

**VINICIUS DINIZ MOREIRA**

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NAS  
CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO  
2014**

**VINICIUS DINIZ MOREIRA**

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NAS  
CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO**

MONOGRAFIA APRESENTADA À FACULDADE DE  
DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DE SÃO PAULO, COMO EXIGÊNCIA  
PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE  
ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO

ORIENTADORA: PROF. MS. FLÁVIA  
CAMMAROSANO

**São Paulo  
2014**

**Banca examinadora**

---

---

---

---

*Dedico este singelo trabalho monográfico à Isabella Menta Braga Lamana, cujo apoio e incentivo foram cruciais para a decisão de cursar esta especialização e me manter firme diante dos desafios que ela me proporcionou.*

**AGRADECIMENTOS**

Aprendi, que a gratidão é o melhor sentimento que alguém pode e deve nutrir nesse mundo. Mas aprendi também, talvez não da melhor maneira, que os agradecimentos devem ser restritos às pessoas ou eventos que de fato lhe ajudaram em sua jornada. Isto nos poupa, sem dúvida alguma, de frustrações futuras e do inestimável peso de tentar agradar a todos que lhe cercam (e que nem sempre merecem, de fato, um obrigado).

Tendo isto como norte, meu mais sincero sentimento de gratidão vai para minha *alma mater*, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo onde tive, ainda como calouro no primeiro ano, minha primeira oportunidade de lidar com o Direito Administrativo diante das ilegalidades cometidas pelo Poder Municipal contra tão ilustre Autarquia.

À Isabella Menta Braga Lamana, por todo apoio, conselho e incentivo. "Se ousei enxergar tão longe, foi porque subi nos ombros de gigantes".

À minha querida orientadora Flávia Cammarosano, merecedora de todos os elogios possíveis pela paciência, diligência e pelos belos choques de realidade, necessários quando um mero acadêmico da pós graduação pretende, em menos de seis meses, escrever um tratado de infraestrutura. Muito obrigado, sua compreensão foi o que permitiu com que este trabalho monográfico desse certo.

Aos professores Thulio Nassa, Alexandre Levin, Rafael Valin, os quais, junto com a professora Flávia Cammarosano, fizeram com que cada aula na Pontifícia Universidade Católica se transformasse em um verdadeiro desafio, mostrando que o estudo do Direito Administrativo está longe de ser uma etapa. É um estudo para a vida inteira.

À Mariana Leão "minha pequena princesa", pela decência, sinceridade, humildade e, sobretudo, pela compreensão. Se não me convenço da eternidade das situações, para mim, a eternidade dos sentimentos é irrefutável. Muito obrigado!

Agradeço, ainda, aos meus grandes amigos da PUC COGEAE, os quais tiveram um papel primordial neste trabalho, seja pelos calorosos debates proporcionados em sala (divididas entre liberais e socialistas), seja pelo apoio nesta reta final. Neste interím, uma gratidão especial a Vanessa Yamane, Marcela Arruda e Sidnéia Coelho. Obrigado por tudo!

Por fim, agradeço à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo por me proporcionar uma visão constitucional e social do Direito Administrativo, tão necessária em épocas onde o ideário liberal, que às custas de muitos se manteve encarcerado, libertou-se e pretende abalar as estruturas do estado democrático e social de direito que buscamos. O Direito Administrativo é, como lecionou Celso Antônio Bandeira de Mello, “o direito da cidadania”.

## SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2- ASPECTOS GERAIS DO SERVIÇO PÚBLICO .....</b>	<b>11</b>
2.1. Aspectos Históricos da Noção de Serviço Público.....	11
2.1.1. <i>O Serviço Público no Direito Estrangeiro - As "Escolas"</i> .....	11
2.1.2. <i>O Serviço Público no Brasil</i> .....	14
2.2. <i>O Conceito de Serviço Público no Brasil</i> .....	20
2.3. Características .....	26
2.4. Princípios .....	27
2.5. A Execução do Serviço Público.....	28
2.5.1. Descentralização pela Lei ou Delegação Legal .....	30
2.5.2. Descentralização por negócio jurídico ou delegação negocial .....	31
<b>3 - Aspectos Gerais da Concessão de Serviço Público.....</b>	<b>33</b>
3.1. Definição Conceitual .....	33
3.2. Apontamentos Históricos da Concessão de Serviço Público no Brasil .....	38
3.3. Natureza Jurídica.....	41
<b>4. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>45</b>
4.1. A Remuneração da Concessão do Serviço Público .....	45
4.1.1. <i>A Natureza Jurídica da remuneração do Serviço Público Concedido: taxa ou tarifa?</i> .....	45
4.1.2. <i>Fontes Alternativas de Receita</i> .....	56
4.2. O Equilíbrio Econômico Financeiro.....	58
4.2.1. <i>Conceito</i> .....	58
4.2.2. <i>Breve histórico da concepção de Equilíbrio Econômico Financeiro. Origens e inserção no Direito brasileiro.</i> .....	59
4.2.3. <i>O Planejamento da Concessão e o nascedouro da Equação Econômico Financeira. Conceito</i> .....	62
4.2.4. <i>Bases legais para o Equilíbrio Econômico Financeiro</i> .....	66
4.2.5. <i>O Princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro</i> .....	68
4.3. A quebra do Equilíbrio Econômico Financeiro .....	71
4.3.1. <i>O Risco na Concessão de Serviço Público</i> .....	71
4.3.2. <i>A Alocação dos riscos: A Álea Ordinária</i> .....	72

