

ERIKA TATIANE TINOCO DE VASCONCELOS E ALMEIDA

A REMUNERAÇÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS NAS CONCESSÕES

Orientadora: Professora Taiane Lobato

PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA (PUC – SP)
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO (COGEAE)

SÃO PAULO

2013

ERIKA TATIANE TINOCO DE VASCONCELOS E ALMEIDA

A REMUNERAÇÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS NAS CONCESSÕES

Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação da Pontifca Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (COGEAE).

Orientadora: Professora Taiane Lobato

PONTIFCA UNIVERSIDADE CATÓLICA (PUC – SP)
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO (COGEAE)

SÃO PAULO

2013

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu esposo, Thiago Romano, o qual sempre esteve ao meu lado, me apoiando, transmitindo-me muita força e energia para que eu conseguisse concluir mais uma etapa de minha vida.

Ao meu filho, João Pedro, símbolo de muito amor e ternura.

RESUMO

Devido a grande quantidade de serviços essenciais à coletividade e das dificuldades do Estado em fornecer todas essas atividades foi criada a concessão de serviços públicos, que consiste em um contrato administrativo o qual a Administração Pública por meio de um processo licitatório, delega ao licitante vencedor do certame, a execução do serviço público, em nome próprio, conta e risco e por prazo determinado mediante remuneração paga pelo usuário.

Neste sentido, será abordado neste trabalho de que forma a empresa privada, isto é, a concessionária, se remunera e quais os princípios, leis e critérios aplicados para que o serviço público seja executado de forma adequada, atingindo assim os objetivos sociais buscados pelo Estado e a obtenção de remuneração que não apenas cubra os custos da prestação de serviço, mas sim, lhe proporcione um retorno financeiro justo em termos de lucratividade.

Palavras-Chave: Tarifa, Concessão, Serviço Público, Remuneração, Empresas Privadas, Princípios, Responsabilidades, Consumidor.

ABSTRACT

Because of the large amount of essential services to the community and the difficulties of the State in offer all these activities, it was established the Public Service Concession, which consists in an administrative contract which the Public Administration through a bidding process, delegates to the winning bidder, the execution of the public service in his own name, risk and fixed-term remuneration paid by user.

In this sense, in this work, it will be cover how the private enterprise, I means, the concessionaire receives the payment and what are the principles, laws and criteria applied for the public service be properly executed, achieving the social objectives pursued by the state and obtaining remuneration not only that to cover the costs of providing service, but rather, it provides a fair financial return in terms of profitability.

Keywords: Price, Concession, Public Service, Compensation, Private Companies, Principles, Responsibilities, Consumer.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	7
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCESSÃO.....	8
2.1. CONCEITO E MODALIDADE	9
2.2. NATUREZA JURÍDICA	14
3. A REMUNERAÇÃO MEDIANTE A COBRANÇA DE TARIFAS	17
3.1. DISTINÇÃO ENTRE TAXAS E TARIFAS.....	18
3.2. REGIME JURÍDICO DAS TAXAS E DAS TARIFAS.....	20
3.3. NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA: CONTRATUAL OU REGULAMENTAR.....	23
4. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A FIXAÇÃO DAS TARIFAS	25
4.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	28
4.2. PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA.....	30
4.3. PRINCÍPIO DA ISONOMIA	32
4.4. PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	33
4.5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	34
5. TARIFA E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	36
5.1. OS INSTITUTOS QUE REALIZAM OS REAJUSTES E A REVISÃO TARIFÁRIA	40
5.2. O DIREITO DO CONCESSIONÁRIO À MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO.....	42
6. O CONTROLE DAS TARIFAS PELO PODER CONCEDENTE.....	44
6.1. OBRIGAÇÕES DO CONCESSIONÁRIO E DO PODER CONCEDENTE.....	45
7. CONCLUSÃO	54
8. BIBLIOGRAFIA	57

1. INTRODUÇÃO

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

As concessões de serviços públicos apresentam um ponto em discussão referente à remuneração do concessionário. Ocorre que, de um lado há interesses coletivos a serem atendidos, contudo, inversamente, a execução de tal serviço deverá proporcionar ao prestador a maior rentabilidade possível.

Desta forma, tendo em vista que a remuneração do concessionário é o “móvel” que o faz prestar determinada atividade, o valor cobrado pelo serviço não pode ser tão alto que dificulte ou impeça o acesso dos usuários, por ser uma prestação de serviço público.

Neste aspecto, será desenvolvido no presente trabalho um estudo o qual abordará temas relativos à forma de como o concessionário se remunera, respeitando assim, aos princípios, leis e cláusulas contratuais.

Tomou-se como ponto de partida para a delimitação do tema, breves considerações sobre concessão, seu conceito, modalidades e natureza jurídica.

No que diz respeito às concessões, há diversas modalidades sujeitas a regime jurídico diferenciado, contudo nos limitaremos somente ao âmbito das concessões de serviço público.

Ademais, será tratada a forma de como os concessionários se remuneram, trazendo a diferenciação entre taxa e tarifa, seus princípios e os aspectos quantos ao equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, analisar-se-á a responsabilidade do poder concedente e do concessionário trazendo não só uma visão administrativa, como também em relação ao Direito do Consumidor.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCESSÃO

As concessões constituem uma forma de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada que tem por finalidade a prestação de serviços dotados de forte coeficiente social.

Por meio da celebração de contrato de concessão de serviços públicos, a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público para que o execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelo usuário constituída, essencialmente, das tarifas pelo serviço prestado.

Há uma discussão doutrinária no sentido de que o concessionário atue em nome próprio. Contudo, parte da doutrina entende que o serviço prestado é em nome do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello define:

*“Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.*¹

A Lei Federal n. 8.987/95 também contribui para a fixação do perfil da concessão, ao dispor, em seu art. 2º, inciso II, que a concessão de serviço público é:

*“A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.*²

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, pg. 696.

² Art. 2º, inciso II, Lei Federal nº. 8.987/95.

Ocorre que, de um lado, as concessões se relacionam com a prestação adequada de serviços de interesse social e de outro lado, envolvem a exploração empresarial da atividade delegada, por meio de uma empresa capitalista que visa à obtenção do maior lucro possível, refletindo uma dicotomia de interesses.

Com base nisso, para que a concessão possa atingir os objetivos sociais, tais como a exploração de complexo rodoviário, a prestação de serviço de energia elétrica, transporte público, entre outros buscados pelo Estado, a remuneração do concessionário não pode constituir-se em um impedimento ao acesso dos usuários ao serviço prestado, pois seria um contrassenso uma vez que isso afastaria justamente a consecução dos objetivos sociais buscados com a sua prestação.

Desta forma, o concessionário deve ter condições de atuar de modo a obter uma remuneração que não apenas cubra os custos da prestação de serviço, mas também lhe proporcione um retorno financeiro justo em termos de lucratividade.

2.1. CONCEITO E MODALIDADE

A concessão é um instituto o qual ainda não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores.

Para o aprimoramento de nosso estudo, buscaremos primeiramente a definição do conceito de serviço público, que também não apresenta uniformidade. Sendo assim, buscaremos o conceito que melhor se adequar ao nosso trabalho para posteriormente darmos continuidade a análise do conceito da concessão.

Figura-se o serviço público entre os padrões de individualização jurídica da realidade objetiva. A sua importância nos quadros do Direito Administrativo quase, pelo confronto, lhe faz desaparecer as manifestações paralelas na esfera do direito privado.

A individualidade jurídica, a que se dá o nome de serviço público é indecisa em seus caracteres. Ora denota a predominância dos sinais caracterizadores da individualidade – pessoa, ora a predominância da individualidade – coisa.

Hely Lopes Meirelles define o serviço público como:

“Todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.³

Conforme o artigo 175 da Constituição:

“Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A ausência de uma definição legal de *serviço público* propiciou a coexistência de diversas tendências e correntes doutrinárias dispostas a conceituá-lo. De um lado são postos os que se baseiam em aspectos materiais de atividade a ser identificada para classificá-la, ou não, como serviço público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, dois elementos caracterizam o serviço público:

- a) Cunho material – Consiste no oferecimento de comodidades materiais aos administrados;
- b) Cunho formal – Relacionado ao regime jurídico aplicável.

O doutrinador reconhece, contudo, a preponderância do segundo aspecto na identificação jurídica de uma atividade como serviço público. Já o segundo elemento, o formal, a submissão a um regime de direito público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público.⁴

Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que:

“Serviço Público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que,

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros Editores, 2003.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, pg. 668.

por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade.”⁵

Ruy Cirne Lima conceitua como:

“Todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente pelo Estado ou outra pessoa administrativa.”⁶

Sem que se pretenda eleger um dos critérios como sendo o correto ou o melhor para conceituar *serviço público*, o posicionamento do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello é o que se mostra mais útil aos propósitos do presente estudo.

