacta sunt servanda*, que visa clarificar que os instrumentos previstos no nosso ordenamento são confiáveis, ou seja, que há segurança jurídica quando o cidadão exerce sua faculdade de contratar<sup>29</sup>.

O objetivo de todo este discurso é frisar uma primeira ideia, qual seja, de que os contratos são instrumentos de suma importância em nosso direito e as cláusulas contidas neste documento (obrigações e direitos) são disposições em que as partes se comprometeram e, por isso, exerceram sua opção de contratar. Assim, nasce um dever de respeitar o disposto no instrumento contratual na forma em que foi inicialmente acordado, sendo, assim, sempre necessário que possível alteração visando o acréscimo de nova obrigação seja objeto de novo acordo, momento este em que a parte incumbida de executar avaliará a possibilidade de assumir a nova obrigação e a outra parte proporá o devido recurso (direito) para satisfazer sua vontade. Por mais trivial que pareça este diálogo, veremos que se trata de uma obviedade que vem sendo esquecida. Frisemos, então, esta primeira ideia.

---

<sup>28</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. edição histórica. [a citação faz referência à primeira edição do livro que foi publicado em setembro de 1895]. Rio de Janeiro: Editora Rio, 5ª edição, jun., 1977. p. 154.

<sup>29</sup> Existe toda uma discussão acerca da flexibilização do *pacta sunt servanda*, nos tempos atuais, em razão da cláusula *rebus sic stantibus* (a teoria da imprevisão) que, por razões metodológicas, resolvi não discutir nesta monografia.

**Primeira ideia:** os contratos são importantes e as partes se comprometem única, e tão somente, naquilo em que estiver ali estabelecido.

Assumindo esta natureza jurídica de contrato administrativo, vale destacar três características que o Prof. Carlos Ari Sundfeld cita em torno do caráter contratual da concessão de rodovias<sup>30</sup>. A primeira característica gira em torno da **titularidade do serviço público concedido**. O tema já foi objeto de análise em tópico específico, mas vale repetir e destacar alguns pontos devido a sua essencialidade para o desenvolvimento desta monografia, vejamos: **a transferência do serviço público, objeto de concessão ao particular, se dá apenas em caráter temporário e por intermédio de um contrato de concessão com início, meio e fim**<sup>31</sup>. Ou seja, a titularidade do serviço permanece sendo do poder concedente – seja ele União, Estado, Distrito Federal ou Município (art. 175, Constituição Federal). Serviço Público este que poderá, inclusive, ser retomado pelo Poder Público por intermédio dos instrumentos reconhecidos em Direito, em razão da sujeição especial ao regime jurídico-administrativo (encampação, alteração unilateral, suspensão ou interrupção da concessão), conforme as determinações legais.

O concessionário de rodovias é, assim, o particular (colaborador) que participou de um processo seletivo (licitação); sagrou-se vencedor para prestar um serviço público à comunidade; terá seu investimento amortizado mediante remuneração – basicamente por tarifas – atrelada à exploração econômica do serviço; e responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (§6º, art. 37, CF)<sup>32-33</sup>. Ou seja, em momento algum lhe foi dada a

---

<sup>30</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *op. cit.*, p. 35.

<sup>31</sup> Vale, sobre o tema, transcrição integral dos ensinamentos de Cármen Lúcia: “A temporariedade é de sua caracterização essencial. A concessão é contratada sempre, então, por prazo certo, inexistindo a possibilidade, no Direito brasileiro em vigor atualmente, de se eternizar a concessão. A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão.” (ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, *op. cit.*, pp. 58-59).

<sup>32</sup> Relativamente ao tema da remuneração do particular ser feita **basicamente** pela cobrança de tarifas, vale frisar que esta afirmação não seria válida se a concessão fosse realizada sob uma das formas admitidas na Lei de PPP (Lei n.º 11.079/2004), quais sejam, *concessão patrocinada* e *concessão administrativa*. Nestes contratos, como já foi dito, há um regime jurídico específico de

titularidade do serviço, o que lhe foi outorgada foi uma autorização – em sentido amplo – para prestar um serviço público por determinado período de tempo, mediante a assinatura de um instrumento denominado *contrato administrativo de concessão*. Frise-se esta conclusão:

***Segunda ideia:*** *o particular é um executor temporário do serviço público concedido e, por este motivo, não possui a sua titularidade.*

Sendo o concessionário um executor temporário do serviço público concedido, suas únicas obrigações são aquelas previstas no contrato de concessão e, como se verá adiante, a obrigação de realizar outras atividades no intuito de manter o serviço sempre adequado. Ou seja, o concessionário conhece suas obrigações e calcula o retorno do seu investimento no momento da participação do processo licitatório e, por este motivo, não pode ser surpreendido, a todo instante, com decisões judiciais posteriores obrigando a execução de novas solicitações de terceiros que não estavam previstas no cálculo inicial, sob pena de ofensa a um dos princípios mais louváveis do direito público que é o *princípio da segurança jurídica*.<sup>34</sup>

---

remuneração do concessionário e o parceiro público tem uma efetiva participação nos pagamentos realizados ao parceiro privado, seja como contraprestação pecuniária adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários (concessão patrocinada), seja com o pagamento integral como contraprestação versada em pecúnia, que ocorre no caso da Administração Pública se enquadrar como usuária direta ou indireta do serviço (concessão administrativa), conforme visto no capítulo 1 e, também, na nota de rodapé n.º 7.

De todo modo, cabe enfatizar que o presente estudo foi desenvolvido considerando o regime das *concessões comuns*, quais sejam, as regidas pela Lei n.º 8.987/95 e, por isso, ao longo do trabalho encontraremos esta afirmação de que o particular se remunera, em regra e basicamente, com a cobrança de tarifas. Enfatiza-se que esta afirmação não é equivocada, mas apenas se refere ao regime remuneratório das *concessões comuns*, que é diferente das *concessões patrocinadas* ou *administrativas*.

<sup>33</sup> Responsabilidade objetiva que dispensa a comprovação de dolo ou culpa da concessionária, sendo suficiente a relação causal entre a atividade e o dano. Assim, ao Estado recairia somente a responsabilidade subsidiária (cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 756 – com exceção aos casos de danos por omissão, em que o autor entende ser necessário que tenha havido dolo ou culpa “a qual, todavia, há de ser havida como presumida, admitindo, entretanto, prova em contrário”).

<sup>34</sup> J. J. Gomes Canotilho explicita o conteúdo do princípio da segurança jurídica: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar, e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo em ação que discutia a responsabilidade da concessionária de serviço público de realocação de moradores retirados de área de risco, situada na faixa de domínio da Rodovia dos Imigrantes, em razão da existência de risco iminente de deslizamento, ameaça à vida e à integridade física dos moradores. Decidiu-se que:

“A obrigação de providenciar residência para a população em área de risco é do Poder Público, não dos particulares. A circunstância de a agravante explorar, mediante concessão, sistema rodoviário estadual não justifica sejam-lhe atribuídas responsabilidades próprias do Estado. **Ao contrário, suas obrigações são aquelas constantes no contrato de concessão** (fls. 77/108).” (negrito acrescido ao original)<sup>35</sup>.

A segunda característica – citada pelo autor – inerente ao reconhecimento deste caráter contratual da concessão de rodovia está intimamente ligada à primeira, pois determina que o poder concedente **conserva sobre o serviço uma série de prerrogativas e responsabilidades**, a depender do contrato<sup>36</sup>. Assim, sendo o Poder Público o titular do serviço concedido, cabe a ele tomar a decisão de como será viável obedecer a possíveis determinações judiciais requerendo novas obrigações não previstas no contrato de concessão em andamento.

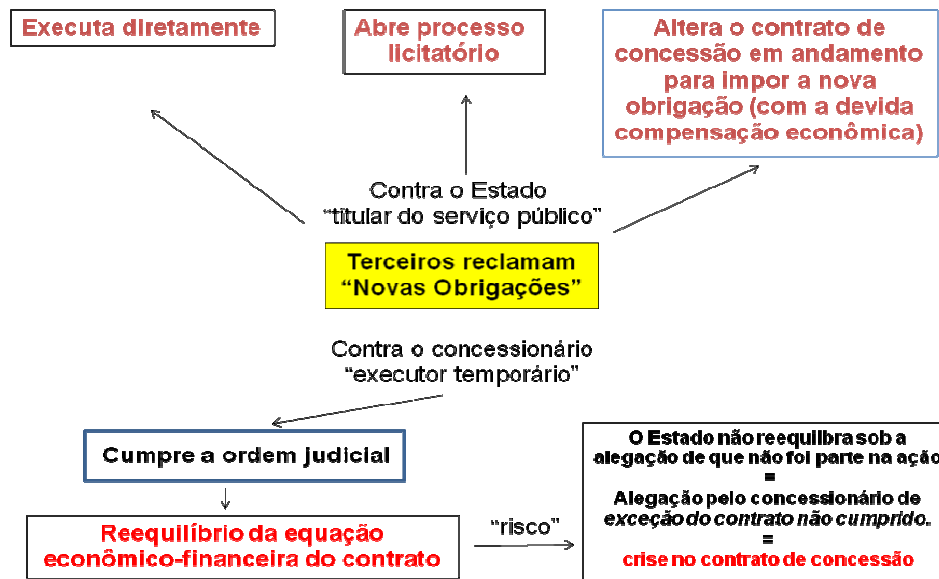
---

protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos e dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção dos da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. (...) (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2000, p. 252).

<sup>35</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 990.10.158571-5-Diadema. 9ª Câmara de Direito Público. Voto n.º 7.120. Relator: Des. Décio Notarangeli. Diadema, 10 de agosto de 2010.

<sup>36</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *ibidem*, p. 36.

Salienta-se que o poder concedente terá alternativas para escolher a melhor maneira de atender à demanda judicial, seja executando diretamente, seja abrindo novo processo licitatório ou alterando o contrato de concessão em andamento para impor a nova obrigação ao concessionário, claro que, nesta última hipótese – a depender do valor desta nova obrigação – será necessária a devida compensação financeira, tendo em vista que o Poder Público está contratualmente obrigado a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>37</sup>. Veja-se um quadro que poderá ilustrar o que foi exposto:



O quadro ilustra detalhadamente o risco de o concessionário ser condenado judicialmente a implantar nova obrigação que não estava prevista no contrato. Veja-se que o Poder Público tem mais de uma alternativa para executar a nova obrigação, porém, de outro lado, o concessionário só corre riscos. O maior risco – parafraseando o Prof. Carlos Ari Sundfeld – seria o de obedecer à sentença judicial, investir recursos financeiros para implantar a nova obrigação e não ter seu contrato reequilibrado, sob o argumento de o Estado não ter sido parte na ação que discutia aquele novo direito. Neste caso, ter-se-á o início de uma possível grande crise do contrato de concessão, pois o concessionário poderá alegar *exceção de contrato não cumprido* e uma concessão que vinha

<sup>37</sup> O equilíbrio econômico-financeiro do contrato será definido mais adiante.

sendo executada de forma satisfatória, repentinamente, entra em crise financeira por algo que não estava inicialmente acordado<sup>38</sup>.

**Terceira ideia:** o titular do serviço público conserva prerrogativas e responsabilidades sobre o serviço público concedido.