4.3.3. A Alocação dos Riscos: A Álea Extraordinária .....	76
4.4. A Recomposição do Equilíbrio Econômico Financeiro .....	87
4.4.1. O Reajuste.....	87
4.4.2. A Revisão .....	91
4.4.3. A Recomposição Aplicada do Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato .....	94
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>99</b>
<b>6. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>103</b>

## 1 - INTRODUÇÃO

Em épocas onde muito se fala sobre infraestrutura, e os mais diversos jornais noticiam manifestações cujo mote é o protesto contra serviços públicos defasados, o clássico tema do direito administrativo, volta a ganhar especial relevância, que transpassa o interesse apenas do operador do direito.

Contudo, é normal que leguem o assunto apenas à esfera do Poder Público, assumindo críticas contra a execução do serviço como se todos eles fossem prestados diretamente. Esquecem-se, e não sem razão, posto que a maioria não é versada em ciências jurídicas, de que há uma outra modalidade de prestação de serviço público, por delegação.

Assim, além do direito dos usuários, há direitos outros que muitas vezes são negligenciados pela maioria. Referimo-nos aos direitos da Empresa privada que, por sua conta e risco, nos moldes do disposto no artigo 175 da Constituição Federal, prestam o serviço público. O serviço que corre, portanto, por “conta e risco” da concessionária, pressupõe uma necessária tutela que resguarde seu legítimo intuito, fim último da livre iniciativa, que é o lucro.

Portanto, de modo a investigar tal objeto, trataremos, no primeiro capítulo, da noção de serviço público e sua respectiva alteração para atingir os fins últimos da Constituição. Assim, dentro deste mesmo capítulo, procedemos a uma análise sobre a execução do serviço público, diretamente pelo Estado ou, nos termos da Constituição, indiretamente por Pessoa Jurídica composta para esse fim.

O segundo capítulo deste ensaio acadêmico se propõe a analisar, em breves pinceladas, a prestação indireta do serviço público, mediante o instrumento da Concessão. Para isso, faz a necessária digressão histórica para após analisar sua natureza jurídica, tema que preparará terreno para as discussões vindouras.

No que concerne ao capítulo 3, o mais amplo deste ensaio, dissertar-se-á sobre o equilíbrio econômico financeiro. Para tanto, já que o equilíbrio econômico financeiro objetiva a recomposição da situação financeira, por intermédio do qual o prestador se remunera e obtém seu lucro, necessário estudarmos a forma de remuneração do prestador do serviço público. Logo após identificarmos as formas pelas quais o concessionário se remunera, a cláusula do equilíbrio

econômico financeiro é investigada, desde suas origens com o planejamento da concessão, até sua efetivação, com a competente assinatura do Contrato de Concessão.

Investigaremos sua base legal para identificarmos a possibilidade de assumi-la como princípio constitucional, já que a manutenção do equilíbrio econômico financeiro é uma via de mão dupla, privilegiando tanto o Poder Concedente como o Concessionário.

Logo após, dissertaremos sobre a quebra do equilíbrio econômico financeiro e as formas de sua verificação. Neste ponto, necessário se fez uma breve explanação sobre o risco, como ele é repartido, definido e determinado no contrato, para que o Equilíbrio Econômico Financeiro se efetive. Após as repartições dos riscos e seus enquadramentos nas diferentes áleas existentes (ordinárias ou extraordinárias, que se subdividem em econômica e administrativa) bem como as hipóteses de sua quebra, passaremos à discussão de sua recomposição.

Por fim, este generalista, porém minucioso estudo monográfico pretende investigar e minudenciar a importância constitucional do instituto do Equilíbrio Econômico Financeiro, através de suas formas previstas na legislação infraconstitucional e, implicitamente, em passagens constitucionais. De certa forma, demonstraremos a importância do instituto para a manutenção da própria razão de ser do serviço público e sua concessão. E estas serão buscadas não apenas da hermenêutica constitucional, mas também da exaustiva disciplina da matéria, que denota uma importância do legislador que, jamais, pode ser legada para o segundo plano.