Isto porque, partiremos da premissa de que uma dada atividade deverá se submeter ao regime especial de serviço público, ou seja, aquele já estabelecido e fixado pelo próprio ordenamento jurídico. Desta forma, o critério mais apropriado é o de cunho formal.

Portanto, a identificação de uma atividade como serviço público será feita com base no exame de seu regime jurídico. Se estivermos diante de um regime jurídico especial em relação ao comumente aplicado às atividades econômicas em sentido estrito, estar-se-á diante de um serviço público.

Com base nessas definições, passamos a analisar o conceito de concessão.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

“Concessão é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*; 23ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2010, pg. 55.

⁶ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª edição, Malheiros Editores, pg. 203.

*econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.*⁷

Para a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro,

*“Concessão é o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”*⁸

Quanto à concessão de serviço público, referida autora entende que “é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”⁹

Lucia Vale Figueiredo exprime em sua obra o conceito de concessão de serviço público como:

*“Espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute seu nome, por sua conta e risco.”*¹⁰

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, São Paulo: Malheiros. 2008, pg. 696.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, 23ª edição, Editora Atlas, 2010, pg. 290.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, 23ª edição, Editora Atlas, 2010, pg. 294.

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, Malheiros Editores, 2007, pg. 100.

Já para Marçal Justen Filho, “concessão de serviço público é o contrato de delegação, por meio dos quais o Estado atribui a um particular o dever-poder de exercer certas competências estatais em face de terceiros.”¹¹

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defende a tese que:

*“A concessão de serviço público tem natureza híbrida: parte é contratual e parte é regulamentar. Segundo ele, a concessão tem algo realmente contratual apenas no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que este é o segmento dos chamados “contratos administrativos” que não se sujeita a alterações unilateralmente impostas pela Administração”.*¹²

No que diz respeito ao objeto da concessão, existem várias modalidades sujeitas a regime jurídico parcialmente diferenciado:

- Concessão de serviço público, disciplinada pela Lei 8.987/95 onde a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço;
- Concessão patrocinada, que constitui modalidade de concessão de serviço público, instituída pela Lei 11.079/04, conhecida como PPP (parceria público-privada), onde sua forma de remuneração é a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária da concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado);
- Concessão administrativa, também disciplinada pela Lei 11.079/04, tem por objeto a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Nesta modalidade, a forma de remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado;

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª edição, São Paulo, Dialética, 2001.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Princípios Gerais de Direito Administrativo, 3ª ed., volume I, pg. 688-689.

- Concessão de obra pública, nas modalidades disciplinadas pela Lei 8.987/95 ou pela Lei 11.079/04;
- Concessão de uso de bem público, disciplinada por meio de legislação esparsa, com ou sem exploração do bem.

Maria Sylvia Zanella di Pietro classifica a concessão de serviços públicos de que trata a Lei 8.987/95 como concessão tradicional ou comum, isto para diferenciá-la das demais concessões, em especial, a patrocinada.¹³

Neste aspecto, trataremos como objeto deste trabalho a forma de remuneração do particular somente nas concessões tradicionais.

Isto porque, tendo em vista o surgimento de novas modalidades de contratos que têm por objeto a prestação de serviços públicos (as parcerias público-privada), prolongaríamos demasiadamente se adentrássemos na esfera de remuneração do citado tipo de concessão;

2.2. NATUREZA JURÍDICA

Há várias correntes doutrinárias que tratam da natureza jurídica da concessão de maneira diversa.

Conforme doutrina contemporânea, a concessão é marcada pela sua natureza híbrida, constituída pelo elemento estatutário – regimental, institucional – e pelo elemento contratual. O elemento estatutário conteria as normas de prestação do serviço, ao passo que o elemento contratual conteria as cláusulas econômico-financeiras.

O art. 175, parágrafo único, inciso I da Constituição Federal refere-se ao instituto como contrato de caráter especial. No mesmo sentido, a Lei n. 8.987/95, que traça normas gerais sobre concessão e permissão de serviços públicos, insere no âmbito do contrato de concessão as normas relativas à prestação do serviço.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo; 23ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2010, pg. 289.

Celso Antônio Bandeira de Mello *defende a existência, ainda, de ato-condição, que se reflete na submissão voluntária do particular ao padrão estabelecido unilateralmente pelo Poder Público.*¹⁴

Para o referido doutrinador:

*“A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.”*¹⁵

Neste sentido, para o concessionário, a prestação de serviço é um meio através do que obtém o fim que almeja: o lucro. Por outro lado, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação de serviço.

José dos Santos Carvalho Filho *defende apenas a forma externa a qual será de contrato, não havendo, em consequência, que se estender a caráter contratual no que toca às cláusulas de serviço.*¹⁶

Maria Sylvia Zanella di Pietro *entende que a natureza jurídica da concessão é de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de direito público.*¹⁷

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 26ª edição. São Paulo. Malheiros, 2008.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 26ª edição. São Paulo. Malheiros, 2008 pg. 706.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2001 pg. 670.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo 23 Ed. São Paulo: Atlas, São Paulo pg. 290.

Segundo a referida doutrinadora, o conceito de contrato não é específico do direito privado, devendo ser dado pela teoria geral do direito. O citado contrato existe também no âmbito do direito público, compondo a espécie de contrato de direito público, que por sua vez, abrange contratos de direito internacional e de direito administrativo.

Isto posto, parece-nos que o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello se adequa melhor ao presente estudo pelo fato de subdividir a natureza jurídica da concessão em caráter regulamentar e contratual.¹⁸

Neste sentido, muito embora as tarifas fizessem parte da equação econômico-financeira das concessões, elas poderiam vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente.

¹⁸ *“Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram-no as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas; esta é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado. O aspecto contratual da concessão é a equação econômico-financeira concertada. Daí ser imutável unilateralmente. Dita equação é a expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão, segundo os termos constituídos à época do ato concessivo. Igualmente imutável é o próprio objeto material da concessão, isto é, o tipo de serviço concedido, no que se inclui a modalidade técnica genérica segundo a qual será prestado.”* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros Editores, 2008, pg. 708.

3. A REMUNERAÇÃO MEDIANTE A COBRANÇA DE TARIFAS

Neste item, iniciaremos a análise se a remuneração do concessionário é realizada através de taxa ou tarifa.

Parte-se do entendimento que, quando há um serviço público prestado em regime de delegação, a contraprestação normalmente é cobrada dos usuários pelo delegatário a qual se tem a natureza de tarifa, sendo inaplicável o regime jurídico das taxas.

O concessionário de serviço público explora o serviço mediante tarifas que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, basicamente, a remuneração que lhe corresponde. Isto não exclui a possibilidade de que sejam também previstas outras fontes de recursos para compor-lhe a remuneração.

O artigo 175 da Constituição Federal determina que *“sempre que o serviço público (seja ele compulsório ou não) tiver sido concedido, a sua remuneração se dará por meio de tarifa”*.

Com base nisso, Maria Sylvia Zanella di Prieto defende a tese de que:

“Não se pode admitir que a taxa seja estipulada contratualmente, em decorrência do princípio da legalidade tributária (art. 150, I da Constituição Federal). Sendo desta forma, fixada por lei, é incompatível com a concessão, devido a sua própria natureza, envolvendo, desta forma, a idéia de equilíbrio econômico-financeiro, a ser mantido precisamente por meio da tarifa.”¹⁹

Desta forma, conclui-se que a remuneração dos serviços públicos concedidos não está sujeita a um regime jurídico de direito privado, tão pouco ao regime jurídico de direito tributário, mas sim ao regime jurídico de direito administrativo que orienta a prestação de serviços públicos.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo 23ª edição. São Paulo: Atlas, São Paulo, pg. 291.

Sob este entendimento, destaca Vladimir da Rocha França “*que está vedado, constitucionalmente, que serviços públicos cuja prestação é realizada por pessoa jurídica de direito privado e sob regime de concessão comonham critério material da hipótese de incidência da taxa pela prestação de serviço público*”.²⁰

Em relação às tarifas, estas deverão ser módicas, ou seja, acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade.

Neste sentido, as tarifas constituem, de regra, a remuneração básica do concessionário, contudo, nada impede que haja receitas alternativas que têm a finalidade de favorecer a modicidade das tarifas.

Não será objeto deste trabalho a análise das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados que poderão compor a remuneração do concessionário tendo em vista que as hipóteses são variadas, mas, para exemplificar, poder-se-ia prever o direito de exploração de postos de gasolina, restaurantes, estacionamentos, etc.

3.1. DISTINÇÃO ENTRE TAXAS E TARIFAS

A figura da taxa está contemplada no artigo 145, inciso II da Constituição Federal. Este dispositivo determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir este tipo de tributo pela utilização, seja efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Trata-se da existência de uma relação jurídica de direito tributário, sujeita aos princípios constitucionais, em especial, da Legalidade e da Anterioridade.

²⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Artigo. <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/vladimir-da-rocha-franca/aspectos-constitucionais-da-hipotese-tributaria-da-taxa-pela-prestacao-de-servico-publico>

Isto que dizer que, a taxa de serviço público somente pode ser cobrada se tiver sido instituída por lei e não pode ser exigida no mesmo exercício em que a lei instituidora houver sido publicada. O mesmo ocorre com qualquer majoração do valor da taxa: só pode se dar por lei formal e a cobrança majorada não pode ocorrer no mesmo exercício financeiro em que houve a publicação da lei.

Para Lúcia Valle Figueiredo, *“a taxa é decorrência de atuação estatal, consoante os termos constitucionais, seja ela fiscalizadora, seja decorrente da efetiva prestação de serviço ou de sua disponibilidade.”*²¹

Quanto à tarifa, o fundamento está no artigo 175, parágrafo único, inciso III da Constituição Federal. Este dispositivo trata da possibilidade de delegação da prestação de serviços públicos e prevê a edição de lei que disponha sobre a política tarifária que se aplicará a essas situações.

Conforme entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello,

*“O concessionário de serviço público explora o serviço (ou a obra pública) mediante tarifa, e não taxa, que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, basicamente, sua remuneração. Considerando, é claro, que há também outras possibilidades de fontes de recursos para compor a remuneração.”*²²

A tarifa corresponde a um valor fixado administrativamente mediante um contrato de delegação de serviço público, precede de uma proposta apresentada pelo concessionário através de uma licitação na modalidade concorrência.

Reza o artigo 175 da Constituição Federal:

*“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, Malheiros Editores, 2008, pg. 110.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 26ª Edição, São Paulo. Malheiros Editores, 2008 pg. 729.

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II - os direitos dos usuários;
III - política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado”

Os termos constitucionais mencionados no artigo 175, III da Constituição Federal o qual trata de *tarifas*, afirma textualmente a necessidade de política tarifária.

Desta forma, conclui-se que a remuneração das concessionárias não se fará por taxa e sim por meio de tarifa a qual remunerará o capital de forma tal que seja este amortizado ao longo do contrato de concessão.

3.2. REGIME JURÍDICO DAS TAXAS E DAS TARIFAS

Para se definir o regime jurídico de remuneração que incide nas concessões, antes é necessário verificar o que diferencia a forma de prestação por meio de delegação da que ela é realizada diretamente pelo Estado. O serviço coletivo que é prestado por meio de delegação aplica-se o regime tributário ou tarifário?

No caso das concessões, o serviço é prestado por um particular, contudo sob regime de direito público. Isto porque se trata de uma prestação de serviço onde a titularidade da atividade é estatal.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“O concessionário se submete a um regime híbrido. Como a empresa é privada, atua sob regras de direito privado. Como prestadora de serviço público, sua relação com a Administração concedente é regida pelo direito público, isto porque a concessão é um contrato administrativo.”

23

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo 23ª edição. São Paulo: Atlas, São Paulo, pg. 291.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“As tarifas não têm natureza contratual imutável. O contrato não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público. Este é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro donde, ao poder concedente é lícito alterar, como convenha, contanto que, ao fazê-lo, mantenha a igualdade matemática substancial já estabelecida.”*²⁴

Para Joana Paula Batista, *“as tarifas submetem-se a determinados princípios que, a um só tempo, protegem o usuário do serviço, que arca com o seu pagamento, e o concessionário que elas retiram sua remuneração”*.²⁵

Um exemplo seria os casos em que dita remuneração não se obtém por meio de tarifa, mas por outra forma de exploração do serviço prestado como ocorre nas concessões de rádio e de televisão, nas quais o concessionário se remunera pela veiculação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes.

Marçal Justen Filho²⁶ destaca que:

“O regime jurídico específico das concessões pressupõe mutabilidade a qualquer tempo. Como o particular não é dotado de estruturas e garantias inerentes ao Estado, há risco de sua insolvência. A contrapartida de assumir o serviço por conta e riscos próprios é a garantia estatal de alteração da tarifa a qualquer tempo. Quando se reconhece o direito à manutenção da equação econômico-financeira e o cabimento de sua recomposição, constrói-se um regime jurídico distinto do tributário.”

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 26ª edição. São Paulo. Malheiros, 2008 pg. 729.

²⁵ BATISTA, Joana Paula. Remuneração dos Serviços Públicos. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo, Dialética, 2003.

“Onde existe concessão de serviço público, a remuneração é paga pelo usuário é a tarifa e não a taxa. Se fosse taxa, seria pura e simplesmente um contrato de prestação de serviço remunerado pelos cofres públicos. Segundo ela, o regime jurídico da taxa é incompatível com a concessão, pois a sua própria natureza envolve a idéia de equilíbrio econômico-financeiro.”²⁷

Com base nessas considerações, entende-se que a recomposição consiste justamente na alteração dos valores cobrados dos usuários a título de contraprestação. Logo, para que o restabelecimento da equação econômico-financeira possa se dar de forma imediata, a remuneração do particular deve estar sujeita a um regime jurídico que permita a sua mutabilidade a qualquer momento.

Sendo assim, esse regime jurídico é tarifário e não o das taxas, pois somente o regime jurídico tarifário permite a mutabilidade dos valores a qualquer tempo de forma a tornar viável restabelecer na via administrativa, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Se fosse tributário, ou seja, das taxas, a recomposição dependeria da edição de uma lei formal que previsse a majoração dos valores cobrados dos contribuintes. Ademais, a cobrança da taxa majorada deveria observar o princípio da anterioridade, ou seja, a cobrança somente poderia ocorrer a partir do exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei que amplia o seu valor.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo 23 Ed. São Paulo: Atlas, São Paulo pg. 296

3.3. NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA: CONTRATUAL OU REGULAMENTAR

A tarifa consiste em uma contraprestação paga pelos usuários em virtude da utilização da infraestrutura disponibilizada pelo concessionário.

Como fundamento pra sustentar o caráter contratual das tarifas tem-se dado relevo à importância que este aspecto assume na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Como elemento a integrar este citado equilíbrio, a tarifa configuraria parte verdadeiramente contratual da concessão, ou seja, estaria sujeita a alterações apenas se houvesse acordo de vontades entre as partes.

Sob esse ângulo, a tarifa é um preço fortemente regulado, controlado pelo Poder Público de diversas formas em virtude de sua relação com valores intrínsecos ao serviço público.

Desta forma, a tarifa integra a equação econômico-financeira do contrato de concessão e sob este aspecto, a tarifa é também um elemento negocial da concessão.

Celso Antônio Bandeira de Mello *exprime posição no sentido de que é possível a alteração unilateral do regime tarifário, desde que, ao final, seja respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.*²⁸

Para o doutrinador, a tarifa é um elemento sujeito ao poder de alteração unilateral da Administração.

“As tarifas, especialmente, não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual é que por isso não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público – é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Ao concedente é lícito alterar, como queira, a grandeza dela, contanto que ao fazê-lo mantenha incólume a igualdade matemática já

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, 2ª edição, Editora RT, 1987.

*estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles”.*²⁹

Com base nestas considerações, conclui-se que, embora as tarifas façam parte da equação econômico-financeira das concessões, elas podem vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, assumindo, por este prisma, caráter regulamentar e não contratual.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, 2ª edição, Editora RT, 1987, pg. 39-40.

4. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A FIXAÇÃO DAS TARIFAS

Princípios é a base mestra do direito, ou seja, o pilar de sustentação desta ciência, as bases valorativas que condicionam o ordenamento jurídico.

Conforme entendimento de José Cretella Júnior, *“Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são alicerces da ciência.”*³⁰

Os referidos princípios possuem grande importância no sistema normativo, pois todo ordenamento jurídico deve respeitar tais preceitos constitucionais. Isto porque, toda e qualquer ação da Administração Pública deve pautar-se nestes mandamentos valorativos, tanto os explícitos no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, como os implícitos.

O artigo 37, *caput* da Constituição Federal reportou de modo expresso à Administração Pública apenas cinco princípios: *“A Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.”*

Contudo, inúmeros outros merecem igualmente consagração por constarem implicitamente na legislação.

São eles:

- 1) Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (fundamenta-se na própria ideia de Estado);
- 2) Princípio da finalidade (radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade);
- 3) Princípio da razoabilidade (estriba-se também no princípio da legalidade e finalidade);

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Revista de Informações Legislativas, v.7., 1986.