A terceira e última característica citada pelo autor a ser considerada é que na concessão de rodovias, por ser contrato, deve haver um equilíbrio entre os direitos e os deveres do concessionário<sup>39</sup>. Como bem disse o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: “Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o **fim** que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é **meio** por cuja via busca a **finalidade**, que é a boa prestação do serviço.”<sup>40</sup>

Ora, a única forma de o particular obter lucro numa relação contratual com tamanha proporção que é a concessão de rodovia, é sabendo exatamente quais serão os seus encargos e qual será a sua remuneração – e sem obscuridades em relação aos encargos. Ou seja, o concessionário não pode manter uma relação de *instabilidade* em relação ao elemento mais importante da relação contratual – vista sob a ótica do particular –, que é a viabilidade econômica da atividade.

Imagine-se um contrato perfeitamente equilibrado em relação ao aspecto econômico e que, repentinamente, é abalado com uma decisão judicial obrigando a construção de uma via alternativa não pedagiada para os moradores de determinada cidade próxima à praça de pedágio. Ora, a fonte principal de receita do concessionário de rodovia é a tarifária e, neste caso, ter-se-á uma redução brusca da receita que anteriormente era cobrada destes moradores e, ainda mais,

---

<sup>38</sup> A exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – se acha consagrada pelo art. 476 do atual Código Civil (correspondente ao art. 1092, *caput*, 1ª parte, do Código Civil de 1916): “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Algumas restrições são previstas na Lei n.º 8.666/93, para a utilização desta forma de extinção dos contratos (cf. art. 78, XI e XV da mencionada lei).

<sup>39</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *ibidem*, p. 37.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, pp. 711-712.

um novo encargo de construir uma via alternativa que demandará despesas não previstas anteriormente<sup>41</sup>.

Os contratos em que as partes buscam a satisfação de seus interesses individuais e contrapostos, e em que há equivalência entre as prestações são denominados de *contratos comutativos*, sendo certo que estes interesses iniciais devam permanecer válidos durante toda a vigência contratual<sup>42</sup>.

Destarte, o contrato prevê uma série de direitos e obrigações e as partes concordam simultaneamente em cumpri-las para alcançarem os seus objetivos e, assim, cria-se um verdadeiro equilíbrio das prestações e das contraprestações. Com isso, no contrato comutativo pressupõe-se uma relação de igualdade onde uma das partes assume o encargo de executar determinado encargo (obrigações) e, em contrapartida, deve receber da outra parte a justa compensação pelos seus esforços (direitos). Vale, neste ponto, transcrição dos ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Deveras, o mundo civilizado acolhe a ideia de que o contrato comutativo pressupõe certa relação de igualdade, incompatível, portanto, com ulterior desnivelamento extremo, ruinoso para uma das partes, provocado por circunstâncias supervenientes - que, se porventura fossem antevistas, a relação não se teria formado.”<sup>43</sup>*

**Quarta ideia:** no contrato comutativo deve haver um equilíbrio das prestações e das contraprestações.

A partir destas três características extraídas do reconhecimento deste caráter contratual da concessão de rodovias, pode-se desenvolver uma primeira

---

<sup>41</sup> A receita tarifária não é a única admitida na legislação que trata sobre a concessão. Veja o texto da Lei n.º 8.987/95, art. 11: “No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

<sup>42</sup> Assim como na compra e venda em que a parte, além de receber uma prestação equivalente a sua, pode apreciar imediatamente essa equivalência.

<sup>43</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “O equilíbrio econômico nos contratos administrativos”. in: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 200.

síntese de conclusões: (1) sendo o concessionário um executor temporário do serviço público concedido – não o seu titular –, as únicas obrigações que deverão ser exigidas são aquelas previstas contratualmente, não podendo o parceiro privado ser responsável pelo implemento de direitos de terceiros que extrapolem o período contratual, nem por novas obrigações não previstas no contrato de concessão; (2) o poder concedente conserva prerrogativas e responsabilidades sobre o serviço público concedido e, por este motivo, poderia figurar no pólo passivo de ações judiciais que discutam obrigações não previstas no contrato de concessão que mantém com o particular e, também, por possíveis ações que discutam direitos que se perpetuam no tempo como, por exemplo, a construção de uma via alternativa próxima à praça de pedágio ou a construção de uma ponte, e; (3) no contrato deve haver um equilíbrio entre os direitos e os deveres, de modo que não há a possibilidade de o concessionário ser obrigado a ter novos encargos sem ter o devido equacionamento financeiro de seu contrato.

## 2.2. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Tendo a concessão rodoviária a natureza jurídica de contrato administrativo, é importante tratar sobre uma característica essencial deste tipo de contrato que é o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* que, sem sombra de dúvida, é o elemento contratual que atrai o particular para contratar com o Poder Público.

Ao firmar contrato administrativo com o particular a Administração Pública sempre se encontrará numa situação jurídica bem mais favorável devido a uma série de prerrogativas que lhe são asseguradas. Isto ocorre em razão do regime jurídico-administrativo aplicável para este tipo de contratação, cujas regras e princípios advindos do direito público possibilitam diversas formas de instabilização em favor da Administração.<sup>44-45</sup> Jean Rivero resume bem esta

---

<sup>44</sup> O assunto será melhor abordado quando se tratar das *cláusulas exorbitantes* do contrato.

<sup>45</sup> O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello cita algumas peculiaridades existentes nos contratos administrativos e a possibilidade de a Administração *instabilizar* o vínculo travado entre as partes

situação: “as normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente na relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares.”<sup>46</sup>

O único ponto em que a Administração não pode utilizar o seu *poder de império* é o relativo ao *equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo* que obriga as partes a balancearem as obrigações com os direitos para atendimento das conveniências recíprocas **inicialmente pactuadas**<sup>47</sup>. Daí que o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar sobre o tema, nos ensina:

“Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e **integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-lo** em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.”<sup>48</sup>

Assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (ou equação econômico-financeira) nada mais é que o equilíbrio das obrigações do contratado com a sua equivalente compensação econômica. Na mesma linha, merecem transcrição integral os ensinamentos do Prof. Carlos Ari Sunfeld:

“A garantia da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo foi consagrada constitucionalmente. Ao fazê-lo, nossa Lei Maior reconheceu que o contratado é um colaborador da Administração, sendo seu concurso imprescindível à realização do interesse público. Assegurar-lhe a intangibilidade da remuneração significa

---

por meio da **alteração unilateral** – podendo alterar o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante – e da **extinção unilateral** – podendo extinguir unilateralmente o vínculo. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 615-616, 2010).

<sup>46</sup> RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1973 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 60.

<sup>47</sup> Art. 37, XXI, Constituição Federal: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 644.

garantir-lhe os meios indispensáveis ao atingimento desses interesses. Ademais, quando a Administração compensa o contratado pelos aumentos de custos que enfrenta, não está propriamente assumindo um prejuízo deste. Afinal, ao colaborar com o Estado através de um contrato, ele está assumindo uma atividade (e os correlatos riscos) que o Estado teria de desempenhar, se agisse sem colaboração.

“Pode-se afirmar, então, que o regime jurídico dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato. Em consequência, diante de eventos imprevisíveis e imprevisíveis desequilibradores do contrato, a recomposição da remuneração do particular há de ser total, inexistindo fundamento para simplesmente partilhar entre os contratantes os prejuízos deles decorrentes.”<sup>49</sup>

A legislação brasileira adotou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo como uma verdadeira garantia do particular. Em âmbito constitucional, o art. 37, XXI, da Constituição Federal, determina que serão *“mantidas as condições efetivas da proposta”* durante a execução do contrato. Já em âmbito legal, vale citar a Lei n.º 8.666/93, que trata dos contratos administrativos:

**Lei n.º 8.666, de 21.06.1993**

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos **não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado**; § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, **as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas** para que se mantenha o equilíbrio contratual.

(...)

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os

<sup>49</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pp. 239-240.

encargos do contratado, a **Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.**”

No setor de concessões, a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato é aplicada da mesma forma, adaptando-se somente à peculiaridade do sistema de remuneração das concessões em que, ao invés de o contratado receber um valor fixo da Administração, sua remuneração se efetiva, em regra, por intermédio das tarifas. Vejamos:

**Lei n.º 8.987, de 13.02.1955**

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

“§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a **fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.**

“§ 3º 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.

“§ 4º **Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro**, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

Um aspecto que justifica esta política brasileira de adoção do *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* como uma verdadeira garantia para o contratado é a previsão, nos contratos administrativos, de diversas prerrogativas para a Administração, algo que não ocorreria nos contratos travados no âmbito do direito privado. São as, também chamadas, *cláusulas exorbitantes*, reflexo do regime jurídico-administrativo que se calca nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e no princípio da indisponibilidade do interesse público. Dentre estas cláusulas, podemos citar: a possibilidade de alteração unilateral e rescisão unilateral do contrato; amplo controle e fiscalização da execução do contrato; a possibilidade de ocupação provisória dos bens; a utilização de pessoal e de serviços objeto do contrato; a possibilidade de acréscimo e supressão – limitado a 25% – do objeto do contrato; a imposição de penalidades e restrições na aplicabilidade da *exceção de contrato não cumprido*<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Boa parte destas prerrogativas estão previstas na lei geral de contratos administrativos – Lei n.º 8.666/93, vejamos: “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III -

Numa contratação somente entre particulares não seriam aceitáveis estes tipos de prerrogativas para apenas uma das partes. Por conta disso, gera-se um direito para o particular de exigir do Poder Público um equilíbrio ao menos no que se refere aos aspectos econômicos do contrato, parte esta intangível pela Administração. Jacintho Arruda Câmara deixa claro: “*Como uma compensação às prerrogativas extraordinárias conferidas à Administração nos chamados contratos administrativos, **assegura-se aos particulares contratados o direito à manutenção** do equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado.*”<sup>51</sup>

**Quinta ideia:** o particular aceita uma série de prerrogativas para a Administração no intuito de exigir o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

As hipóteses de cabimento do *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* consistem em tema amplamente estudado nos manuais de direito administrativo. O presente estudo fará uma breve síntese das conclusões gerais das teorias de cabimento do instituto no intuito de estudar, mais adiante, o cabimento do *equilíbrio econômico-financeiro* na hipótese do desequilíbrio ter sido causado por Poder diverso do contratante, ou seja, quando o agente causador não foi o Poder Executivo, mas sim o Poder Judiciário. Desde já fica lançada a questão: seria possível adotar a *teoria do fato do príncipe* por intervenções do Poder Judiciário em contrato firmado com a Administração Pública?

Outro aspecto que justifica a adoção do *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* está ligado a uma característica intrínseca da concessão de serviço público que é o **risco do negócio** assumido pelo particular<sup>52</sup>, pois sua

---

fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.”. Relativamente às restrições na aplicabilidade da *exceção de contrato não cumprido*, o tema foi regulado pelo art. 78, XIV e XV, da mesma lei.

<sup>51</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 164-165, 2009, negrito acrescido ao original.