## **2- ASPECTOS GERAIS DO SERVIÇO PÚBLICO**

### **2.1. Aspectos Históricos da Noção de Serviço Público**

#### *2.1.1. O Serviço Público no Direito Estrangeiro - As "Escolas"*

A temática "Serviço Público", clássico tema do Direito Administrativo, somente ganha relevo e sentido ao pensarmos no Estado em seu sentido contemporâneo. Isto porque não há uma noção de "serviço público" em momento anterior à ruptura havida com a erupção da Revolução Francesa.

O Estado patrimonialista e elitista de até então, cujas propriedades confundiam-se com a figura do próprio soberano, não nos permitiriam retirar o substrato do que vem a ser "serviço público" e de sua importância vital na manutenção da sociedade.

Naquele momento de extrema comoção, o povo, farto dos desmandos do Monarca e de sua aristocracia, clamou pela revolta em toda a França e exigiu a tomada do poder, de modo que o Estado pudesse se tornar o que efetivamente os contratualistas propuseram quase três séculos antes daquela data histórica. Vale dizer, a razão de existir do Estado não era outra senão manter as pessoas protegidas e dá-las, acima de tudo, condições mínimas de uma vida digna.

Por este motivo - e até mesmo pelo processo histórico que levou o povo francês, instado e balizado por inúmeros intelectuais, a clamar o poder - é que as primeiras discussões do que vinham a ser serviço público se iniciaram na França, em decorrência de hermenêutica aplicada à jurisprudência do conselho de estado, com a assunção da famosa e emblemática "Escola do Serviço Público", cujos expoentes, sem prejuízo de outros, são Gaston Jèze e León Duguit<sup>1</sup>.

Duguit possuía uma visão quase que extremada do que é serviço público, relacionando-a à toda atividade que o Poder Público exercia. Em excelente

---

<sup>1</sup> ALVARENGA, José Eduardo de. *O serviço público*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria (orgs.). *Direito Administrativo Econômico*. Vol I. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 320

síntese sobre a escola do serviço público, cuja autoria é de Marcelo Pereira<sup>2</sup>, o referido autor sintetiza o pensamento do ilustre jurista francês alertando que o fundamento do Estado não era mais a Soberania, aquela noção clássica do poder da República, nas palavras de Jean Bodin, cuja superioridade não tem outro limite senão sua própria auto-determinação, formulando ordens incondicionais a todos que se encontrem em seu território. Ao contrário, o Estado seria uma cooperação de serviços públicos, organizados e fiscalizados pelos governantes.<sup>3</sup>

Assim, o jurista francês legava à noção de serviço público um caráter central e *sui generis*, já que todo o Estado, bem como todo o direito administrativo, se desenvolveria a partir desta noção, a qual fundamentou, por sua vez, o considerado pela doutrina como sentido *lato* do serviço público. Para Leon Duguit, portanto, o Estado só existia (frizando, novamente, a existência do Estado Contemporâneo) enquanto sua função precípua de garantir à população seu bem estar, sendo que o Estado não passa de um conjunto de serviços públicos.

Outro expoente da escola de serviço público, cujos conceitos são um pouco mais restritos que de Duguit, é Gaston Jèze, que entende que a Administração, em todos os países civilizados, satisfaz necessidades de interesse geral, sendo esta, evidentemente, objeto e fim do serviço público. Para Gaston Jèze, tais atividades não são, em absoluto, toda e qualquer necessidade de caráter geral, mas sim aquelas que o governante decide, por critérios de oportunidade e conveniência definir como serviço público. Como mencionou o autor, outrora, na França, a religião havia sido um serviço público, ao passo que depois, por decisão do governante, havia deixado de ser.<sup>4</sup>

Outro ponto importante enfrentado pelo jurista francês, que certamente fundamenta toda a doutrina posterior, é o regime jurídico diferenciado aplicado aos serviços públicos, destoando das clássicas máximas do direito privado. Na lição de Gaston Jèze:

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Marcelo. *A escola do serviço público*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

<sup>3</sup> Id. *Ibidem*.

<sup>4</sup> JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 291

Em todo serviço público, propriamente dito, observa-se a existência de regras jurídicas especiais, que tem por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do mesmo, de dar, o mais rápido e completamente possível, satisfação às necessidades de interesse geral. Estas regras, por estas mesmas razões são suscetíveis de modificação a todo instante.<sup>5</sup>

Assim, o caráter especial do serviço público não se encerrava no atendimento das necessidades consideradas de interesse geral pelo governante, mas também pelo regime jurídico ao qual estavam subordinadas que possibilitava, a qualquer momento, modificações unilaterais de modo a atingir com eficiência o interesse público.

Evidente que como qualquer processo histórico, o delineamento da noção de serviço público depende muito da experiência havida no local. Como bem ressaltou o Professor Alexandre Santos de Aragão, o serviço público é uma "*daquelas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pode ser precisado em breves períodos de tempo e cujos contornos logo começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais*"<sup>6</sup>.