- 4) Princípio da proporcionalidade (também se apoia nos princípios supracitados);
- 5) Princípio da motivação (arts. 1º, II e parágrafo único, e 5º, XXXV da CF);
- 6) Princípio da publicidade (arts. 37, caput, e 5º, XXXIII e XXXIV, b da CF)
- 7) Princípio do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF);
- 8) Princípio da moralidade administrativa (artigos 37, caput; parágrafo 4º, 85, V, e 5º, LXXIII da CF);
- 9) Princípio do controle judicial dos atos administrativos (art. 5º, XXXV da CF);
- 10) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, parágrafo 6º da CF);
- 11) Princípio da segurança jurídica.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que esses princípios não são os únicos apontados pela doutrina administrativista, fixando os publicistas inúmeros deles.

Todavia, citamos somente estes por entender mais adequado ao propósito de nosso trabalho.

Outros que também são de grande valia para o aprofundamento de nosso trabalho, são os princípios do serviço público, uma vez que o presente trabalho trata das concessões dos citados serviços.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, *tudo o que esteja constitucionalmente indicado como serviço público ou que a lei venha a configurar como tal se sujeita ao:*

- 1) *Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação seja diretamente, nos casos em que é prevista a prestação direta, seja indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, nos casos em que permitida tal modalidade, que, de resto, é a regra geral. Segue-se*

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes Temas de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2009, pg. 283.

que, se o Estado omitir-se, cabe ação de responsabilidade por danos, a teor do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

- 2) Princípio da supremacia do interesse público, em razão do que, tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; jamais os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direito de prestá-lo, daí advindo, conseqüentemente, o:*
- 3) Princípio da adaptabilidade – atualização e modernização da prestação do serviço, logicamente dentro das possibilidades econômicas do Poder Público;*
- 4) Princípio da universalidade – o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público;*
- 5) Princípio da impessoalidade – decorre da inadmissibilidade de discriminações entre usuários.*
- 6) Princípio da continuidade – impossibilidade de interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido o serviço;*
- 7) Princípio da transparência – a mais ampla liberação possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que concerne ao serviço e à sua prestação;*
- 8) Princípio da motivação – dever de fundamentar com largueza todas as suas decisões atinentes ao serviço;*
- 9) Princípio da modicidade das tarifas – deveras, se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considera-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destina devessem, para desfrutá-la, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem.*
- 10) Princípio do controle – controle sobre as condições de sua prestação;*

O foco do presente trabalho trata-se da remuneração das empresas privadas nas concessões, por este motivo, não aprofundaremos nos princípios acima expostos e sim, tão somente, aos aplicados à fixação das tarifas.

Neste sentido, importante mencionar que a fixação de tarifas não constitui ato privativo do concessionário, tão pouco considera somente os interesses do prestador. Trata-se de um ato de autoridade o qual se deve levar em conta o interesse geral na prestação de serviço.

Há diversos objetivos, muitas vezes conflitantes, que a Administração deve considerar para a estipulação de tarifas.

Esse grande conjunto de interesses e objetivos distintos deve seguir princípios que norteiam a fixação de tarifas.

Antes de iniciarmos o estudo de cada um dos princípios, apenas como informação adicional, nos casos de concorrência prévia à concessão, mesmo que o valor da tarifa derive de proposta apresentada pelo licitante, o poder concedente deve examinar a aceitabilidade da proposta tendo em vista os diversos objetivos buscados com a prestação do serviço e atendendo, obviamente os critérios previstos no edital de licitação.

4.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Entre os princípios que conduzem a atividade administrativa, destaca-se o princípio da legalidade, segundo o qual, diversamente do que acontece na seara das relações privadas, a conduta do administrador público está vinculada à lei, que exige ou faculta a realização de conduta comissiva ou omissiva. A administração está adstrita aos termos legais, só pode agir no âmbito previsto em lei.

O princípio da legalidade encontra fundamento constitucional no artigo 5º, II da CF, prescrevendo que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”*

Esclarece Hely Lopes Meirelles que,

“a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se

pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”³²

Ademais, outros preceitos constitucionais são tratados no artigo 5º, XXXII, artigo 37, caput, artigo 84, inciso IV e 87 parágrafo único, inciso II e 175, parágrafo único, inciso III da Constituição Federal.

Neste sentido, em decorrência do princípio da legalidade, é costumeira a afirmação de que a Administração Pública não pode agir contra a lei ou além da lei, só podendo agir nos estritos limites da lei.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio da Legalidade é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei.”³³

Isto quer dizer que, diferentemente do indivíduo particular que pode fazer tudo o que a lei não proíbe a Administração, somente poderá fazer o que a lei manda ou permite.

Consoante com a doutrina, o Supremo Tribunal Federal, editou duas importantes súmulas referentes ao Princípio da Legalidade. São elas:

Súmula 346 STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

Súmula 473 STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Desta forma, cumpre-nos avaliar se o concessionário, por ser um particular, deve seguir este princípio da mesma forma que os órgãos públicos.

³² MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 34ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pg.67.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 26ª edição, São Paulo. Malheiros, 2008, pg. 100.

Reza o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal: *“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”*

Conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O concessionário gera o serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional, o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.”³⁴

Neste sentido, partindo do pressuposto que a concessionária, apesar de ser uma empresa privada, seguindo, desta forma, regime jurídico de direito privado quando exercer uma atividade estatal deverá respeitar os mesmos princípios incumbentes à Administração Pública.

4.2. PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA

Uma das principais diretrizes em matéria de política tarifária foi fixada no momento em que a Lei 8.987/95 definiu o conceito de serviço adequado, um dos direitos básicos conferidos aos usuários de serviços públicos. Trata-se do princípio da modicidade das tarifas.

De acordo com o art. 6º, parágrafo 1º da Lei 8.987/95, serviço público adequado é aquele que satisfaz, entre outros requisitos, ao de modicidade das tarifas. Constitui, por força do art. 7º, I da mesma lei, um direito dos usuários de serviços públicos.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 26ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2008 pg. 750.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O princípio da modicidade tarifária significa que a tarifa deve ser praticada com o menor valor possível para cobrir os custos da operação, proporcionar o retorno dos investimentos e também conferir uma margem razoável de retorno ao prestador. Isto quer dizer que a remuneração devida pela prestação de serviço não pode ser tão elevada que a torne impossível ou excessivamente onerosa a sua utilização.”³⁵

De fato, a cobrança de tarifas sempre envolve alguma onerosidade aos usuários, mas tal onerosidade não pode ser tão excessiva.

Por outro lado, os serviços de interesse social também não podem ser prestados de forma deficitária, ou seja, as tarifas não poderiam ser consideradas como “módicas”, pois impactaria na remuneração do concessionário, caso esta fosse feita exclusivamente pela cobrança de tarifas.

Para isso, a lei cria mecanismos próprios que têm a função inibidora de tratar do valor aplicável adequadamente às tarifas.

Para o doutrinador Jacintho Arruda Câmara,

“A função inibidora do princípio da modicidade tarifária é aquela a qual mais se dá destaque. Essa função inibidora significa que o princípio da modicidade constitui um impedimento à fixação de tarifas que onerem em demasia os usuários.”³⁶

Ao conferir ao usuário de serviço público o direito de pagar tarifas módicas, a lei, indiretamente acabou autorizando ao poder concedente que adote modelos tarifários que viabilizem o atingimento deste fim.

³⁵ O fundamento do Princípio da Modicidade Tarifária está elencado no artigo 6º, parágrafo 1º e no artigo 7º, inciso I, ambos da Lei 8.987/95.

³⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda, Tarifa nas Concessões, Malheiros Editores, pg. 73.

A autorização legislativa para a adoção de medidas de política tarifária, nos termos do art. 175, parágrafo único, III da Constituição Federal é obtida a partir do princípio da modicidade das tarifas.

Neste sentido, o citado princípio, ao invés de servir como um inibidor da atuação administrativa, acaba funcionando como fundamento legal para justificar a implementação de determinados instrumentos de política tarifária.

4.3. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Em se tratando do princípio da isonomia, importante iniciar com base no conceito dado a este princípio que é de suma importância no mundo administrativo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

“este princípio traduz de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.”³⁷

Este princípio está explicitado no artigo 5º, caput e artigo 37, caput da Constituição Federal.

Quanto à isonomia entre usuários, este é um dos princípios fundamentais que regem a fixação de tarifas, seja ao vedar a realização de cobranças arbitrárias, seja como norteador na adoção de critérios de aplicação de tarifas diferenciadas.

O custo relativo ao atendimento de cada demanda pode variar em função da forma como o concessionário se organiza para prestar o serviço, o qual, inclusive pode se alterar ao longo de toda a concessão.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros Editores, pg 114.

Desta forma, definido que um serviço será remunerado por meio de cobrança de contraprestação dos usuários, surge a questão de como o concessionário irá se organizar para prestar o serviço e cobrar uma tarifa que inclusive poderá se alterar ao longo de toda a concessão.

E é por este motivo que por conta da impossibilidade de se definir com precisão os custos que podem ocorrer, precisam ser estabelecidos critérios de imputação de responsabilidades pela remuneração do serviço.