<sup>52</sup> Nos contratos de Parcerias Público-Privadas, por exemplo, o particular poderá assumir o risco por completo. Vejamos os ensinamentos do Prof. Carlos Ari Sunfeld quando trata do tema de

remuneração se dará pela exploração do serviço que, em regra, é feita com a cobrança de tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço<sup>53</sup>. Assim, a remuneração do concessionário não é certa e pré-determinada como nos demais contratos administrativos, pelo contrário, o lucro almejado pelo particular será sempre incerto, pois é da essência dos contratos de concessões que o serviço seja prestado por sua conta e risco (art. 2º, II, da Lei n.º 8.987/1995). Costuma-se utilizar o termo *álea ordinária* para os riscos que devam ser suportados pelos particulares, que basicamente compreendem os casos de perda de produtividade, redução do volume de tráfego em desacordo com o previsto, má gerência da atividade e inflação de seus próprios custos<sup>54</sup>.

Assim, existem situações que podem alterar as condições iniciais do contrato e o risco deve ser assumido pelo concessionário do serviço público, porém, há riscos que são imprevisíveis e que não podem ser integralmente suportados pelo contratado. Estes riscos são classificados na *álea extraordinária* e são riscos em que o poder concedente deve intervir e eliminar as perdas do concessionário com o devido reequilíbrio do contrato. Basicamente o dever de

---

divisão de riscos entre os parceiros público e privado: “A lei remeteu o assunto ao contrato de concessão (art. 5º, III). Não existe uma divisão natural de riscos. Tudo tem a ver com a viabilidade econômica, bem como com a equação formada pelos encargos e remuneração do concessionário. Assim, é perfeitamente possível que, em uma concessão rodoviária patrocinada, o risco de demanda seja total ou parcialmente assumido por qualquer das partes, a depender do contrato. A circunstância de a Lei de Concessões definir a concessão de serviço público como aquela em que o concessionário atua ‘por sua conta e risco’ (art. 2º, II) não importa devam ser atribuídos ao concessionários ‘todos os riscos’” (SUNDFELD, Carlos Ari, “Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas”, *In: Parcerias Público-Privadas*, coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros Editores, p. 39, 2007).

<sup>53</sup> Neste aspecto, o Prof. Jacintho Arruda Câmara observa que o fato da tarifa ser cobrança diretamente dos usuários não é a característica identificadora de regime de concessão: “Em resumo, há se de concluir que não há necessidade absoluta de que a tarifa seja paga diretamente pelo usuário para caracterizar um legítimo regime de concessão. Em primeiro lugar, a legislação admite receitas alternativas que podem compor o total das receitas das concessionárias, e em dados serviços chega a eliminar a necessidade de cobrança de tarifas de usuários (é o caso da radiodifusão). Além disso, há tarifas cobradas pelo poder concedente e repassadas às concessionárias, bem como tarifas pagas por outras prestadoras de serviço (prática geralmente acompanhada da segmentação dos serviços)” (CÂMARA, Jacintho Arruda. *op. cit.*, pp. 57).

<sup>54</sup> Cf. CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. “O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias”. *in: Revista do Advogado* [publicada pela AASP]. São Paulo, ano XXIX, n.º 107, dez., 2008, p. 28.

reequilibrar ocorre nas hipóteses de sobrevirem fatos supervenientes, fatos imprevisíveis (ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis), ou fatos extraordinários (art. 65, II, da Lei n.º 8.666/93), estes últimos quando resultantes de *fato da administração, fato do príncipe* ou *teoria da imprevisão*<sup>55</sup>.

Assim, os riscos – ou áleas – são divididos em **ordinários** e **extraordinários**, basicamente o concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento e a Administração Pública assumiria os riscos extraordinários, assim compreendidos como *“risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado.”*<sup>56</sup> Não poderia ser diferente, o particular ao assumir a prestação do serviço público passa a exercer uma função de colaborador do Estado, assim, os riscos da álea extraordinária assumidos pela Administração Pública seriam os mesmos que recairiam sobre ela (Administração) se não tivesse havido a colaboração do particular. Evita-se, com isso, injustiça nas hipóteses de oneração excessiva de uma das partes, em virtude de situações imprevistas (teoria da imprevisão).

Deveras, não se trata de qualquer desequilíbrio que dará ensejo para o particular requerer o reequilíbrio, como bem observa o Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral: *“Em outras palavras: é necessário que o desequilíbrio seja qualificado pelo ordenamento jurídico.”* E conclui *“O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico.”*<sup>57</sup> O Prof. Jacintho Arruda Câmara também enfatiza:

---

<sup>55</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre estas teorias, consultar a obra *Curso de Direito Administrativo*, do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. Em breve síntese: **Fato da Administração** – comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado; **Fato do Príncipe** – qualquer comportamento do Poder Público que tiver repercussão sobre o equilíbrio econômico do contrato. Vale enfatizar que para configurar a teoria do fato do príncipe o comportamento nunca será irregular e nem mesmo incidirá diretamente sobre o contrato, apenas repercutirá sobre ele por motivos alheios; e **Teoria da Imprevisão** – também chamada de cláusula *rebus sic stantibus* está ligada a noção de incidentes econômicos que acabam por repercutir no aspecto econômico-financeiro do contrato administrativo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 614 e ss.).

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, p. 98, 2002.

<sup>57</sup> CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos, *op. cit.*, p. 28.

*“Mudanças relevantes cujos custos, porém, sejam absorvíveis em face das peculiaridades e da dinâmica contratual não significam a quebra do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Esta somente se caracterizará nas hipóteses em que for demonstrada a ruptura com o padrão contratual estabelecido inicialmente.”<sup>58</sup>*

É possível, por exemplo, afirmar que o concessionário de serviço público rodoviário deva ser condenado a indenizar os danos materiais de uma colisão de automóveis ocorrida em razão de um animal que atravessava a rodovia por conta de seu dever de fiscalização do serviço concedido (risco do negócio compreendido na álea ordinária)<sup>59</sup>. Em contrapartida, não é facilmente possível admitir que o concessionário seja obrigado **a construir um número exorbitante** de passarelas, que não estavam previstas no contrato de concessão, em razão do alto índice de atropelamentos em determinado ponto da rodovia (riscos imprevisíveis compreendidos na álea extraordinária).

É certo, então, que a Administração Pública tem o dever de reequilibrar o contrato em razão de alguns comportamentos do Poder Público que tiverem repercussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, porém, da mesma forma também é certo que esta teoria deva ser aplicada somente para comportamentos da Administração Pública compreendida como Poder Executivo, havendo discussões doutrinárias, até mesmo, de não aplicar a *teoria do fato do príncipe* quando a causa que influenciou no aspecto econômico foi ocasionada por ente federativo diverso do contratante<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda, *op. cit.*, p. 170.

<sup>59</sup> Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Cabe à concessionária zelar pela rodovia em todos os seus aspectos. Ademais, a possibilidade de um animal adentrar a pista se insere no risco da atividade econômica da ré” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 647710. Recorrente: José Guilherme Leonel de Rezende Forster. Recorrido: Concessionária Rio-Teresópolis S/A - CRT. Rio de Janeiro. Data: 24.10.2006).

<sup>60</sup> Caio Tácito entende que nestes casos, quais sejam, quando a pessoa jurídica de direito público é diversa da contratante, seria aplicada a teoria da imprevisão (TÁCITO, Caio *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 168, 2001).

Como ficaria, então, a situação abordada na presente monografia, qual seja, de decisões do Poder Judiciário que influenciam de forma contundente no aspecto econômico-financeiro do contrato administrativo travado no âmbito do Poder Executivo, entre os entes federativos (União, Estados, Município e Distrito Federal) e o particular?

Afirmo, desde já, que o tema não é discutido nos manuais e é altamente capcioso, podendo gerar consequências de grandes proporções para qualquer linha de pensamento que se pretenda defender. Estaríamos diante de uma nova figura da *teoria do fato do príncipe* que seria o **fato do príncipe judicial**, ou seja, decisões judiciais que interfiram no aspecto econômico-financeiro do contrato administrativo.

A dúvida se põe porque já se afirmou, em diversas obras doutrinárias que estudaram o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, que esta garantia seria o **elemento essencial do contrato, condição de legalidade, elemento verdadeiramente contratual**, de que haveria um **dever de sua preservação**, porém todas estas afirmações dizem respeito à impossibilidade de a Administração Pública alterar o aspecto econômico do contrato, porém não é certo que isto se aplique, da mesma forma, às decisões judiciais que interfiram no aspecto econômico-financeiro do contrato.

Na linha do Prof. José dos Santos Carvalho Filho poderíamos sustentar que o *príncipe* seria o Estado ou, nas palavras do autor, “*qualquer de suas manifestações internas*”<sup>61</sup>, podendo-se admitir uma possível aceitação à tese da possibilidade da configuração do fato do príncipe por influência de Poder diverso daquele que contratou.

Há, também, argumentos convincentes para sustentar, até mesmo, a impossibilidade de interferência judicial em determinadas situações envolvendo a Administração Pública. O Prof. Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, comenta um acórdão do Superior Tribunal de Justiça em que se negou juridicidade a uma

---

<sup>61</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 168,

liminar de primeiro grau que obrigava a Administração Pública local a executar uma determinada obra para combate da poluição. Sustenta, o autor, que o Poder Judiciário deve observar os limites de sua competência quando se trata de interferência judicial nas atividades da Administração Pública, vejamos:

“Não há dúvidas que, do ponto de vista social e mesmo do ponto de vista constitucional, das opções políticas constitucionais, enfim, o combate ou a proteção ao meio ambiente é desejável. Mas o Ministro José Delgado sustenta neste acórdão que, mesmo não havendo dúvidas quanto à finalidade pública a ser atingida, **é impossível ao Judiciário determinar a realização de uma obra pública porque seu regime jurídico de direito administrativo está fora das atribuições do Poder Judiciário.** É necessária dotação orçamentária, licitação ou dispensa, contratação, etc. Daí a cassação daquela liminar.”<sup>62</sup>

O autor finaliza seu comentário com o seguinte trecho: *“No acórdão consta expressamente que até se concorda que o meio ambiente deve ser protegido, mas o Judiciário não tem meios para obrigar ou compelir o administrador público a empreender determinada obra, por força do regime jurídico desta obra. Neste sentido o Poder Judiciário só pode corrigir eventuais desvios da Administração Pública.”* Mais adiante, parafraseando o Prof. Flávio Yarshell, em sua dissertação de mestrado, o citado autor sustenta que *“não se pode perder de vista que o processo civil, mesmo na sua concepção destinada à persecução de finalidades sociais, não cria direitos materiais. O Judiciário não pode determinar a realização de uma obra porque ele não pode criar uma dotação orçamentária inexistente.”*<sup>63</sup>

Enfim, o tema é instigante e merece estudos, havendo argumentos dos mais variados e de grandes estudiosos do direito – conforme os citados acima. O importante para o trabalho seria discutir as hipóteses em que já houve a interferência judicial e saber, nestes casos, como ficaria o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato*. Seria possível afirmar que o Poder Judiciário não poderia, da mesma forma, interferir no aspecto econômico do contrato e, se o fizer, deveria

---

<sup>62</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. “Debates: limites ao controle judicial da Administração: Professores Arruda Alvim e Cassio Scarpinella Bueno”. *in*: \_\_\_\_\_; SUNDFELD, Carlos Ari; (coords.), *Direito Processual Público - a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 250.