Logo, nada mais natural que a necessidade de se definir a noção de serviço público tenha surgido na França, levando-se em consideração o processo histórico que levou a assunção da burguesia, que rompeu com séculos de arbítrios e favoritismos à Aristocracia em detrimento do povo. E ainda mais natural que sua definição estivesse afinada com a peculiaridade da dualidade de jurisdição, através do estudo sistemático da jurisprudência do Conselho de Estado<sup>7</sup>.

Contudo, isto não significa que a França tenha sido a única a definir uma noção de Serviço Público que, por óbvio, serviria de inspiração para noções outras vindouras. Sem prejuízo, evidente, de outras construções doutrinárias jurídicas que surgiam à margem da Europa, como no caso estadunidense que

---

<sup>5</sup> Id. Ibidem. p. 284-285

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *O conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional brasileiro*. p. 1. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/>> Acesso em: 25 de setembro de 2013.

<sup>7</sup> Importante ressaltarmos a dualidade de jurisdição francesa, que se destoa da unicidade de jurisdição com a qual estamos acostumados no sistema jurídico brasileiro. O Sistema francês, de dualidade de jurisdição ou sistema do contencioso administrativo: é aquele em que se veda o conhecimento pelo Poder Judiciário de atos de Administração Pública, ficando estes sujeitos à chamada jurisdição especial do contencioso administrativo, formada por tribunais de índole administrativa.

trataremos brevemente no próximo subitem, outros países europeus desenvolveram suas noções de serviço público, evidentemente calcadas em sua experiência histórica e peculiaridade jurídica.

Tributários, sem dúvida alguma, da noção desenvolvida pelos franceses, o direito italiano acolheu, no início do século XX a noção de serviço público, onde o Estado assumiu a prestação de determinados serviços essenciais, como transporte ferroviário de passageiros, telecomunicações, serviço postal e fornecimento de energia elétrica e gás natural.<sup>8</sup>

De igual forma, o direito espanhol desenvolveu uma noção de serviço público que visava atender, como Gaston Jèze já profetizou, a vontade do governante. O governo espanhol precisava garantir o atendimento de determinadas necessidades coletivas vitais, mas que, com a forte pressão de ideais liberais, tornava-se dificultoso exercê-las em caráter de monopólio. Assim, a noção de serviço público no direito espanhol surge quase que como uma justificativa para se impor o monopólio estatal de determinadas atividades, retirando-a do insaciável jugo da iniciativa privada.<sup>9</sup>

Retornando, muito embora os conceitos trazidos pela Escola de Serviço Público sejam passíveis de crítica, não se pode deixar de reconhecer sua imensurável importância para o desenvolvimento da "noção" do instituto.

Posto estas linhas gerais sobre o desenvolvimento da noção de serviço público, criada em momento posterior ao advento da Revolução Francesa, restou claro seu caráter volúvel, adaptável e evolucionário.

Assim, passaremos a dissertar sobre a noção de serviço público no Brasil em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988, a qual, logicamente, fora influenciada pela Escola de Serviço Público.

### *2.1.2. O Serviço Público no Brasil*

---

<sup>8</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 39

<sup>9</sup> Id. *Ibidem*.

Somos todos filhos da Revolução Francesa<sup>10</sup>. Essa máxima histórica, em nosso entender, assume vital relevância ao se tratar dos países da América Latina.

Tantos os países de colonização portuguesa, como o Brasil, bem como os demais países - cuja colonização coube aos espanhóis - sofreram uma ruptura sem precedentes com a deflagração da Revolução Francesa e, em momento posterior, com as Guerras Napoleônicas que assolaram o território europeu<sup>11</sup>.

Os de colonização espanhola se viram, de uma só vez, desprovidos da administração real, sendo obrigados a se organizar em "juntas" para administrar os vice-reinos, ao passo que o Brasil se viu hospedeiro da família real que abandonou a Europa. Assim, na experiência brasileira propriamente dita, se viu refém de diversos *modus operandis* vindos da administração real européia, sem prejuízo, evidentemente, dos ideais revolucionários importados pelo Atlântico<sup>12</sup>.

Assim, quando da independência, os ideais revolucionários vindos da França já estavam arraigados no pensamento dos brasileiros, sendo a figura do Rei completamente distinta do que havia sido até então. A monarquia constitucional se configurou a regra, sendo que o Rei existia para manter a coesão da nação, e não mais como administrador de suas propriedades.

Era questão de tempo até que a figura do Rei não mais servisse às vontades do povo, aquele que, pelos dizeres da Constituição, deveria servir. E, de fato, isto ocorreu em 1889, com a proclamação da república, e a necessidade de que os novos governantes respondessem aos clamores de um governo feito para a coletividade.