4.4. PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O equilíbrio econômico-financeiro indica a relação que existe entre encargos e vantagens das partes em um contrato administrativo.

Este também é um princípio relevante na fixação das tarifas em uma concessão.

Quando um serviço é prestado diretamente pelo Poder Público, não há que se falar em intangibilidade da equação econômico-financeira.

Contudo, nos casos em que um serviço de interesse social é prestado em regime de delegação, há previsão constitucional (artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal) e legal (artigos 9 e 10 da Lei n. 8.987/95) de que deve ser preservado o equilíbrio econômico-financeiro.

Desta forma, sendo a cobrança de tarifas um dos mecanismos de vantagens do concessionário, a sua fixação interfere diretamente no equilíbrio econômico-financeiro da delegação.

A relação entre a fixação de tarifas e o equilíbrio econômico-financeiro é bastante evidente no momento de definição dos termos concretos de uma concessão. A questão principal gira em torno da relação econômica que existe entre o risco e a remuneração.

Partimos do princípio que quanto maior o risco a ser assumido, maior a remuneração demandada para compensar correr certos riscos.

Ocorre que, quando o critério de julgamento não envolve a propositura de uma tarifa pelos interessados, a tarifa fixada pelo Poder Público apresentado no edital, caberá ao interessado avaliar se o valor estabelecido é suficiente para fazer frente aos gastos com a prestação de serviço e ainda proporcionar-lhe os resultados econômicos almejados.

A relação entre tarifas e equilíbrio econômico-financeiro não se restringe ao momento em que é fixada a equação. Por este motivo, esse princípio deve ser observado ao longo da concessão.

Desta forma, uma alteração dos encargos do concessionário deve ser contrabalanceada com a modificação das vantagens na mesma proporção.

4.5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência está fundamentado no artigo 37 da Constituição Federal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, *tal princípio não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.*³⁸

Em relação à tarifa, este princípio também é de extrema importância, pois reputa-se que a execução de uma atividade é mais eficiente quando se conseguem os mesmos resultados com a aplicação de menos recursos, ou quando se obtêm melhores resultados com os mesmos recursos. Ou seja, a eficiência se relaciona com o uso racional de recursos.

A instituição de tarifas deve sempre estimular a prestação eficiente do serviço.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros Editores, pg. 122.

Isto quer dizer que, a prestação mais eficiente do serviço deve ser estimulada por meio de tarifas, de forma que os efeitos derivados dessa maior eficiência possam resultar em benefícios aos usuários.

5. TARIFA E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Conforme tratado no capítulo anterior, o Princípio do Equilíbrio Econômico-Financeiro norteia a fixação de tarifas em uma concessão.

A observância da equação econômico-financeira está na essência dos contratos administrativos tal como concebidos no direito brasileiro.

Levam em consideração todos os aspectos da relação contratual, ou seja, prazos, condições, objeto, local de execução, entre outros, traduzindo-se em uma equivalência razoável entre o conjunto de encargos assumidos pelo contratado e as retribuições que ele irá auferir ao longo da execução de suas obrigações.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto,

“A regra do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões é princípio geral de direito administrativo que tem como conteúdo a permanência de proporcionalidade entre as obrigações das partes.”³⁹

O referido autor afirma que a manutenção da citada equação é pressuposto do instituto da concessão. Isto porque, se a concessão se apóia na perspectiva de o poder público obter uma melhoria para a coletividade sem desembolsar recursos orçamentários, qualquer desequilíbrio havido nessa relação implicaria que a Administração amealhasse bens, patrimônio em detrimento do concessionário.

*Para Clóvis Beviláqua, “o contrato é uma composição consensual de interesses e substancias uma “transfusão de vontades””.*⁴⁰

Conforme impõem a Constituição Federal (artigo 37, inciso XXI) e as leis que disciplinam os contratos administrativos (Lei n. 8.666/93, artigos 57, parágrafo 1, 58 parágrafos 1 e 2, e 65, inciso II, alínea d, Lei n. 8987/95, artigo 9, parágrafos 3 e 4) a

³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia. Revista de Direito Público, 2006.

⁴⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958.

manutenção da equivalência entre encargos assumidos e vantagens deve ocorrer durante toda a execução do contrato.

Surge daí a necessidade de procedimentos que alterem nominalmente a remuneração devido ao contratado, a fim de que haja constante observância da equação econômico-financeira da contratação no caso de aumento ou diminuição dos encargos assumidos pelo particular, evitando, desta forma, que haja enriquecimento sem causa por parte da Administração contratante, o que, data vênua, não pode ser admitida.

Desta forma, havendo desequilíbrio, põe-se em risco a continuidade do negócio.

Importante ressaltar que a continuidade do serviço público é um princípio o qual vem fundamentado em especial no artigo 39, parágrafo único da Lei 8.987/95.

Isto quer dizer que, a não recomposição do equilíbrio contratual ensejaria ou o desatendimento indireto do princípio acima mencionado ou a violação do princípio da adequação do serviço, isto porque, no primeiro caso, não se pode obrigar o particular a prosseguir permanentemente em prestação cujos pressupostos econômicos restaram superados por fatores alheios à sua vontade; ou no segundo caso, porque estando alterados os pressupostos econômicos da concessão, perecerão a qualidade, atualidade e a segurança da prestação.

Antônio Carlos Cintra do Amaral, por meio de um parecer sobre o reequilíbrio econômico-financeiro, antes de tratar do caso em tela, mencionou a teoria da imprevisão.⁴¹

Pressupõe a aplicação desta teoria nos seguintes casos:

- a) *Um fato superveniente ao contrato e imprevisível (ou previsível porém de consequências incalculáveis);*

⁴¹ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos, Licitação e Contrato Administrativo – Estudos, Pareceres e Comentários – Belo Horizonte – Editora Fórum, 2006, pg. 185.

- b) *Que esse fato se inclua na álea extracontratual ou extraordinária, e como tal estranha à vontade das partes, ou seja, caracterize-se como um fato que as partes não tenham podido evitar;*
- c) *Que ele provoque o desequilíbrio econômico ou financeiro da equação inicial do contrato.*

Parte da doutrina menciona a onerosidade excessiva como um quarto pressuposto, contudo, o doutrinador não concorda por entender que este pressuposto não é contemplado pelo direito administrativo positivo brasileiro.

Desta forma, a teoria da imprevisão é uma via de duas mãos. O dever de reequilibrar o contrato administrativo impõe-se tanto para aumentar quanto diminuir o preço contratual.

Floriano de Azevedo Marques Neto entende que:

*“Sempre que por ato próprio do poder concedente a estrutura financeira da concessão for alterada, nascerá, portanto, para o concessionário, a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção que levou ao ajuste”.*⁴²

Com base nisso, o citado doutrinador fez menção a algumas comparações entre o equilíbrio econômico-financeiro no regime de concessão e dos contratos administrativos para simples execução de obras e serviços.

Primeiro ele apresentou que na concessão, o contratado tem obrigações de fazer investimentos, expectando receber em contrapartida não só o valor aplicado às obras, como também o suficiente para remunerar o capital investido e cobrir o risco assumido.

Já nos casos de empreitada habitual, o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração.

⁴² MARQUES NETO, Florian de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia. Revista de Direito Público, 2006.

Outro ponto importante é o fato de que os contratos de concessão são de longo prazo e o equilíbrio da concessão é dinâmico, ou seja, haverá períodos em que haja mais investimentos sem retorno e outros não. Já na empreitada isso não ocorre.

Há que se considerar ainda que na concessão, há um compartilhamento de riscos. Trata-se dos fatores que venham expressamente relacionados no contrato de concessão como riscos da concessionária ou como áleas negociais explicitamente assumidas pelo particular.

Basicamente, o concessionário assume duas categorias de risco. A primeira envolve os riscos pela gestão de sua empresa, ou seja, são os riscos oriundos de eventuais falhas ou ineficiência na administração dos recursos, sejam eles, humanos, estruturais ou tecnológicos, utilizados na execução do serviço público delegado. Outra espécie de risco é de natureza externa, por assim dizer, mas está claramente imputado à administração da empresa concessionária.

Celso Antônio Bandeira de Mello bem resume a ideia geral que envolve os riscos assumidos pelas concessionárias de serviço público:

“Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojarse em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriores mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público.”⁴³

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26 edição, pg. 730, 2008.

Em determinados modelos de concessão é possível atribuir ao próprio concessionário o ônus pela oscilação na demanda de usuários do serviço público concedido.

Assim, tem-se que considerar que a retribuição do concessionário se dá pelo pagamento de tarifa pelos usuários. Portanto, os fatores de desequilíbrio podem-se dar não apenas pelo lado da variação nos encargos, como também, na modificação das receitas.

5.1. OS INSTITUTOS QUE REALIZAM OS REAJUSTES E A REVISÃO TARIFÁRIA

Numa delegação, o recebimento de tarifas constitui uma das mais importantes fontes de remuneração do prestador, sendo, por vezes, a única.