<sup>63</sup> BUENO, Cassio Scarpinella, *ibidem*, p. 251.

a Administração concedente reequilibrar o contrato com a previsão do respectivo recurso para o concessionário dar cumprimento à sua decisão?

A meu ver, o tema é excessivamente árduo, pois envolve uma série de assuntos político-orçamentários tormentosos, assim como a **necessidade de dotação orçamentária** específica; possível alegação de **violação ao princípio da separação dos poderes**, por caber ao Poder Executivo – e não ao Judiciário – o manejo de recursos públicos; e que dificilmente se chegará a um acordo pacífico, ou seja, seria o início de uma discussão sem grandes possibilidades de se encontrar uma solução.

Pensando em toda esta problematização, a proposta do presente trabalho seria a de permitir que somente o titular do serviço público rodoviário fosse parte legítima em ações que tenham por objeto a discussão de obrigações sem previsão no contrato de concessão, pois toda a celeuma só ocorre nestes casos, tendo em vista que quando o particular é condenado a dar cumprimento a algum dever contratualmente previsto, não importa a fonte de recursos financeiros a que ele tenha que recorrer, pois ele se comprometeu desde o início do contrato a dar cumprimento às suas obrigações e terá de cumprir a ordem judicial sem cogitar em possível pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo que, para isso, importe na falência do contratado e seja extinto o contrato de concessão.

O que se está querendo afirmar é que o particular tem o dever de cumprir as suas obrigações contratuais (*pacta sunt servanda*), mas não se pode admitir que o concessionário passe a assumir obrigações maiores àquelas que estavam previstas no momento em que foi celebrado o contrato. Momento este, como já foi dito, em que o colaborador privado teve a oportunidade de avaliar os seus investimentos e retornos para entrar na disputa pelo contrato.

Em breve síntese e respondendo as questões deste capítulo, o lucro do concessionário somente poderá ser alcançado se as condições iniciais do contrato se mantiverem até a sua conclusão. Sabe-se que a concessão rodoviária

é um contrato de risco, porém, mesmo assim, existem mecanismos para que o contratado não seja prejudicado em toda e qualquer situação. Assim, não cabe à Administração (muito menos ao Poder Judiciário), alterar as obrigações do contratado sem prever os recursos que suportem os custos para implementação das novas obrigações.

***Sexta ideia:*** não pode a Administração Pública, nem mesmo o Poder Judiciário, desrespeitar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

### **CAPÍTULO III**

#### **3. Obrigações do concessionário de rodovias**

Não é trivial para o presente trabalho a análise sobre as obrigações do concessionário de rodovias, pois somente com um estudo pormenorizado destas obrigações é que poderemos concluir sobre qual tipo de obrigação o concessionário terá legitimidade passiva para responder em possíveis ações judiciais que vierem a ser propostas e em quais delas em que o particular não terá esta legitimidade. Para isso, as obrigações serão divididas em três grupos, quais sejam: (1) as obrigações da concessionária previstas no contrato de concessão; (2) novas obrigações não previstas no contrato de concessão; e os (3) direitos de terceiros criados a partir da interpretação extensiva de normas de conteúdo indeterminado.

##### **3.1. Obrigações contratuais da concessionária de rodovias**

Primeiramente, cumpre afirmar que o presente estudo não pretende retirar a responsabilidade do concessionário em relação às suas obrigações, muito pelo contrário, afirmar-se-á a todo instante que o concessionário é responsável por tudo aquilo que foi incumbido no momento de sua contratação e, como veremos,

por se tratar de um contrato extremamente complexo e de longo prazo, a quantidade de obrigações é muito grande<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> A título de exemplo segue a transcrição do capítulo de obrigações do **Contrato de Concessão da Rodovia Presidente Dutra n.º DNER/PG-137/95-00**: “Dos Direitos e das Obrigações da CONCESSIONÁRIA; 81. Sem prejuízo do cumprimento dos encargos previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, incumbe à CONCESSIONARIA: a) prestar serviço adequado; b) manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; c) prestar contas ao DNER e aos usuários, na forma e na periodicidade estabelecida neste CONTRATO, sobre a gestão das atividades vinculadas à concessão, compreendido, inclusive, os aspectos relativos à execução das obras e serviços de engenharia e de operação da RODOVIA; d) permitir aos encarregados da fiscalização da concessão livre acesso, em qualquer época, aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, assim como às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes ou vinculadas à concessão; e) prestar as informações que lhes forem solicitadas pelo DNER, bem assim elaborar relatórios periódicos, conforme definido neste CONTRATO. f) cumprir e fazer cumprir as normas regulamentares da concessão e as cláusulas deste CONTRATO; g) promover desapropriações e instituir servidões administrativas, seja por acordo ou por intermédio de ação judicial, de imóveis declarados de utilidade pública, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços vinculados à concessão, bem assim propor limitações administrativas de caráter geral ao uso de imóveis limítrofes à faixa de domínio da RODOVIA e ocupar, provisoriamente, sobreditos imóveis, para a finalidade indicada; h) zelar pela integridade dos bens vinculados a concessão; i) desenvolver projetos comerciais associados à concessão, nos termos previstos neste CONTRATO; j) captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à execução da concessão. 82. Incumbe, também, à CONCESSIONÁRIA: a) adotar todas as providências para garantir a fluidez dos fluxos de tráfego na RODOVIA, em nível de serviço adequado; b) garantir o pronto restabelecimento do tráfego, caso interrompido, com a eliminação de obstáculos e impedimentos ao fluxo, ainda que posteriormente possa requerer indenizações de terceiros, quando for o caso; c) executar todas as obras, serviços e atividades relativos à CONCESSÃO com zelo, diligência e economia, procurando sempre utilizar a melhor técnica aplicável a cada uma das tarefas desempenhadas e obedecendo rigorosamente às normas, padrões e especificações adotados pelo DNER para essa classe de RODOVIA, garantindo o tráfego em condições de segurança; d) implementar obras destinadas a aumentar a segurança e a comodidade dos usuários, assim como executar obras de expansão de capacidade da RODOVIA, sua modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos seus equipamentos e instalações, para garantir a continuidade da prestação de serviços em nível adequado, nas condições estabelecidas neste CONTRATO; e) adotar todas as providências necessárias, inclusive judiciais, à garantia do patrimônio da RODOVIA, inclusive de sua faixa de domínio e de seus acessos; f) submeter à aprovação do DNER, por escrito e com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o esquema de circulação alternativo que pretende adotar quando da realização de obra que obrigue e à interrupção de faixa ou faixas da RODOVIA; g) divulgar, adequadamente, ao público em geral e ao usuário em particular, a ocorrência de situações excepcionais, a adoção de esquemas especiais de operações e a realização de obras na RODOVIA, em especial aquelas que obriguem a interrupção de faixa ou faixas da RODOVIA; h) elaborar e implementar esquemas de atendimento a situações de emergência, para tanto mantendo disponíveis recursos humanos e materiais; i) apoiar a ação das autoridades e representantes do Poder Público, em especial da polícia, dos bombeiros, da defesa civil, da saúde e das Forças Armadas; j) zelar pela proteção dos recursos naturais e ecossistemas, respondendo pela obtenção das eventuais licenças exigidas pelos agentes de proteção ambiental; l) aceitar todas as medidas tomadas pelos responsáveis investidos de autoridade de trânsito que se fizerem necessárias à garantia da fluidez do tráfego e da segurança dos usuários, em caso de acidentes ou situações anormais à rotina; m) providenciar para que seus funcionários e agentes, bem assim os de suas contratadas, encarregados da segurança de bens e pessoas sejam registradas junto às repartições competentes, portem crachá indicativo de suas funções e estejam instruídos a prestar apoio a ação da autoridade policial; n) manter, nas praças de pedágio, sistema inviolável de registro aprovado pelo DNER, de reclamações e sugestões do usuário ou queixas relativas a prestação de serviços da CONCESSIONARIA ou de seus agentes e prepostos; o) cumprir e responder às determinações da Lei n.º 6.514, de 22 de dezembro de 1977, e da Portaria n.º 3.214, de 8 de junho de 1978, que aprovam as normas relativas à segurança e medicina do trabalho; p)

Relativamente às obrigações da concessionária previstas no contrato de concessão, não restam dúvidas de que ela possui legitimidade passiva para figurar em ação judicial envolvendo a discussão de possível descumprimento de seus deveres. Dentre o rol de obrigações listadas a título de exemplo (nota de rodapé n.º 64), estudaremos algumas delas no intuito de analisar o grau de responsabilidade – e consequente legitimidade passiva – do concessionário de rodovia. Vejamos:

***Contrato da Rodovia Presidente Dutra (n.º DNER/PG-137/95-00)***

“82. Incumbe, também, à CONCESSIONÁRIA:

(...)

“d) implementar obras destinadas a aumentar a segurança e a comodidade dos usuários, assim como executar obras de expansão de capacidade da RODOVIA, sua modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos seus equipamentos e instalações, para **garantir a continuidade da prestação de serviços em nível adequado**, nas condições estabelecidas neste CONTRATO”

A escolha desta obrigação contratual se deu em razão da complexidade de seu cumprimento. Esta cláusula contratual está intimamente ligada à própria disposição legal prevista nos artigos 6º, §§1º e 2º, e 23, V, da Lei n.º 8.987/95:

***Lei n.º 8.987/95***

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

---

responder pelo correto comportamento e eficiência do pessoal sob sua direção podendo o DNER exigir a retirada de qualquer pessoa cuja permanência seja considerada, a seu exclusivo critério, inadequada ao bom andamento dos trabalhos; q) adotar os meios especiais de identificação para o seu pessoal de acordo com o estipulado pelo DNER; r) respeitar, na execução das obras e serviços, as características ambientais do local de execução, obrigando-se ainda a transportar, para o local identificado e aprovado pelo DNER e pelos agentes de proteção ambiental os materiais de bota-fora, entulhos e lixos de qualquer natureza, provenientes das obras e serviços que venha a realizar; s) manter em pontos adequados próximos das praças de pedágio, sinalização indicativa do valor das tarifas de pedágio vigentes; t) submeter à prévia aprovação do DNER a desativação e baixa de bens móveis integrados à concessão; u) controlar todos os terrenos e edificações integrantes da concessão e tomar todas as medidas necessárias para evitar e sanar uso ou ocupação não autorizada desses bens, mantendo o DNER informado a esse respeito; v) efetuar os necessários entendimentos com as Prefeituras Municipais ou com os respectivos beneficiários para a construção, reformulação ou remoção de acessos, em conjunto com o DNER quando for o caso. 83. Incumbe à CONCESSIONÁRIA a execução das obras e dos serviços concedidos. 84. As contratações de mão-de-obra feitas pela CONCESSIONÁRIA serão regidas, exclusivamente, pelas disposições de direito privado aplicáveis e, quando for o caso, pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre aqueles contratados pela CONCESSIONARIA e o DNER.”

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

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

(...)

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações.”

Neste caso, o contrato e a lei exigem que os serviços prestados devam ser adequados, o que inclui a noção de **atualidade** que compreende “*a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço*” (art. 6º, §2º). Esta obrigação se dá em razão dos longos prazos dos contratos de concessões de rodovias que variam, em geral, entre 20 e 25 anos – tempo necessário para o particular amortizar os vultosos investimentos iniciais e respeitar a modicidade tarifária – que obriga o particular a sempre investir para manter o serviço nas condições de comodidade e de segurança em que se incumbiu no momento da contratação.