Vemos que, a partir daí, o terreno se tornava fértil para o desenvolvimento de "noções" de serviço público. E o desenvolvimento do país passava, necessariamente, pelo desenvolvimento dos serviços públicos, já que o maior insumo para o desenvolvimento do país são seus cidadãos, aqueles que impulsionarão a economia.

---

<sup>10</sup> Expressão usada com recorrência pelo historiador Oswaldo Coggiola, nos cursos ministrados na Universidade de São Paulo que, ao tratar da contemporaneidade, se refere à influência notória da revolução dos franceses.

<sup>11</sup> BLACKBURN, Robin, A queda do Escravismo Colonial: 1776-1848. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 305-306

<sup>12</sup> BERBEL, Márcia Regina. *A nação como artefato - deputados do Brasil nas Cortes Portuguesas 1821-1822*. São Paulo: Editora Hucitec, 2010. p. 22

Assim, houve uma ruptura com o que outrora fora chamado de "privilégios régios", espécie de monopólio, o qual a Coroa concedia a particulares, denominados "agentes administrativos externos".<sup>13</sup> A Coroa detinha a noção de que determinadas atividades eram de interesse geral, e que necessitavam de um controle maior, o qual mitigaria mitigar o dogma liberal vigente à época.

No entanto, a nóvel república, legitimada por sua novel Constituição, não mais comungava desses conceitos de privilégios régios. Como bem demonstra Vitor Rhein Schirato:

A partir da proclamação de República e da edição da Constituição de 1891, não há mais que se falar em privilégios régios para se conferir a base dos debates acerca das atividades de interesse coletivo e sua relação com o Estado passou a tomar rumo distinto, verificando-se nas primeiras décadas do século XX uma aproximação muito maior do direito brasileiro ao direito norte-americano do que ao direito francês. Nesse cenário, ao invés de serem consideradas pertencentes à coroa, são consideradas atividades a demandar um controle estatal, em modelo muito semelhante ao das *public utilities* do direito norte-americano.<sup>14</sup>

Ou seja, não estamos aqui diante de conceitos que se distinguem apenas pelo rótulo que lhes são dados, comungando, em sua gênese, da mesma natureza. Os *Public Utilities* tem um caráter distinto do que o direito continental europeu chamou de Serviço Público.

E quando da consolidação da República brasileira, até mesmo pela proximidade existente à época com os Estados Unidos da América, perfazia-se natural a assunção deste modelo. Ressalta-se também que os ideais liberais na primeira quadra do século XX estavam em seu auge, indicando uma preferência ao modelo das *public utilities*.

Em linhas gerais, o referido instituto se caracteriza por ser uma atividade econômica de grande relevância social prestada por particulares, ou seja, é considerada uma atividade privada, cunhada pela livre iniciativa. O Estado, age

---

<sup>13</sup> SOUZA, Paulínio Soares (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, 1862. *apud*, SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 39

<sup>14</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 41

como observador e reproduzidor do papel do mercado, corrigindo eventuais distorções em favor dos usuários.

Caio Tácito assim expõe o instituto:

Em princípio, todo serviço é privado, toda atividade econômica entende-se livre e franqueada à iniciativa particular.

Certos serviços há, no entanto, que são essenciais ou necessários à vida coletiva, incidindo a sua execução sob o controle do Estado, em virtude dos privilégios e deveres especiais que envolve. São negócios (bussines) públicos, no sentido de que servem à coletividade.

(...)

O controle do estado equivale a um grau mais intenso do poder de polícia, em consideração dos relevantes interesses públicos em jogo.<sup>15</sup>

Nota-se que a característica central do *public utilities* em muito se difere daquela noção de Serviço Público apresentada no direito europeu, vista de maneira sintética, conforme citação colacionada. E é justamente noção de "public utilities" que a República brasileira adotou na primeira quadra do século XX, para definir seus serviços relevantes prestados aos cidadãos.

Compreende-se essa escolha em detrimento do modelo francês, ao analisarmos estrategicamente a postura dos governantes na consolidação da república. Sua abrupta proclamação leva as demais nações independentes a olharem com desconfiança, já que, apesar de ser uma monarquia, o Brasil há muito estava firmado no cenário internacional, inclusive com uma moeda forte e um serviço postal e de telegrafo considerado avançadíssimo para época<sup>16</sup>. Logo, para driblar as intempéries naturais advindas de uma ruptura política, havia uma forte necessidade de atração de investimentos estrangeiros, que se deslocavam para locais onde as condições eram atrativas, e os ideais liberais estivessem em pleno vapor.