Por este motivo, o valor da tarifa é um dos fatores que influenciam diretamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Para que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão seja preservado ao longo da execução do contrato é necessário que o nível de remuneração da concessionária seja mantido em parâmetros tais que correspondam à amortização de seus investimentos e mais à justa remuneração prevista contratualmente.

A manutenção desse equilíbrio não significa o congelamento do valor das tarifas durante todo o período de execução do contrato. Pelo contrário, para que haja equilíbrio financeiro é necessário prever mecanismos de alterações tarifárias que façam com que seu valor real seja preservado e que mantenha compatível com o montante das despesas exigidas.

Neste sentido, o recebimento de tarifas é uma das vantagens do concessionário e para que haja correlação com os encargos assumidos pelo prestador, é necessária a modificação do seu valor nominal ao longo da execução do contrato. Isso se dá por meio dos mecanismos chamados: reajuste e revisão.

O reajuste representa a atualização periódica de valores mediante critérios previstos de antemão pelo edital e aceitos pelos licitantes.

Trata-se de um mecanismo de proteção contra variações inflacionárias. Para que não haja o desequilíbrio econômico-financeiro de uma concessão, as tarifas previstas devem ser reajustadas periodicamente, mediante a aplicação de índices ou fórmulas preestabelecidas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O reajuste não altera a tarifa, mas apenas o valor que a exprime. Como persistem os mesmos elementos levados em conta para o delineamento do equilíbrio da concessão, há apenas uma alteração nominal da tarifa para acompanhar na mesma proporção a modificação normal dos encargos retratada por um índice de inflação ou pela aplicação da fórmula de reajuste prevista contratualmente.”⁴⁴

Conforme determina o artigo 3º da Lei 10.210/01, a aplicação de reajuste não pode ocorrer com periodicidade inferior a um ano, contado da data limite de apresentação da proposta na licitação.

Já no caso da revisão tarifária, diferentemente do que ocorre no reajuste, não há uma alteração da tarifa apenas para readequá-la às perdas inflacionárias ocorridas em determinado período, mas sim, implica uma reavaliação do próprio valor original.

A Lei 8.987/95, em seu artigo 9º, parágrafo 2º, menciona apenas a revisão como sendo um instrumento de alteração das tarifas para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na mesma lei, todavia, é possível encontrar expressa menção às duas formas básicas de alteração, ou seja, a revisão e o reajuste.

Desta forma, reajuste e revisão não se confundem. Ambos têm o mesmo objetivo, que é a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, contudo, o reajuste apenas atualiza periodicamente a tarifa de modo a manter o seu valor real, enquanto que a revisão consiste em um procedimento mais complexo,

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros Editores, 2008, pg. 730.

que depende de fatos supervenientes inesperados que efetivamente afetem a equação econômico-financeira.

5.2. O DIREITO DO CONCESSIONÁRIO À MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Na concessão, o concessionário ao firmar um contrato administrativo assume o serviço por sua conta e risco.

E para que seja viável ao concessionário assumir a prestação do serviço por sua conta e risco é imprescindível conferir-lhe uma garantia, ou seja, é imprescindível que lhe seja dado o direito à manutenção da equação econômico-financeira. Se o equilíbrio econômico-financeiro for violado, inclusive por ato da Administração, o poder concedente tem o dever de recompô-lo completa e imediatamente, sob pena de frustrar as complexas modelagens de financiamento do contrato de concessão.

Neste sentido, explica Dinorá Musetti Grotti:

“Como já frisamos, a atribuição, ao particular, do desempenho dos serviços por conta e risco próprios apenas é possível se a remuneração a ele atribuída ficar submetida a um regime jurídico específico. O reconhecimento do direito à intangibilidade da equação econômico-financeira e o cabimento de sua recomposição na via administrativa, independentemente de previsão de lei, importam a construção de um regime jurídico distinto do tributário, por mostrar-se este incompatível com o regime jurídico da remuneração do concessionário.”⁴⁵

Uma das formas de recomposição consiste justamente na alteração dos valores cobrados dos usuários a título de contraprestação. Logo, para que o restabelecimento da equação econômico-financeira possa se dar de forma imediata,

⁴⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988, pg. 240-241. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

a remuneração do particular deve estar sujeita a um regime jurídico que permita a sua mutabilidade a qualquer momento.

Desta forma, conforme Marçal Justen Filho:

“Esse regime jurídico é precisamente tarifário e não o das taxas. Isto porque, somente o regime jurídico tarifário permite a mutabilidade dos valores a qualquer tempo de forma a tornar viável restabelecer na via administrativa e de imediato, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.”⁴⁶

Não é o caso, contudo caso fosse aplicado o regime jurídico das taxas, primeiramente seria tributário e a recomposição dependeria da edição de uma lei formal que previsse a majoração dos valores cobrados dos contribuintes. Além disso, a efetiva cobrança da taxa majorada deveria respeitar o princípio da anterioridade. Isto quer dizer que, a cobrança só poderia ocorrer a partir do exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei que amplia o seu valor.

Assim, em uma concessão, a contraprestação paga pelos usuários ao delegatário terá a natureza jurídica de tarifa. Isso porque o regime jurídico tarifário é o único capaz de efetivamente garantir o direito à manutenção da equação econômico-financeira do contrato.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo, Dialética, 2003.

6. O CONTROLE DAS TARIFAS PELO PODER CONCEDENTE

O Estado exerce uma forte intervenção na fixação das tarifas. Desta forma, o poder concedente é quem determina as tarifas em cada concessão, estabelecendo o seu valor, sua estrutura tarifária, além de ser quem detém o poder de realizar os reajustes e as revisões.

Geralmente, no próprio edital de licitação pública, o valor e a estrutura tarifária são fixados pela Administração.

Da mesma forma, tanto o valor da tarifa, como a estrutura tarifária, para que o equilíbrio econômico-financeiro esteja mantido, o poder concedente poderá alterá-los/revisá-los, a qualquer momento.

Contudo, quanto à tarifa e sua estrutura tarifária, ao concessionário, não lhe é dado o poder de alterá-las unilateralmente. Tampouco pode revisar as tarifas ou modificar os critérios de reajuste.

Tratando-se dos reajustes, estes também sofrem uma forte intervenção estatal. Igualmente, é o poder concedente que fixa no edital de licitação as fórmulas ou índices de reajustes das tarifas que serão aplicadas ao longo da concessão.

Ademais, a Administração deve conferir os cálculos de reajustes realizados pelo concessionário, homologando-os ou rejeitando-os caso estejam em desconformidade com os critérios estabelecidos.

Os critérios de reajuste integram a equação econômico-financeira, porém isso ao impede que sejam alterados pelo concedente ao longo da execução do contrato, o que demandará a revisão contratual para se garantir o equilíbrio da equação. Além disso, segundo critérios de política tarifária, é possível ao Poder Público postergar a aplicação de reajustes, desde que observados o equilíbrio do contrato.

Em resumo, o delegatário tem somente a garantia do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mas está submetido à prerrogativa estatal de controle sobre a tarifa, no exercício das políticas tarifárias estabelecidas em lei.

6.1. OBRIGAÇÕES DO CONCESSIONÁRIO E DO PODER CONCEDENTE

O Estado, enquanto detentor do dever de zelar pela prestação adequada de serviços públicos à comunidade fica inteiramente responsável pela prestação destes.

Nesse sentido, gerando o Poder Público, ainda que, lícita ou ilícita, positiva ou negativamente, lesão ao direito de outrem, responde objetivamente pela ocorrência destes danos.

Tal assertiva tem por esteio a redação dada pelo artigo 37, § 6º da Constituição de 1988 que, de maneira inquestionável, sedimentou em nossa doutrina administrativista este entender acerca da responsabilização objetiva do ente Estatal quando da ocorrência de danos a seus administrados.

Diga-se de passagem, o constituinte originário quando da elaboração do artigo em cotejo, afastou por completo, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, frente aos danos causados aos seus usuários.

Com isto, aproveitou o legislador para fixar de vez no artigo 175 da referida Carta Magna, a responsabilização dos desdobramentos administrativos do Estado quando da prestação dos serviços públicos.

É notório que o ente Estatal em face do aumento incomensurável das demandas públicas, passou a delegar a execução de seus serviços a terceiros interessados.

Quando da ocorrência desta descentralização do serviço, a Administração Pública além de transferir a execução deste a outra entidade, transfere conjuntamente, o ônus da responsabilidade objetiva pela prestação adequada do serviço.

Nesta linha, o Estado fica subsidiariamente responsável pela execução do serviço, fazendo com que desta forma, a assunção deste encargo passe para os ombros da empresa prestadora da atividade contratada.

É neste momento, portanto, que as empresas concessionárias de serviço público ingressam na relação jurídica geradora do dever de indenizar.