Diante de uma disposição contratual tão genérica como esta, pela qual podemos extrair um número enorme de casos em que poderíamos ser capazes de afirmar que o particular teria o dever contratual de cumprir, faremos uma simulação hipotética para analisar até onde vai a responsabilidade do concessionário. Por exemplo, em uma ação judicial requerendo a construção de três passarelas em pontos estratégicos da rodovia onde ocorreram muitos atropelamentos em determinado período poderia ser considerado correto envolver o concessionário no pólo passivo da ação, tendo em vista que ele se obrigou a “**implementar obras destinadas a aumentar a segurança e a comodidade dos usuários**”, porém, a mesma conclusão não poderia ser tão facilmente extraída de possível ação judicial requerendo a construção de **trinta passarelas**, pois, neste caso, a legitimidade passiva deveria ser atribuída à pessoa jurídica de direito público que possui a titularidade do serviço público, tendo em vista que a implementação desta obrigação no contrato de concessão em andamento poderia inviabilizar o aspecto econômico-financeiro do contrato e, ademais, a exorbitância da quantidade de passarelas **descaracterizaria a própria previsão contratual**.

Vale, neste ponto, menção à decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve a legitimidade passiva da concessionária reconhecida pela sentença do juízo *a quo*, em ação promovida por morador de residência próxima à Rodovia Castelo Branco, que passou a ser assolada por enchentes em razão de obras realizadas pela concessionária da rodovia<sup>65</sup>. Decidiu-se que a concessionária teria causado prejuízos ao autor em razão de falhas na execução de uma obra que era de sua responsabilidade. Um trecho da decisão evidencia a confirmação de responsabilidade do particular: *“Não é possível, nesta etapa, o argumento de que apenas cumpria o quanto determinado pelo Poder Público. Se as obras foram por ela realizadas, evidenciada está, em princípio, sua legitimidade para responder por eventuais prejuízos causados”*.

A legitimidade passiva e a responsabilidade da concessionária de serviço público, nestes casos, devem ser confirmadas, pois o vínculo existente entre ela e a Administração Pública não prejudica eventuais direitos de terceiros. No caso acima o morador alega que sofreu danos por condutas imputáveis à concessionária e, por isto, esta é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação. Vejamos as lições de Rui Stoco:

“Como não se desconhece, nem se controverte, as concessionárias ou permissionárias são prestadoras de serviço público por delegação. Exercem atividade privativa do Estado, mas que a norma constitucional permite que essa exploração seja direta, pelo próprio Poder Público, ou mediante autorização, concessão ou permissão (CF, art. 21, XII, “e”), legitimando as pessoas jurídicas de direito privado a exercer aquela atividade privativa.

“Na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado, mas prestando serviço público, equiparam-se ao Estado para efeito de responsabilidade civil, como já havíamos acentuado ao longo deste capítulo.

“Portanto, em linha de princípio, pode-se afirmar a incidência do art. 37, §6º, da Constituição Federal, de sorte que tanto as pessoas jurídicas de direito público como as de direito privado, mas prestadoras de serviço

---

<sup>65</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 990.10.305480-6. 9ª Câmara de Direito Público. Agravante: Concessionária de Rodovia VIAOESTE S/A. Agravado: Adão Martins Pereira. Osasco, 07 de julho de 2010.

<sup>66</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1107.

público, respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.”<sup>66</sup>

Pretende-se, com isso, afirmar que o concessionário possui responsabilidades – e não são poucas - sobre o serviço concedido, mas as responsabilidades devem estar de acordo com os direitos (recursos) previstos no contrato sob pena de inviabilizar um serviço público que possivelmente venha sendo prestado de forma eficaz. Ações judiciais, por exemplo, que visem à adoção de providências para garantir a fluidez dos fluxos de tráfego na rodovia; para manter sinalização indicativa do valor das tarifas de pedágio vigentes em pontos adequados próximos das praças de pedágio; ou que obriguem a divulgação adequada ao usuário sobre a ocorrência de situações excepcionais e a adoção de esquemas especiais de operações e da realização de obras na rodovia (trechos extraídos das obrigações do contrato NovaDutra – nota de rodapé n.º 64) podem e devem ser propostas diretamente em face do concessionário da rodovia, tendo em vista que são obrigações previstas nos contratos de concessões.

***Sétima ideia:*** o concessionário possui legitimidade passiva para figurar em ação judicial envolvendo o descumprimento de obrigações contratualmente previstas.

### **3.2. Novas obrigações não previstas no contrato de concessão**

Em relação ao segundo grupo de obrigações, quais sejam, às novas obrigações não previstas no contrato de concessão, ou seja, ações judiciais que visem a satisfação de direitos que não estão contemplados entre as obrigações previstas no contrato de concessão, vale antecipar a conclusão e afirmar, desde já, que a melhor solução jurídica seria a de acionar o titular do serviço público, pois cabe a ele a decisão sobre qual a melhor forma de satisfazer o interesse público, como já foi dito, seja executando a ordem judicial diretamente, seja alterando o contrato de concessão em andamento para impor a nova obrigação para o concessionário (com o devido reequilíbrio econômico), ou, ainda, abrindo

novo processo licitatório para contratar um novo particular que possa executar a ordem judicial<sup>67</sup>.

Vejam as duas discussões que tratam sobre estas novas obrigações e, após a exposição destes exemplos, poder-se-á construir uma análise jurídica acerca da legitimidade passiva do concessionário nestes tipos de obrigações, no intuito de demonstrar que a melhor solução é a sustentada no parágrafo anterior. O primeiro exemplo, ainda que não se trate de ação judicial, mas apenas de inquérito civil, será bastante ilustrativo para a linha argumentativa deste estudo. Em agosto de 2000, uma concessionária de rodovias foi intimada pela Promotoria de Justiça do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo para responder ao Inquérito Civil n.º 151/00, que tratava sobre a mitigação de ruído do

---

<sup>67</sup> Logicamente que há uma grande resistência do poder concedente em aceitar esta legitimidade passiva. Veja-se o seguinte caso em que um morador da região do Km. 192,5 da Rodovia Presidente Dutra moveu uma ação em face da Concessionária NovaDutra, União, DNIT e ANTT, em razão do fechamento do acesso à sua residência e pesqueiro, localizado na Estrada dos Índios/SP, sob a alegação de que o acesso existia há muito tempo (o morador morava no local há 20 anos) e a concessionária NovaDutra bloqueou o acesso com um muro de dois metros e, atualmente, o único acesso é por um posto de gasolina (propriedade alheia) localizado a 300 metros do acesso anterior. O pedido principal é o de reconstrução do acesso à Estrada dos Índios e o direito ofendido é o de proteção possessória. **O interessante nesta ação é que todos os réus alegaram ilegitimidade passiva. A União por força do contrato de concessão firmado entre o DNER e a NovaDutra; a ANTT por atuar somente na fiscalização dos contratos de concessões; o DNIT por não ser o sucessor do DNER, tendo sido transferidos apenas os bens móveis, alguns convênios e alguns contratos que envolviam o setor rodoviário, com exceção desta rodovia, e a NovaDutra por estar subordinada à ANTT, por força do contrato de concessão, e ter realizado o remanejamento do acesso ao Km. 192,5 por solicitação da própria agência reguladora.** Houve indeferimento do pedido em 1ª instância. Em segunda instância o TRF da 3ª Região deferiu antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para impor a reconstrução do acesso irregular sob os seguintes argumentos: “(1) as fotografias e ilustrações juntadas demonstram que as obras produziram mais do que aborrecimentos ou inconvenientes e o acesso pelo posto de gasolina não se mostra apropriado como solução definitiva; (2) o acesso ao posto de gasolina pela via inversa poderá provocar colisão com o veículo que vier na mão contrária; e (3) entre as soluções propostas pela concessionária e o pedido do autor, deferiu-se em parte o pedido do autor para impor a construção do projeto apresentado pelo autor.”. Foi imposta multa diária à concessionária de R\$ 10 mil no caso de descumprimento injustificado do cronograma. Atualmente o processo aguarda julgamento de medida cautelar em Recurso Especial e Recurso Extraordinário a fim de dar efeito suspensivo aos recursos.

A meu ver a ilegitimidade passiva do concessionário é clara, pois, como foi alegado pela concessionária, cabe ao particular apenas executar o projeto executivo de obras e, por estar subordinado à ANTT, por força do contrato de concessão, a realização do remanejamento do acesso ao Km. 192,5 era um dever contratual imposto pela própria agência reguladora. Ou seja, o particular é um mero executor de obrigações contratualmente previstas e, por conta disso, qualquer alteração do inicialmente acordado no contrato de concessão, como construção de nova via de acesso ou possível descumprimento do projeto técnico de obras deve ser discutido com o titular do serviço público concedido e jamais com o executor temporário. (BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Agravo de Instrumento n.º 2006.03.00.000723-7. Relator: Des. Nelson do Santos. 2ª Turma. Proc. origem: Interdito Proibitório n.º 2005.6119.05426-7, da 1ª Vara Federal da Comarca de Guarulhos/SP. A ação teve início em junho de 2005.)

bairro City América por conta do ruído excessivo causado pela Rodovia dos Bandeirantes<sup>68</sup>. Em razão disso, moradores do bairro pediam a construção de barreiras mitigadoras de ruídos sob a alegação de que o máximo de decibéis permitido para um bairro residencial seria de 40DB a 50DB e foi constatada uma média de 86DB. Alegavam, assim, **violação do direito de qualidade de vida** dos moradores da região.

Dentre os argumentos da concessionária, destacavam-se os seguintes:

“(1) o instrumento que rege a concessão é o contrato de concessão e somente este documento poderia impor obrigações para a concessionária; (2) o contrato limitou-se a exigir intervenção da concessionária somente nos casos de emissão de ruídos decorrentes de realização de serviços e obras nas pistas de tráfego (Resolução n.º 01 do CONAMA); (3) as casas foram construídas quando já havia a rodovia, de modo que os moradores sabiam as condições do local; e (4) para a construção da mencionada barreira seria necessário pedir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, de tal modo que haveria modificação do valor da tarifa de pedágio.”

A Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes encaminhou parecer jurídico da Procuradoria do Estado afirmando que: *“não caberia à concessionária o encargo da aplicação de recursos para a realização de obras visando o controle do nível de ruídos, seja devido à ausência de lei regulamentadora, seja diante da inexistência de disposição contratual.”* A análise final do Ministério Público concluiu que a construção das barreiras mitigadoras de ruídos certamente provocaria um pedido de equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo – o custo internacional de barreira de concreto é R\$ 300,00 m<sup>2</sup>, que resultaria um custo de R\$ 900 mil por quilômetro – e isto demandaria uma das seguintes soluções: 1) aumento das tarifas de pedágio; 2) alongamento do prazo de concessão; ou 3) redução do ônus fixo do concessionário.