Assim, uma participação superficial do Estado nas atividades de utilidades públicas seriam muito mais atrativo do que uma postura mais incisiva. Desta maneira, via de consequência, a aproximação com a noção de *Public Utilities*

<sup>15</sup> TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 214

<sup>16</sup> Cabe ressaltar aqui que, se não tínhamos no Império a noção de "serviço público", havia aquela noção, já apresentada, de que alguns serviços eram de importância peculiar ao desenvolvimento da nação e à população. Assim, os serviços postal e de telégrafos assim eram considerados, sendo desenvolvidos a partir de uma outorga imperial e, indubitavelmente, lograram êxito.

passava a ser mais interessante para a consecução dos fins nos quais estava adstrito a Administração.

E assim permaneceu até a década de 30 do século XX, quando em virtude de uma crise nesse modelo, haveria uma paulatina mudança de postura estatal, que viria por controlar de maneira mais incisiva o Serviço Público.

Já prevendo a crise que se instalava no modelo utilizado para a prestação de serviços de relevância pública, J.H Meirelles Teixeira expôs que:

Sem uma atitude esclarecida, da parte dos concessionários; sem regulamentação pela qual se fizem claramente os seus direitos e deveres, as finalidades públicas dos serviços e os pressupostos jurídicos e sociais implícitos na concessão; sem órgãos públicos capazes de zelar pela efetiva aplicação desses princípios, que se desejam, como propõe o presidente Roosevelt ao indicar a exata natureza das comissões norte-americanas, verdadeiras tribunas do público, pondo em atividade seus engenheiros, seus contadores e seus recursos legais com o firme propósito de fazer justiça tanto aos financiadores como aos consumidores; sem, afinal, justiça especializada que decida, em última instância, se foram ou não aplicados os preceitos e critérios da lei federal, não é possível duvidar de que a prestação de serviços públicos tomara realmente, e muito mais depressa do que seria lícito prever, o lugar até hoje ocupado pela concessão na execução dos serviços públicos de caráter industrial.<sup>17</sup>

De uma certa maneira, até mesmo pela experiência histórica e influência da Europa continental, o instituto das "public utilities" acabavam se distanciando um pouco de sua natureza. Conforme afirma Odilon Braga, ao contrário do conceito puro de "public utilities" estadunidense, no Brasil a regra era a da exclusividade, pois o serviço concedido estava sempre na esfera de ação do estado, à mercê de seu controle autoritário-administrativo<sup>18</sup>.

Logo, por mais que houvesse um rótulo de "public utilities", com a concessão do serviço a um particular ficava sob o jugo direto do Estado, e não

---

<sup>17</sup> TEIXEIRA, J.H Meirelles. *apud* SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 43

<sup>18</sup> BRAGA, Odilon. *Serviço Público Concedido*. p. 46. Biblioteca Digital FGV. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/9685/8712>>. Acesso em 39 de setembro de 2013.

apenas com um controle passível de alterar determinadas distorções em favor do usuário.

Assim sendo, por mais que em um breve período de tempo a noção brasileira de serviço público (e sua correlação quase lógica com a concessão deste serviço) caminhasse para se consolidar sob a influência do direito estadunidense, uma análise feita por juristas concluiu que o modelo adotado utilizava-se apenas do rótulo dos "public utilities", sendo que a participação e controle estatal crescia exponencialmente, aproximando a noção do que fora delineado pelo direito continental europeu, sobretudo pela doutrina francesa da Escola do Serviço Público.

Deste modo, o serviço público se perfazia como um serviço de extrema relevância para a consecução dos fins sociais a que se prestava o Estado sendo, por este exato motivo, propriedade e titularidade estatal.

Quando de interesse do Estado, poderia delegá-lo à terceiro, sempre mantendo o controle, a fiscalização e a regulamentação sobre o serviço.

Assim chegamos à noção de serviço público desenvolvida no Brasil e que, apesar de sofrer rotineiras mudanças, mantém o mesmo perfil, à luz da influência do direito francês. Desta forma, pode-se iniciar uma análise pormenorizada da noção de serviço público na Constituição de 1988, de modo a aclarar, em momento mais avançado deste trabalho monográfico, os aspectos jurídicos da concessão do serviço público.

Para estudarmos a "noção" de Serviço Público na Constituição Federal temos que ter em mente a máxima fornecida por Gaston Jèze, já exposta no início do presente ensaio.

Serviço Público" é uma noção política, é definido pelo legislador a partir de uma análise de oportunidade e conveniência, a partir da definição de serviços cuja relevância necessitem de uma titularidade estatal para se atingir os fins sociais almejados na Magna Carta<sup>19</sup>.

A esse propósito, e defendendo tal visão, Antônio Carlos Cintra do Amaral é taxativo ao exclamar que pouco importa a essência ou natureza do "Serviço Público". Para o ilustre administrativista, o conceito (o que para nós, como

---

<sup>19</sup> JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 286

já se dissertou, tem significado de "noção") é um conceito jurídico positivo. Serviço Público é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é.<sup>20</sup> E tal posicionamento não é, em absoluto, voz isolada na doutrina. No mesmo sentido encontramos o pensamento de Dinorá Grotti, segundo o qual a definição do serviço público se remete à **concepção política do estado e de seu papel**.<sup>21</sup>

Partindo-se da premissa lançada pela festejada administrativista, conclui-se que a noção de serviço público no direito brasileiro dependerá de uma leitura atenta da Constituição de modo a retirar seus objetivos últimos. Só assim, diante da compreensão do que são os "fins" do Estado brasileiro é que teremos o substrato da referida noção.