Neste sentido, Cristina Fortini pontua em sua obra:

“A natureza da atividade desempenhada pela concessionária a aproxima das entidades da Administração Indireta, prestadoras de serviço público, no que diz respeito à natureza da responsabilidade civil. Enquanto perdurar o contrato de concessão, a responsabilidade civil da concessionária, em relação ao serviço público assumido, ostenta contornos objetivos, conforme preconiza o artigo 37, parágrafo 6º do texto constitucional.”⁴⁷

Como as empresas Concessionárias de serviços públicos gozam da condição de pessoas jurídicas interpostas da Administração Pública, lícito supor que a elas igualmente, serão impostos os mesmos critérios de responsabilização preceituados pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Em referência a responsabilidade das empresas concessionárias de serviços públicos traz-se a lume alguns dos posicionamentos adotados pelos Tribunais brasileiros:

RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRANSITO. ATROPELAMENTO PROXIMO A FAIXA DE SEGURANCA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONARIA DE LINHA DE ONIBUS. Ausência de prova a elidir a culpa do motorista. Parcelas integrantes da indenização. Diferentes naturezas jurídicas. Dano moral. Adequação para aliviar a dor da vítima e servir como reprimenda para o indenizante. Apelo improvido.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE POSTE. VÍTIMA FATAL. MÁ CONSERVAÇÃO. AÇÃO PROCEDENTE. - Hipótese em que comprovado de maneira cabal o estado de má conservação do poste de iluminação. Culpa reconhecida da ré. - ademais, segundo a constituição federal (art. 37, § 6º), a

⁴⁷ FORTINI, Cristiana. Contratos Administrativos – Franquia, Concessão, Permissão e PPP, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2009, pg. 74.

responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva. Recurso especial não conhecido.

Com efeito, assumindo a concessionária o ônus da responsabilidade, é pacífico seu envolvimento com a teoria dos riscos. Por suposto, como ensina a mencionada teoria, todo e qualquer ente que se propõe a desenvolver determinada atividade, arca, necessariamente, com a obrigação de responder pelos eventuais danos ocorridos. A este entendimento coaduna-se o previsto no artigo 25 da Lei 8.987/95.

Ademais, é louvável que a concessionária assuma este encargo, pois quem tem o bônus deve suportar o ônus. Aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar os seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado em nome de quem atua.

Afinal, claro está que na esfera administrativa, bem como, cível a empresa concessionária é inteiramente responsável pela reparação de eventuais danos oriundos da prestação de seus serviços.

Clóvis Beznos acertadamente esclarece que:

“irrelevante se afigura o discrimen entre usuários e não usuários dos serviços, porque todos aqueles submetidos ao risco administrativo da prestação de serviços públicos recebem a proteção constitucional, consistente na garantia da arguição da responsabilidade objetiva, na busca da reparação dos danos sofridos em decorrência da prestação de serviços.”⁴⁸

Ao se analisar a relação jurídica que envolve as concessionárias e seus usuários não se pode deixar de enfatizar que tal relação também pode ser vista à luz

⁴⁸ BEZNOS, Clóvis. A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. Fórum Administrativo, p. 7-29, v.71, jan. 2007.

do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois se trata de uma relação de consumo como restará comprovado mais adiante.

A relação jurídica travada entre o Estado enquanto ente soberano e seu concessionário é regida pelas normas de direito privado visto ser uma relação advinda de um contrato.

Por outro lado, entre a empresa Concessionária e os usuários de seus serviços à relação jurídica a ser regulada, deve obedecer aos ditames estabelecidos pelas normas da Lei Protetiva, uma vez que as partes presentes neste tipo de contrato amoldam-se perfeitamente nos conceitos de “fornecedor” e “consumidor” entabulados pelo supracitado Código.

O artigo 2º do diploma legal em questão traz em sua redação a definição de consumidor:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire o utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único: Equipara-se à Consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Como se denota, o conceito empregado pelo legislador possui eminentemente um caráter econômico já que analisa apenas a situação de determinado indivíduo frente à aquisição de bens ou serviços, como destinatário final destes, para atendimento de necessidade própria, afastando por certo, o desejo de auferir lucro com tal aquisição.

Inegável, portanto, o fato que os usuários de serviços públicos, como por exemplo, os usuários de telefonia, água, energia elétrica podem ser considerados “consumidores” de serviços.

Em contrapartida, o artigo 3º da Lei Consumerista n. 8.078/90 assim define fornecedor:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção,

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

A dilação deste conceito deve ser no sentido que são fornecedores de produtos ou serviços, aquelas pessoas físicas ou jurídicas, que empreendem atividade laborativa visando, de forma inquestionável, o lucro. Além disto, devem o fazê-lo em caráter habitual, tendo por suposto, remuneração como forma de contraprestação da atividade prestada, seja ela, a venda de um produto ou um serviço.

Assim sendo, o Poder Público quando da realização de serviços públicos de interesse da coletividade – direta ou indiretamente há de ser considerado um fornecedor de bens ou serviços, já que apresentam como os demais fornecedores, as mesmas características necessárias para seu enquadramento neste estereótipo. Corrobora a este entendimento, o preceituado no artigo 6º, inciso X e, artigo 22, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Falando especificamente das concessionárias, estas, prestam serviços a um número indeterminado de pessoas, onde sua atividade visa auferir lucro e a prestação do serviço se dá de forma habitual e remunerada já que os seus usuários pagam pela realização do serviço através da chamada tarifa.

Com isto, não há como se afastar a idéia de que tais empresas ajustam-se aos moldes entabulados no artigo 3º da Lei consumerista.

De outra sorte, no pólo passivo desta relação figura o usuário do serviço público concedido. Indubitavelmente, há que se considerar este como um consumidor de bens ou serviços uma que vez a ele, especificamente, é destinada a realização do serviço, sendo, portanto, considerado como destinatário final do serviço a ser ofertado.

Traduzindo isto para o cotidiano, é o que ocorre nos casos de telefonia, água ou energia elétrica, onde, de um lado encontra-se presente à empresa fornecedora do serviço e, de outro, seus consumidores – usuários.

A jurisprudência nacional reafirma esta tese, vez que os Tribunais assim entendem o tema:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA - ITAIPU BINACIONAL POR ATO DE EMPREGADO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO DE SEGURANÇA. Responde objetivamente a empresa pública por ato de empregado que causa dano a terceiro incapacitando-o permanentemente para o trabalho. Ausência de caracterização do estrito cumprimento do dever legal ante a evidência do abuso praticado pelo servidor. Desnecessidade de suspensão do processo para esperar o julgamento criminal do agente público. Apelação improvida.

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. ACIDENTE COM VEÍCULO EM RAZÃO DE ANIMAL MORTO NA PISTA. RELAÇÃO DE CONSUMO. 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial não conhecido.

ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido.

Logo, como se verifica, o usuário do serviço público concedido tem o mesmo perfil do indivíduo não profissional descrito no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, já que também pode ser considerado vulnerável quando do

trato nas referidas relações e, bem assim, como destinatário final destes serviços ofertados.

Seguindo esta linha de raciocínio, é irrefutável à existência de uma relação de consumo entre estas empresas concessionárias de serviço público e seus usuários.

Cabe ainda ressaltar a responsabilidade objetiva das concessionárias frente aos seus usuários e seus efeitos:

Em havendo relação de consumo, crível supor que o fornecedor arcará com as responsabilidades advindas de sua atividade.

Neste sentido, em referência a esta responsabilidade, assim estabelece o caput do artigo 14 da citada Lei consumerista:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

De tal modo, resta evidenciado que a reparação de danos causados pelas empresas concessionárias quando da realização de seus serviços reger-se-á pelas normas apregoadas pela Lei Protetiva, isto é, a ela implicará a responsabilização objetiva (independente da prova de dolo ou culpa) pelas eventuais lesões proporcionadas a seus usuários.

Com efeito, o fato de o legislador brasileiro ter adotado a teoria da responsabilidade objetiva nas relações de consumo reverberou, positivamente, na esfera processual, eis que gerou uma série de efeitos, dentre os quais, cita-se a inversão do ônus probandi e a questão do foro competente para o ajuizamento da demanda consumerista.

A questão da inversão do ônus da prova está elencada no artigo 6º, inciso VIII da Lei Protetiva como um dos direitos básicos do consumidor. Esta inversão proporcionada pelo legislador dá-se em razão da vulnerabilidade manifesta do consumidor, vez que como se vê nas relações de consumo, a outra parte, regra geral, sempre detém melhores condições de provar a inocorrência do dano.