A decisão do Inquérito Civil foi de que a Rodovia dos Bandeirantes foi inaugurada antes da implantação do bairro City América e tal situação permeia-se em torno da questão de precedência de ocupação, com previsão na legislação

---

<sup>68</sup> SÃO PAULO. Ministério Público - Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Capital. Inquérito Civil n.º 151/2000. Interessado: Concessionária do Sistema Anhanguera-Bandeirantes - AUTOBAN. Promotor: Luiz Antônio de Souza. São Paulo. Data: 21.08.2000.

nacional, de forma semelhante ao que acontece com a vizinhança do Aeroporto de Congonhas. A solução difusa poderia acarretar em prejuízos de proporções maiores que o dano suportado pelos moradores. O Inquérito Civil foi arquivado e submetido ao Conselho Superior do Ministério Público, onde foi homologado o arquivamento. O processo perdurou por mais de quatro anos, sendo arquivado somente em novembro de 2004.

O segundo caso trata-se da Ação Civil Pública n.º 2005.045.002316-2, movida por moradores de Engenheiro Passos (7º distrito de Resende/RJ), diretamente em face da concessionária que administra a Rodovia Presidente Dutra e da ANTT, e tinha por objeto a reclamação sobre a cobrança de pedágio localizado em Itatiaia, pois a praça de pedágio divide o município e está instalada em trecho da rodovia que é via regular de comunicação com o restante da cidade e de intercomunicação com as cidades vizinhas do Vale do Paraíba<sup>69</sup>. O processo teve início em 2005 e as alegações foram de ofensa à **liberdade de locomoção**, ao **livre exercício da cidadania** e à **dignidade da pessoa humana**.

O pedido principal da ação seria de isenção de cobrança de pedágio para os veículos emplacados na cidade de Resende/RJ e para os veículos que realizavam transporte coletivo da linha rodoviária entre a cidade e o distrito de Engenheiro Passos. Em contestação a concessionária alegou a manutenção da modicidade das tarifas, a necessária conservação do equilíbrio econômico-financeiro e a segurança dos usuários.

Em 1ª instância, houve uma liminar concedendo a isenção do pedágio e o prejuízo da concessionária, em meados de 2006, já havia ultrapassado R\$ 5 milhões de reais, porém o contrato havia sido reequilibrado apenas parcialmente. O reequilíbrio refletiu no aumento da tarifa cobrada dos demais usuários e a concessionária informou que houve notícias de que diversos veículos de outros

---

<sup>69</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n.º 2006.001.31.301. 8ª Câmara Cível. Recorrentes: FAMAR – Federação das Associações de Moradores e Amigos de Resende. Recorridas: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A e Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Proc. Origem: Ação Civil Pública n.º 2005.045.002316-2 - 2ª Vara Cível da Comarca de Resende. Rel. Des. João Carlos Braga Guimarães. Rio de Janeiro. Data: 26.06.2007.

locais tivessem sido emplacados no DETRAN de Resende para se beneficiar da isenção.

Os argumentos da sentença de 1º grau – que concedeu a isenção do pedágio – foi de que: *“houve configuração de ônus injustificável ao cidadão resendense que necessita circular dentro do território do ente federativo para todas as tarefas do cotidiano, tais como: ir ao trabalho, estudar, fazer compras, levar as crianças à escola, ir ao cinema ou assistir a um culto religioso e a cobrança do pedágio fere o princípio da razoabilidade, pois não é justa nem razoável.”*

A sentença foi reformada no TRF da 2ª Região sob os seguintes argumentos:

“(1) nos termos do contrato celebrado entre a concessionária e a União, eventual concessão de isenção tarifária não geraria qualquer indenização, porém, neste caso a isenção foi imposta pelo Estado-juiz, sem previsibilidade a respeito da pactuação da concessão. A tarifa de pedágio é calculada pela universalidade de usuários; (2) algumas referências na sentença de 1º grau são decisões que cabem ao Poder Executivo, tal como, por exemplo, a possível mudança da praça de pedágio. No caso específico a praça de pedágio já existia antes de a concessionária assumir a rodovia; (3) a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança daquela tarifa não pode ser considerada exigência constitucional (Lei n.º 8.987, art. 9º, §1º - exige lei que obrigue o serviço público alternativo); (4) não é somente o pedágio que limita o tráfego de pessoas, mas também a falta de manutenção ou construção de rodovia. Tal situação obrigaria os cidadãos a realizar percursos mais longos ou provocaria maiores desgastes nos automóveis; (5) não há no direito brasileiro qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na cobrança de pedágio no tráfego intra-municipal. No município do Rio de Janeiro há a via pública conhecida como “via amarela” onde há cobrança de pedágio; e (6) qualquer providência acarretaria no aumento do valor da tarifa para os demais usuários, de modo a compensar as perdas decorrentes da isenção. Tal medida comprometeria o princípio da modicidade das tarifas.”

A ação encontra-se no STJ aguardando o julgamento da competência do TRF da 2ª Região, pois as autoras pretendem reconhecer a competência estadual e a falta de interesse da ANTT.

Ora, os dois casos demonstram claramente a tese que o presente estudo vem construindo, qual seja, da ilegitimidade passiva da concessionária de rodovia diante de novas obrigações não previstas no contrato de concessão. A partir dos exemplos verifica-se a quantidade de questões jurídicas que são submetidas às

concessionárias de rodovias e sobre as quais estas empresas são obrigadas a se defenderem judicialmente, causando, com isso, vultosos custos com logística processual e honorários advocatícios, algo que, sem sombra de dúvida, interferem no bom andamento da administração do contrato de concessão e na aplicação de recursos financeiros em benefício do serviço público rodoviário.

No primeiro caso a ilegitimidade passiva da concessionária é evidente, pois estamos diante de um particular que venceu um processo licitatório para exploração de uma rodovia e se obrigou a cumprir todas as obrigações previstas no contrato de concessão. A possível construção de barreira mitigadora de ruído – com o custo de R\$ 900 mil por quilômetro – deve ser discutida com o titular do serviço público concedido e este terá condições, se condenado for, de avaliar a melhor maneira para implementar a nova obrigação. Logicamente que se o particular soubesse desde o início da contratação que tal barreira mitigadora de ruído era um item do projeto executivo de obras, a sua proposta financeira seria diferente da apresentada quando se sagrou vencedor da licitação.

No segundo caso, da mesma forma, não cabe ao concessionário o remanejamento de suas receitas tarifárias, assim, a isenção de pedágio para determinado grupo de usuários deve ser discutida com o titular do serviço público. Ao concessionário coube apenas mensurar no início da contratação o valor da sua receita (considerando a totalidade de usuários) e propor sua proposta financeira. O titular do serviço rodoviário que terá condições de obedecer à possível ordem judicial que obrigue a redução da receita e, em contrapartida, terá o dever reequilibrar o contrato de concessão que possui com o particular.

Veja-se, com isso, a quantidade de ações judiciais que são propostas em face das concessionárias sem o mínimo de estudo jurídico que tenha o intuito de efetivamente descobrir quem possui legitimidade passiva para responder sobre determinado assunto. Outra possibilidade que explicaria esta prática forense seria a constatação da capacidade financeira do particular e a possibilidade de fugir de possível precatório, que, sem dúvida alguma, têm um peso bastante grande na decisão de acionar judicialmente a concessionária de serviço público ao invés do

poder público, mas esta é uma prática muito cômoda para aqueles que figuram no pólo ativo da ação e precisa ser abolida de nosso sistema.

***Oitava ideia:*** a legitimidade passiva para responder à obrigações não previstas no contrato de concessão é do titular do serviço público.

### **3.3. Direitos de terceiros criados a partir da interpretação de normas jurídicas indeterminadas.**

Este item discutirá a delimitação dos direitos dos usuários do serviço público rodoviário com um objetivo muito simples: saber quais são os limites para o reconhecimento de “direitos” perfeitamente determinados com base na interpretação de normas jurídicas de conteúdo relativamente indeterminado e, com isso, analisar a possibilidade de estes direitos serem considerados *direitos juridicamente assegurados* numa possível discussão judicial contra a concessionária de serviço público.

Antes disso, vale clarificar como é constituído o arcabouço jurídico em nosso sistema e, para isso, faremos uma breve incursão em algumas *fontes de direito* no intuito de demonstrar qual seria a única forma de criar direitos num Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que somente a **lei** pode inovar na ordem jurídica – lei esta em sentido estrito, qual seja, aquela expedida pelo Poder Legislativo – tendo em vista que *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”*<sup>70-71</sup> Destarte, quando uma lei é editada pelo Poder Legislativo, temos uma manifestação dos nossos representantes impondo qual será a melhor solução para determinado assunto. Esta regra não é diferente quando vista sob o enfoque das atuações da

---

<sup>70</sup> Art. 5º, II, Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

<sup>71</sup> Art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal.

Administração Pública, pois quando o Poder Executivo atua, ou torna concreto determinado comando normativo, o que ocorre é apenas uma concretização do que já foi decidido pelo povo. Ou seja, o princípio da legalidade é aplicado para a Administração Pública sob uma determinada ótica, obrigando ela a fazer somente aquilo que estiver determinado na lei.

O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello parafraseando as lições de Renato Alessi, define que o princípio da legalidade para a Administração Pública *“É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de **comandos complementares** à lei.”*<sup>72</sup>

Ou seja, todo o poder da Administração Pública só é válido quando seus atos estiverem em consonância com a lei (interesse público). Assim, é necessário fazer um exercício de subsunção dos atos praticados pela Administração Pública com a lei, que representa as ordens positivadas pela sociedade, para determinar se seus atos atendem aos interesses buscados pela sociedade.

Ocorre que a lei não é única fonte de direito e, nesta categoria, os **princípios gerais de direitos** aparecem com o seu papel fundamental de estruturar as normas jurídicas vigentes. Estudos sofisticados sobre a correta aplicação dos princípios gerais de direito são encontrados em grande quantidade e qualidade em livros e manuais de direito. Autor que demonstra a importância dos princípios gerais de direito em nosso ordenamento jurídico é o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, quando diz:

“O princípio, por definição, constitui-se em mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que de irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por

---

<sup>72</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.* p. 100.

nome sistema jurídico positivo. Daí porque violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.

“A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Donde, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. Entende-se, pois, que são recomendáveis os mais empenhados esforços em atendê-lo, pelo que, sua busca deve ser sempre prestigiada e favorecida em todas as oportunidades.”<sup>73</sup>

Esta é a parte comum do estudo, onde todos os estudiosos do direito simplesmente concordam, não havendo grandes divergências de opiniões. O campo onde se quer adentrar é um lado mais obscuro e tormentoso, e que vem gerando grandes transtornos nos contratos de concessões de rodovias, que é a criação de direitos inexistentes por intermédio da interpretação extensiva dos princípios gerais de direito, ou seja, ao invés de utilizar os princípios na sua função **estruturadora** do direito, passa-se a utilizar os princípios numa outra função, qual seja, a **criadora** de direitos<sup>74</sup>.

A utilização exacerbada dos princípios é uma prática que vem se intensificando nos tribunais brasileiros e precisa ser fielmente combatida e abolida do nosso sistema. Surge do pensamento comum das pessoas em achar que tudo pode ser extraído da interpretação das normas constitucionais de conteúdo

---

<sup>73</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”, *in: Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*, CARVALHO, André Castro (org.). São Paulo: MP, p. 56, 2009.