Não nos cabe portanto, nesta linha de raciocínio, fazer uma leitura do artigo 175 de nossa Magna Carta<sup>22</sup> sem cotejá-lo com os demais dispositivos constitucionais que estabelecem os fins do estado. Buscar a noção de serviço público, enquanto um instituto, mostrou-se ser uma tarefa árdua, mas possível, diante dos elementos trazidos pelas diversas "escolas" que já trataram sobre o tema.

Todavia, busca-la especificamente no direito brasileiro é tarefa do hermeneuta, do estudioso da Constituição, que a concebe de maneira sistêmica, ou seja, que sua compreensão se dá com a análise do todo, e não apenas de artigos isolados.

Desta forma, após apresentar a consolidação da noção de serviço público, buscaremos, no item subsequente, sua definição exata no direito brasileiro, realizando, para tanto, uma hermenêutica constitucional a partir dos diversos conceitos de serviço público propostos pelos mais renomados administrativistas pátrios.

## **2.2. O Conceito de Serviço Público no Brasil**

Como bem nos adverte José dos Santos Carvalho Filho, a dificuldade de se conceituar o Serviço Público advém dos inúmeros prismas a partir

---

<sup>20</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17

<sup>21</sup> GROTTI, Dinora Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 87

<sup>22</sup> 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.

dos quais o instituto pode ser analisado. Por exemplo, a própria expressão admite dois sentidos, o *subjetivo* e o *objetivo*, sendo que o primeiro refere-se ao sujeito prestador, o órgão que executa, e o segundo a própria atividade.<sup>23</sup>

Evidentemente, tendo em vista as premissas trazidas no item anterior, no qual se estabelece que serviço público é um conceito jurídico-político cuja definição cabe ao governante e ao legislador, resta claro que o sentido que nos interessa - e que servirá de base para a análise - é o sentido *objetivo*. Todavia, isto não quer significar que os problemas para sua definição acabaram.

Ao contrário, dependendo do critério utilizado, o tema, novamente, se reveste de peculiares problemáticas. Assim, novamente nas lições do citado jurista, conceituar serviço público apenas pelos critérios *orgânico* (que leva em conta aquele que é prestado pelo órgão público), o *formal* (que se baseia no regime jurídico no qual é prestado o serviço), bem como o *material* (que dá relevo à natureza da atividade, ou seja, aquela prestada para atender aos reclames da comunidade) se mostra insuficiente, pois a configuração atual do instituto não nos permite tal segregação. Assim, sendo insuficientes tais critérios, todos devem ser considerados na formação da moderna fisionomia que marca a noção de serviço público.<sup>24</sup>

Contudo, a denominada "fisionomia moderna" da noção de serviço público ainda pode apresentar novas problemáticas. Uma delas é o involuntário retorno à conceituação ampla ou restrita do que é serviço público. Existem autores que adotam um conceito amplo do que vem a ser serviço público, ao passo que outros, evidentemente, adotam um conceito mais restritivo. Em linhas gerais, aqueles que adotam o sentido amplo de serviço público buscam abranger toda e qualquer atividade exercida pelo Estado. Exemplo de doutrinador que segue a conceituação ampla de serviço público é José Cretella Junior. Para o insigne doutrinador, serviço público se configura como "toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins."<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 319-320

<sup>24</sup> Id. *Ibidem*.

<sup>25</sup> JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 311

Já o conceito restrito entende que nem todas as atividades exercidas pelo Estado podem ser consideradas serviço público. Não são poucos os doutrinadores pátrios que assumem o sentido restrito como o correto.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos juristas que defendem o sentido restrito, serviço público é:

toda a atividades de oferecimento de utilidades ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.<sup>26</sup>

Nota-se que nem toda atividade do estado é considerada serviço público no conceito acima. Utilizando-se dos critérios que expusemos há pouco, a saber, o critério orgânico, formal e material, tal conceito encerra dois deles, pois estabelece a atividade (material) como aquela em favor de interesses que o sistema jurídico ressalta como importantes, bem como expõe o regime jurídico (formal) a qual se subordina.

Maria Sylvia Di Pietro é outra jurista que engrossa a fileira daqueles que conceituam o serviço público de modo restrito. Para a administrativista, trata-se de "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime toda ou parcialmente de direito público."<sup>27</sup>

De igual forma, vemos a presença do critério formal e material, ao passo que o orgânico, novamente, é deixado de lado.