No Agravo de Instrumento n. 200002010691566, julgado em 25/04/2001, a Sexta Turma do Tribunal Regional da 2ª Região em alusão a inversão do ônus probandi decidiu da seguinte maneira:

CONTRATO DE CONCESSÃO DE TELEFONIA FIXA. NULIDADE DE CLÁUSULA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I - Configurada a relação de consumo entre usuários e concessionária de serviços de telefonia fixa, os primeiros em posição de hipossuficiência, fato que possibilita a inversão do ônus probandi nos termos do art. 6º, VIII da Lei 8.078-90, que consagra a Teoria do Ônus Probatório Dinâmico. II - A fixação unilateral, no contrato de concessão, de percentual de reajuste nas tarifas sem a demonstração dos critérios técnicos utilizados torna abusiva a cláusula, devendo, num juízo de cognição sumária, ser suspensa a sua exequibilidade, até solução final do litígio. III - Provimento do recurso.

Desta ordem, constatando o magistrado a superioridade do fornecedor do serviço em relação ao consumidor quando do momento da produção da prova, poderá ele, segundo seus critérios de convencimento, inverter o ônus da prova. O momento adequado para a ocorrência desta inversão, segundo a doutrina é o do julgamento da causa.

Por fim, importante trazer a baila o pensamento do eminente Ministro Joaquim Barbosa a respeito da responsabilidade civil do Estado.

Indaga o eminente Ministro:

“Quando o Estado, mediante contrato administrativo, transfere ao particular uma parcela das suas múltiplas atividades, ocorre uma transformação substancial na natureza dessas atividades. Seria essa transformação de tal monta, a ponto de extirpar do serviço prestado pelo particular as características que lhe são próprias, ou seja, as de um típico serviço público do qual a coletividade como um todo se beneficia?”⁴⁹

⁴⁹ O ministro se manifestou no Recurso Extraordinário 302.622-4 julgado em 06/11/2004. Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade

Para o eminente Ministro Joaquim Barbosa, se a responsabilidade civil do Estado é objetiva também assim há de ser compreendida a responsabilidade civil da concessionária.

Civil de empresa concessionária de serviços públicos na área de transportes coletivos por atropelamento de um pedestre.

7. CONCLUSÃO

O objetivo central do presente trabalho foi demonstrar a forma como o concessionário se remunera.

O estudo se situa no entrecruzamento dos interesses do prestador, do poder concedente, dos usuários e da sociedade como um todo.

Ao concessionário interessa a prestação de serviços porque, nessas condições, poderá obter uma remuneração que cubra os seus custos e ainda lhe gere lucro.

Com base nisso, o serviço delegado e outras atividades paralelas relacionadas ao objeto da concessão são para o concessionário um negócio por meio do qual extrairá proveitos econômicos. Para tanto, o particular terá maior ou menor liberdade de atuação, o que apresenta, desta forma, implicações sobre os riscos assumidos.

Neste sentido, a concessão deve atender a uma série de objetivos sociais tendo como resultado para o concessionário, uma remuneração a qual não poderá representar um óbice à consecução dessas finalidades.

Diante de uma larga pesquisa entre diversos doutrinadores, chegou-se a conclusão de que quando há um serviço público prestado em regime de delegação, a contraprestação cobrada dos usuários pelo delegatário é por meio de tarifas e não pela taxa.

Isto porque, a análise dos elementos conceituais atinentes à tarifa nas concessões de serviços públicos buscou propiciar uma adequada aproximação com o objeto de estudo o qual foi desenvolvido.

Com isso, ao invés de se cunhar uma definição que, por mais abrangente que fosse, findaria sendo redutora de complexidades, tratou-se de analisar diversas questões consideradas fundamentais à identificação e à validade desse instrumento de remuneração dos prestadores de serviços públicos.

Um primeiro elemento conceitual apontado diz respeito à noção de serviço público a ser considerada. Como a tarifa escolhida como objeto de estudo é aquela

decorrente da contraprestação de serviços públicos objeto da concessão, a primeira premissa firmada envolveu o critério identificador de tais atividades, ou seja, os serviços públicos.

Desta maneira, demonstrou-se a compatibilidade do regime tarifário, como forma de remuneração a ser dada pela prestação de serviços públicos, com o texto constitucional.

A tarifa é expressamente admitida pela Constituição Federal em seu artigo 175, parágrafo único, III. A referência das taxas como instrumento tributário para remunerar a prestação de serviços públicos (art. 145, II da Constituição Federal) não é compatível com a instituição de tarifas.

Neste trabalho foi abordado o tema relativo à natureza jurídica da tarifa. A questão girou em torno de saber se a tarifa constituiria um aspecto contratual ou regulamentar da concessão de serviço público.

Neste sentido, foi visto que, muito embora as tarifas fizessem parte da equação econômico-financeira das concessões, elas poderiam vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente.

Isto porque, as tarifas não têm natureza contratual imutável, diferentemente das taxas que somente poderão ocorrer por meio de edição de uma lei formal que previsse alteração dos valores cobrados pelos usuários.

Sob este prisma, concluiu-se que as tarifas possuem um caráter regulamentar e não contratual.

Ademais, foi objeto de estudo do presente trabalho, os institutos que realizam os reajustes e as revisões tarifárias.

O reajuste, aplicável como forma de atualização monetária da tarifa é requisito necessário à outorga de uma concessão, conforme artigo 18, VIII e 23, IV da Lei 8.987/95.

Já a revisão, apesar de também constituir um instrumento de alteração tarifária, não se confunde com o reajuste. Com a revisão, em virtude de determinado

ato ou fato jurídico de comprovado impacto nos aspectos econômicos decorrentes da execução do contrato de concessão, o valor da tarifa é alterado.

Conforme apresentado, a concessão é a celebração de um contrato de prestação de serviço o qual o particular que aceita prestá-lo, fará em nome próprio, por sua conta e risco nas condições fixadas pelo Poder Público.

Isto posto, a parcela de risco assumida pela concessionária de serviço público é designada como a álea ordinária do contrato. Corresponde ao risco que o particular aceitou assumir ao firmar o contrato de concessão e que, por esta razão, não daria ensejo à revisão tarifária na hipótese de ocorrência de prejuízo.

Contudo, as situações que representem álea extraordinária, ou seja, eventos que encarnam um risco não assumido com a assinatura do contrato ensejam, desta forma, a retomada integral do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio da revisão tarifária.

Por fim, tratou-se das responsabilidades da Concessionária e do Poder Concedente não só sobre um aspecto administrativista como consumerista.

Concluiu-se que os direitos da concedente, na concessão de serviço público são análogos aos demais contratos administrativos.

Os direitos do concessionário são basicamente pertinentes à manutenção da equação econômico-financeira do contrato, ao objeto contratual e à razoabilidade da remuneração e sua responsabilidade é objetiva. Quanto ao poder concedente, este tem o dever de fiscalizar, de supervisionar, de sancionar, de intervir para assegurar o cumprimento da continuidade do serviço público e se necessário, alterar as cláusulas de serviço para melhor prestação do serviço público.

8. BIBLIOGRAFIA

- * BEVILAQUA, Clóvis. Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958.
- * GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988, pg. 240-241. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- *BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros Editores, 2008.
- *BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Pareceres de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2009.
- *BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes Temas de Direito Administrativo. Malheiros Editores, 2009.
- *BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Princípios Gerais de Direito Administrativo, 3ª ed., vol. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- *BATISTA, Joana Paula. Remuneração dos Serviços Públicos. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.
- *BEZNOS, Clóvis. A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. Fórum Administrativo – Direito Público, ano 7, nº 71, 2007.
- *CÂMARA, Jacintho Arruda, Tarifa nas Concessões, Malheiros Editores, 2009.
- *CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001
- *CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos, Licitação e Contrato Administrativo – Estudos, Pareceres e Comentários – Belo Horizonte – Editora Fórum, 2006.
- *CRETELLA JÚNIOR, José. Revista de Informações Legislativas, v. 7, 1970.
- *CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- *FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. Malheiros Editores, 2007.
- *FORTINI, Cristiana. Contratos Administrativos – Franquia, Concessão, Permissão e PPP, 2ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2009.
- *FRANÇA, Vladimir da Rocha. Artigo.
<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/vladimir-da-rocha-franca/aspectos-constitucionais-da-hipotese-tributaria-da-taxa-pela-prestacao-de-servico-publico>

- *GASPARINI, Diógenes. Concessão e permissão de serviços públicos: aspectos práticos. Boletim de Direito Administrativo, 1997.
- *GRAU, Eros Roberto, Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 12ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- *JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo, Dialética, 2003.
- *LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo, 7ª ed., Malheiros Editores, 2007.
- *MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia. Revista de Direito Público, 2006.
- *MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- *MUKAI, Toshio. Concessões, Permissões e Privatizações do Serviço Público. 5ª ed., Editora Saraiva, 2007.
- *PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Curso de Direito Administrativo, 23ª ed., Editora Atlas, 2010.
- *SUNDFELD, Carlos Ari. Tarifas dos serviços de telecomunicações e direitos do consumidor. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, Fórum, Agosto 2002.