<sup>74</sup> Agustín Gordillo nos traz uma ideia de como devem ser interpretados os princípios, vejamos: “Igual conclusión cabe formular respecto de la existencia de principios dentro del orden jurídico supranacional: algunas de sus disposiciones tienen un contenido tan fuertemente valorativo que requieren una interpretación extensiva, que desborda el simple marco de cualquier interpretación literal.” E continua: “No se trata de interpretar “sagazmente” letras de la Convención o de la Constitución, para hacerlas letra muerta, sino de descubrir su contenido valorativo, su espíritu de justicia, su designio de progreso humano, y no de su lectura formal. Se trata entonces de principios rectores del sistema, fundantes de otros subsistemas, que tienen un marco normativo pero además una sustancia o contenido valorativo” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, parte general, 4ª edición, pp. VI-31-VI-32, 1997.)

indeterminado e a prática forense vem utilizando princípios vagos para justificar uma série de demandas judiciais.

Necessário enfatizar que a hermenêutica do direito não pode criar novos direitos materiais. O trabalho de interpretação visa buscar o sentido da lei, sua *ratio*, e, como foi visto no início, todos os direitos devem estar previstos no ordenamento jurídico vigente. Os exemplos trazidos no item anterior, bem como uma breve pesquisa jurisprudencial nos tribunais brasileiros, tornam evidente o que se pretende combater.

Alegação de violação do **direito de qualidade de vida**, do livre exercício da **cidadania**, da **dignidade da pessoa humana**, da **inviolabilidade do direito à propriedade**, são casos típicos de ações que buscam o reconhecimento judicial e a satisfação de direitos bem concretos por intermédio da aplicação de normas de conteúdo completamente indeterminados.

O Poder Judiciário, por sua vez, deve avaliar se possui competência para julgar este tipo de demanda, pois, trazendo este problema para o estudo das concessões rodoviárias, estaremos diante de um serviço público em que os ônus e os benefícios precisam ser criteriosamente avaliados antes de qualquer decisão, sob pena de inviabilizar o próprio serviço. A construção de direitos por intermédio de normas de conteúdo indeterminado envolve sempre decisões distributivas, ou seja, quando o Judiciário decide, por exemplo, em isentar o pagamento do pedágio de determinados moradores de bairro lindeiro à rodovia, é certo que os demais usuários da rodovia pagarão pelo uso daqueles que obtiveram a decisão judicial favorável.<sup>75</sup>

O Prof. Carlos Ari Sundfeld ensina que o Poder Judiciário deve analisar sob duas óticas as hipóteses de cabimento da interferência judicial neste tipo de

---

<sup>75</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari, "Cumprimento contratual", *in*: \_\_\_\_\_; MELLO, Marco Aurélio; FUX, Luiz; MENDONÇA DE BARROS, José Roberto. *Concessão de Rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; pp. 50-51

demanda envolvendo normas de conteúdo indeterminado<sup>76</sup>. A primeira o autor classifica como **ônus da competência**, quando o julgador, diante de questões que envolvem problemas coletivos, deve evitar de exarar uma decisão individual se não for capaz de pensar no problema como um todo, ou seja, de forma coletiva. Não se pode decidir um caso individual sem se preocupar com as consequências que aquela interpretação da norma de conteúdo indeterminado poderá gerar no serviço público como um todo. É por este motivo que a decisão de problemas coletivos a respeito de serviços públicos é atribuída a quem cuida destes problemas coletivos, ou seja, ao poder concedente, ao legislador e ao regulador, que fazem juntos essa análise.

É interessante o debate em torno da legitimidade da interferência judicial e seus limites. Vejamos a discussão do citado autor, em obra que trata sobre o direito processual público:

“O primeiro problema importa a seguinte indagação: em que medida o Judiciário tem legitimidade para interferir, bloquear, ou determinar a ação administrativa? Essa é uma discussão sempre presente que possui, é claro, um fundo ideológico muito importante, além de grande significado prático. É sempre possível dizer que as pessoas que, em algum caso, negam ao Poder Judiciário legitimidade para controlar a Administração o que querem, na verdade, é uma Administração ditatorial, que o controle judicial justamente cuida de impedir. Mas é igualmente viável o contra-argumento que aponta o caráter antidemocrático da interferência do Judiciário em tal ou qual ação administrativa, pois impede a realização dos projetos políticos aprovados pelo povo.”<sup>77</sup>

A segunda seria verificar se haveria condições de suportar o **ônus do regulador**. Nas palavras do autor *“o judiciário deve agir como se regulador fosse, identificando todas as consequências da decisão: quais são as regras técnicas a considerar, qual é o impacto daquela nova regra em toda a comunidade, quais são os ônus gerados para uns e os benefícios conquistados por outros, sob pena de a decisão judicial gerar um desequilíbrio no serviço público e na própria*

<sup>76</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>77</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. “O Direito Processual e o Direito Administrativo”. *in*: \_\_\_\_\_; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.), *Direito Processual Público - a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 25.

*coletividade*.<sup>78</sup> Assim, o juiz assumindo este papel de regulador deverá considerar a comunidade e seus problemas; deverá analisar as regras técnicas que deveriam ser aplicadas naquela situação; deverá considerar as possibilidades materiais e financeiras para a Administração dar cumprimento à sua decisão e, por último, considerar as consequências de sua decisão em relação aos demais possíveis usuários ou terceiros que tentarão obter igualmente o reconhecimento de seus direitos com base na decisão exarada.

Em suma, o Judiciário deve evitar esta prática de decidir, favoravelmente aos usuários, casos individuais que lhe são submetidos com base em normas de conteúdo indeterminado, pois a consequência disso, quando pensada de forma coletiva, pode inviabilizar um serviço público que atende a um número muito maior de pessoas. Necessário pensar, neste ponto, se o interesse público não estaria sendo prejudicado em face de múltiplas ações individuais requerendo a todo instante o reconhecimento de novos direitos.

O Prof. Carlos Ari Sunfeld sintetiza este pensamento sobre a intervenção do Poder Judiciário em assuntos que não são de sua alçada nas seguintes palavras:

“A ordem jurídica se ampliou gigantescamente e passou a distribuir direitos de modo indeterminado e aberto. Ela não se limita, como em algum passado, a atribuir e proteger direitos específicos; passou a conferir, a grupos e pessoas, *direitos em construção*. Parte importante da ordem jurídica atual se dirige ao legislador e ao administrador público e tenta antecipar seu trabalho na construção de direitos – por meio de normas iniciais, de princípios. O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, mas ele *não é* o Legislativo nem a administração e não pode substituí-los em tudo. Por isto não há solução judicial para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que construa.”<sup>79</sup>

E conclui, mais adiante:

---

<sup>78</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Concessão de Rodovias*, *ibidem*, pp. 53-54.

<sup>79</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça”, in: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e Interpretação – racionalidades e instituições* [publicada pela Fundação Getúlio Vargas - série Direito em Debate – direito, desenvolvimento e justiça]. São Paulo: Saraiva, p. 296, 2011.

“O que quero sustentar é que não existe fundamento para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, o poder de, a partir de princípios, formular soluções jurídicas específicas. A própria atitude dos juízes no decorrer do tempo mostra cautela quanto à aceitação como sua da competência funcional. Juízes podem ser mais ou menos ativistas, intervindo muito ou pouco; podem ter concepções distintas quanto à divisão de competências funcionais. Isto faz parte do jogo: o ser do Judiciário, não dos outros Poderes, o juízo quanto aos limites de sua própria atuação. Mas é inquestionável que ele não pode atuar sempre, não tem legitimidade para, em qualquer situação, transformar princípios em regras e atos.”<sup>80</sup>

A legitimidade passiva para esta terceira categoria de obrigações, a meu ver, é do poder público por ser o titular do serviço público. Não faz sentido algum o concessionário figurar no pólo passivo de possível ação que vise o reconhecimento de direitos com base em normas de conteúdo indeterminado, ou seja, **situações em que o próprio direito é algo a ser discutido** e, por este motivo, não seria possível afirmar que o concessionário tivesse assumido contratualmente esta nova obrigação.

***Nona ideia:*** não há a possibilidade de o colaborador privado responder judicialmente em situações em que o próprio direito é algo a ser discutido.

---

<sup>80</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *ibidem*, p. 298.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, apresento resumo das conclusões alcançadas ao longo do estudo para, ao final, responder sucintamente a questão central do trabalho.

a) A concessão de rodovias à iniciativa privada é uma política pública louvável que possui grande aceitação pela sociedade diante da melhoria fática nos níveis de segurança e de conforto nas rodovias brasileiras. Tal política vem sendo abalada com a prática forense, cada vez mais comum, de ajuizamento de ações judiciais diretamente em face das concessionárias de serviço público rodoviário. Vem causando, com isso, lesão ao patrimônio do parceiro privado, seja em razão das condenações, seja com os gastos com toda a logística processual. Sobretudo, a imposição de novas obrigações que não constavam nos contratos de concessões em andamento afeta sobremaneira no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

b) A concessão de rodovia é definida como *concessão de serviço público precedido da execução de obra pública*, nos termos do art. 2º, III, da Lei n.º 8.987/95, e, após a execução das obras, quando necessárias – de construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público (art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95) – o particular passa a explorar o serviço público rodoviário, já que o núcleo de atuação do concessionário passa a ser a operação de um sistema viário.

c) O Estado – assim representado por intermédio de seus entes federativos União, Estados, Distrito Federal e Municípios – é o titular do serviço público rodoviário. Nesta condição, poderá prestá-lo diretamente ou promover-lhe a prestação por pessoas de direito público interno e por pessoas da administração indireta. Poderá, ainda, sob o regime de concessão, sempre através de licitação, delegar a prestação do serviço à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que a concessionária seja remunerada e seu investimento seja amortizado mediante a exploração do serviço, que sempre será por prazo determinado.

d) A Lei n.º 10.233/2001 que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, responsável pelo maior número de rodovias concedidas à iniciativa privada, implementou uma política regulatória de compartilhamento de competências entre a agência reguladora (ANTT) e o poder concedente (União), pela qual foram conferidas atribuições tão amplas à agência que dificultou – ou até mesmo impossibilitou – a delimitação exata sobre o grau de legitimidade passiva de ambos. Diante desta dificuldade, a melhor solução jurídica seria a criação de um litisconsórcio passivo (art. 46, CPC) nas possíveis ações judiciais envolvendo a discussão sobre direitos relativos à rodovia.

e) A concessão de rodovia tem natureza jurídica de contrato administrativo e seu reconhecimento possibilita ao particular a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, que resguarda os legítimos objetivos de lucro do concessionário (art. 37, XXI, CF), e uma intervenção estatal baseada naquilo que foi contratualmente estipulado, limitando, assim, o poder de autoridade e impossibilitando uma possível intervenção estatal arbitrária ou discricionária.

f) Os contratos são instrumentos de suma importância em nosso direito e as cláusulas contidas neste documento (obrigações e direitos) são disposições em que as partes se comprometeram e, por isso, exerceram sua opção de contratar. Assim, nasce um dever de respeitar o disposto no instrumento contratual (*pacta sunt servanda*) na forma em que foi inicialmente acordado,

sendo, assim, sempre necessário que possível alteração visando o acréscimo de nova obrigação seja submetido a novo acordo, momento este em que a parte incumbida de executar avaliará a possibilidade de assumir a nova obrigação e a outra parte proporá o devido recurso (direito) para satisfazer a sua vontade.

g) Nos *contratos comutativos* as partes buscam a satisfação de seus interesses individuais e contrapostos e há equivalência entre as prestações. Pressupõe-se uma relação de igualdade onde uma das partes assume o encargo de executar determinado encargo (obrigações) e, em contrapartida, deve receber da outra parte a justa compensação pelos seus esforços (direitos). A única forma de o particular obter lucro numa relação contratual com tamanha proporção, como é a concessão de uma rodovia, seria sabendo exatamente, desde o início, quais seriam os seus encargos e a sua remuneração – e sem obscuridades em relação aos encargos.

h) O particular - concessionário do serviço público rodoviário – é um executor temporário do serviço concedido e não possui a sua titularidade. A transferência do serviço público se dá apenas em caráter temporário e por intermédio de um contrato de concessão com início, meio e fim. Suas únicas obrigações são aquelas previstas no contrato de concessão e as relativas às atividades para manter o serviço sempre adequado. Assim, o particular não pode ser surpreendido, a todo instante, com decisões judiciais posteriores obrigando a execução de novas solicitações de terceiros que não estavam previstas no cálculo inicial de sua proposta.

i) - O Poder Público, titular do serviço concedido, conserva uma série de prerrogativas e responsabilidades sobre o serviço. Cabe a ele, em muitos casos, tomar a decisão de como será viável obedecer às possíveis determinações judiciais requerendo novas obrigações não previstas no contrato de concessão que possui com o particular.

j) O regime jurídico-administrativo impõe uma série de prerrogativas para a Administração Pública e a submissão do particular a estas regras lhe garante o

direito de exigir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo que, nada mais é que o balanceamento das suas obrigações com os respectivos direitos para atendimento das conveniências recíprocas inicialmente pactuadas. Esta situação deve se perdurar durante toda a vigência do contrato, no qual o Estado – seja Administração Pública, seja Poder Judiciário – não poderá desrespeitar.

l) Mesmo havendo o risco do negócio (art. 2º, II, da Lei n.º 8.987/1995), o particular não é obrigado a suportar todo e qualquer acontecimento durante a vigência do contrato. Os riscos são divididos em duas espécies - *álea ordinária* e *álea extraordinária* – havendo, assim, situações em que os prejuízos não serão integralmente suportados pelo contratado.

m) Relativamente às decisões judiciais que interferem no aspecto econômico-financeiro do contrato administrativo e o conseqüente surgimento do dever de a Administração concedente reequilibrar o contrato com a previsão de recurso para o concessionário dar cumprimento à ordem judicial, viu-se que se trata de um tema que envolve uma série de temas político-orçamentários tormentosos e que, muito dificilmente, se chegará a um acordo pacífico. A solução sugerida pelo presente estudo seria a de permitir que somente o titular do serviço público figurasse no pólo passivo de ações judiciais que discutissem obrigações não previstas nos contratos de concessões.

n) Por fim, as possíveis obrigações do concessionário de rodovias foram divididas em três grupos, quais sejam: (1) as obrigações da concessionária previstas no contrato de concessão; (2) novas obrigações não previstas no contrato de concessão; e os (3) direitos de terceiros criados a partir da interpretação extensiva de normas de conteúdo indeterminado.

(1) Relativamente ao primeiro grupo, podemos concluir que o concessionário possui legitimidade passiva para figurar no pólo passivo de possível ação judicial que discuta o descumprimento de obrigações previstas no contrato de concessão – que não são poucas por se tratar de um contrato

extremamente complexo e de longo prazo – exatamente pelo fato de o parceiro privado ter se incumbido de cumprir todas as disposições contratuais. Vimos, ainda, que as concessionárias são prestadoras de serviço público por delegação e exercem atividade privativa do Estado. Nesta qualidade, equiparam-se ao Estado para efeito de responsabilidade civil relativamente aos danos que seus agentes causarem a terceiros (art. 37, §6º, da CF). Pudemos analisar, também, as disposições contratuais e a própria legislação que obriga o concessionário a prestar um serviço sempre adequado, que envolve, também, a noção de atualidade do serviço público. Esta característica do contrato de concessão de rodovia requer um investimento de grande vulto e obriga o particular a sempre investir para manter o serviço nas condições de comodidade e de segurança em que se incumbiu no momento da contratação.

(2) Em relação ao segundo grupo de obrigações, quais sejam, às novas obrigações não previstas no contrato de concessão, pudemos constatar a quantidade de questões jurídicas que são submetidas às concessionárias de rodovias sem o mínimo de estudo sobre a sua legitimidade passiva. Concluimos que a melhor solução jurídica seria a de acionar judicialmente somente o titular do serviço público – e sua respectiva agência reguladora – pois cabe a ele a decisão sobre qual a melhor forma de satisfazer o interesse público que, como já foi dito, poderá executar a ordem judicial diretamente, poderá alterar o contrato de concessão em andamento para impor a nova obrigação para o concessionário (com o devido reequilíbrio econômico) ou, ainda, abrir novo processo licitatório para contratar um novo particular que execute a imposição expedida pela ordem judicial.

(3) E, por fim, foi feita uma análise para descobrir quais seriam os limites para o reconhecimento de “direitos” perfeitamente determinados com base na interpretação de normas jurídicas de conteúdo relativamente indeterminado. Viu-se que somente a lei pode inovar na ordem jurídica e o exercício hermenêutico para interpretação dos princípios gerais de direito deve priorizar a sua função **estruturadora** que define a lógica e a racionalidade do sistema normativo e, jamais, criar novos direitos materiais inexistentes no ordenamento jurídico.

Conclui-se, também, que o Poder Judiciário deve analisar se possui competência para formular soluções jurídicas específicas com base em normas de conteúdo indeterminado, tendo em vista que estamos diante de um serviço público onde os ônus e os benefícios precisam ser criteriosamente avaliados antes de qualquer decisão, sob pena de inviabilizá-lo, sendo sempre necessário ponderar o problema individual do requerente e a repercussão que sua decisão pode gerar no aspecto coletivo, sob pena de causar um desequilíbrio tanto no serviço público, quanto na própria coletividade.

Com fundamento em tudo que foi exposto, respondo sucintamente a questão central do trabalho, qual seja: **a concessionária de rodovia teria legitimidade passiva em qualquer ação judicial cujo objeto fossem interesses relativos à rodovia?**

Não. O instrumento que rege a concessão de rodovias é o contrato administrativo de concessão e somente este instrumento poderia impor obrigações para a concessionária. Não havendo a possibilidade, assim, de uma intervenção estatal arbitrária ou discricionária que desrespeitasse ou sobrepusesse as previsões contratuais. O poder concedente, por sua vez, conserva prerrogativas e responsabilidades sobre o serviço público concedido e possui legitimidade passiva, em litisconsórcio com a sua respectiva agência reguladora, para responder judicialmente às ações judiciais que discutam obrigações não previstas no contrato de concessão que firmou com o particular – mero executor temporário do serviço público.

No contrato administrativo deve haver um equilíbrio entre os direitos e os deveres, de modo que não há a possibilidade de o concessionário ser obrigado a ter novos encargos – sejam impostos pela Administração Pública, sejam impostos pelo Poder Judiciário – sem ter o devido equacionamento econômico-financeiro de seu contrato que, como foi visto, é previsto em nosso sistema legal como um verdadeiro direito assegurado ao particular que se submete ao regime jurídico-administrativo e, por consequência, concorda com as prerrogativas asseguradas à Administração Pública.

Por todo o exposto, o particular – concessionário de rodovia – não é parte legítima para figurar no pólo passivo de toda e qualquer demanda judicial cujo objeto seja interesses relativos à rodovia, pois, como vimos, o estudo demonstrou a inviabilidade jurídica do reconhecimento desta legitimidade passiva nos casos de novas obrigações não previstas no contrato de concessão, bem como nos casos de supostos direitos alegados com base na interpretação de normas jurídicas de conteúdo relativamente indeterminado.

**BIBLIOGRAFIA**

- AFONSO DA SILVA, José. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. “Alteração dos contratos de concessão rodoviária”. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 15, p. 102, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- \_\_\_\_\_. “O equilíbrio econômico nos contratos administrativos”. In: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro”. In: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”, in: *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*, CARVALHO, André Castro (org.). São Paulo: MP, 2009.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Edição histórica. [a citação faz referência à primeira edição do livro que foi publicado em setembro de 1895]. 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, jun., 1977.
- BUENO, Cassio Scarpinella. “Debates: limites ao controle judicial da Administração: Professores Arruda Alvim e Cassio Scarpinella Bueno”. In: \_\_\_\_\_. SUNDFELD, Carlos Ari; (coords.), *Direito Processual Público - a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

- \_\_\_\_\_ ; SUNDFELD, Carlos Ari. “Rodovias Federais: Delegação a Estados, Concessão e Encampação”, *In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, ano 04, n. 16, abr./jun., 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. “O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias”. *In: Revista do Advogado* [publicada pela AASP]. São Paulo, ano XXIX, n.º 107, dez., 2008.
- \_\_\_\_\_. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., *Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Serviços públicos concedidos”. *In: Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, n. 1, p. 11, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O acesso a rodovias e a competência dos entes federados: federalismo solidário e articulação do Sistema Viário Nacional*. Versão eletrônica disponível em: <<http://www.sampaioferraz.com.br/images/rodovias.pdf>>. Acesso em 01.05.2011.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação Jurídica das Rodovias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, parte general, 4ª edición, pp. VI-31-VI-32, 1997.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo, Dialética, 2003.
- \_\_\_\_\_. “Concessões de Rodovias – a experiência brasileira”. In: *Parcerias Público-Privadas*, coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 250-251, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos”. In: *Revista do Advogado*. São Paulo, [publicada pela AASP], ano XXIX, n.º 107, dez., 2009.
- MACHADO, Kal. *Concessões de rodovias – mito ou realidade*. São Paulo: Prêmio Editorial, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed., [atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho]. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público – a inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/1995*. Curitiba, Edição do autor, 2010.
- QUEIROZ DE ANDRADE, Letícia, “A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias”. In: *Parcerias Público-Privadas* (coord. Carlos Ari Sunfeld). São Paulo: Malheiros Editores, p. 271, 2007
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1973 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 60.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

- \_\_\_\_\_. “O Direito Processual e o Direito Administrativo”. *in*: \_\_\_\_\_; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.), *Direito Processual Público - a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 25.
- \_\_\_\_\_. “Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas”, *In: Parcerias Público-Privadas*, coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros Editores, p. 39, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Cumprimento contratual”. *In*: \_\_\_\_\_; MELLO, Marco Aurélio; FUX, Luiz; MENDONÇA DE BARROS, José Roberto. *Concessão de Rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010;
- \_\_\_\_\_. “Princípio é preguiça”, *in*: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e Interpretação – racionalidades e instituições* [publicada pela Fundação Getúlio Vargas - série Direito em Debate – direito, desenvolvimento e justiça]. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALD, Arnoldo; GAENSLY, Marina. “Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, *in*: CARVALHO, André Castro, org., *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009, p. 69.

### **Outra fonte bibliográfica**

ABCR - Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias. *Relatório Anual 2008 da ABCR*. São Paulo: ABCR, p. 21, 2008.