O saudoso mestre Diogenes Gasparini, ao conceituar serviço público em sua obra, fundamentado nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, dispõe que serviço público é:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público,

---

<sup>26</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.. p. 461

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 114

instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.<sup>28</sup>

Para os fins pretendidos neste trabalho, acreditamos ser suficiente as noções doutrinárias trazidas até agora, sendo correto asseverar que grande parte dos doutrinadores atuais compreendem o serviço público em seu aspecto restrito.

Para nós, uma análise apurada da Constituição nos leva à certeza de que o serviço público deve, no ordenamento jurídico brasileiro, ser compreendido em seu aspecto restrito.

O artigo 175 de nossa Magna Carta, já citado anteriormente, e que determina ser competência estatal a prestação de serviços públicos, insere-se em um capítulo específico, separado das demais atividades do estado, como o legislativo e o judiciário.

Encontra-se, como a simples leitura demonstra, no Título VII "Da ordem econômica e financeira", especificamente em seu primeiro capítulo, a saber, "Dos princípios gerais da atividade econômica". Deste modo, para além de existir como atividade econômica (ponto que será retomado mais a frente), distingue-se, de maneira ulular, das demais atividades do estado.

Assim, *data máxima vênia* a aqueles doutrinadores que compreendem o conceito em seu sentido *lato* - levando ainda em consideração que por motivos ideológicos somos quase que automaticamente levados a pensar o serviço público no conceito amplo - quer nos parecer que a inteligência constitucional não permite outra conclusão que não a opção pela conceituação restrita, ao passo que, quando se presta a expor sobre o serviço público, determina que poderá ele ser prestado direta ou indiretamente, em nítida diferença com outras atividades do estado que não admitem prestação indireta.

Importante salientarmos, neste momento, que alguns elementos que compreendem a noção de serviço público devem ser delineados, mesmo que brevemente, antes de tentarmos propor uma noção de serviço público específica e alinhada com a ordem constitucional.

Sem prejuízo da leitura detalhada dos demais doutrinadores que tratam o tema, nos parece que Maria Sylvia Di Pietro os sintetiza da maneira que

---

<sup>28</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 294

melhor se enquadra à definição que se busca neste breve ensaio acadêmico. Diz que há sempre o elemento subjetivo (ou chamado também de orgânico, como define José dos Santos Carvalho Filho e Diógenes Gasparini) uma vez que por determinação expressa de nossa constituição, a criação é sempre dependente de lei, seja qual for o ente federativo que irá prestá-lo. Este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, não pode ser exclusivo da iniciativa privada.<sup>29</sup>

No que concerne ao elemento formal, diz ele sobre o regime jurídico aplicável ao serviço público. Não haveria lógica em determinar determinadas atividades como obrigação do estado, se um regime jurídico específico não fosse aplicável<sup>30</sup>, vez que nem sempre o interesse da coletividade anda *pari passu* com o interesse da iniciativa privada. Assim, faz-se necessário a assunção de um elemento formal, atinente ao regime jurídico, para que a noção de serviço público tome seu sentido correto.

Por fim, resta o elemento material, o qual, como acertadamente expôs Maria Sylvania Di Pietro<sup>31</sup>, parece ser unanimidade entre os doutrinadores. Trata esse elemento de ser o serviço público, sempre, uma atividade de interesse público, de interesse da coletividade. Este elemento nos parece ser o que lega o caráter da "noção" de serviço público.

Assim, chegamos a algumas conclusões parciais que permite-nos a breve hermenêutica onde tentaremos chegar a um conceito de serviço público plenamente aplicável a ordem constitucional vigente.

Vimos, até mesmo pela imensurável contribuição que os aspectos históricos legal ao ensaio, que a "noção" de serviço público é variável no tempo e no espaço e que por ser um conceito jurídico-político, depende exclusivamente de opções dos governantes e dos legislativos.

Nada obstante, vimos também que nos parece mais acertada a utilização de um conceito restrito do que venha a ser "serviço público", pois pela

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 110

<sup>30</sup> Em determinados casos pode se traduzir em um regime jurídico de direito público ou até mesmo privado, com a possibilidade de alguns institutos serem derogados pelo direito público em prol do interesse da coletividade.

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 115

inteligência constitucional, o que considerado e estabelecido for como serviço público poderá ser prestado direta ou indiretamente pelo Poder Público, retirando de sua alçada, portanto, diversas atividades pertencentes ao estado que não poderiam ser prestadas de outra forma que não de modo direta. Assim, valendo-se lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ou seja, de que o serviço público se remete à concepção política do Estado e de seu papel, compreendermos tal concepção nos leva, obrigatoriamente, aos papéis da República definidos *a priori* no início da Constituição.

Ao tratar no Título I dos princípios fundamentais da república, expondo ser seus objetivos a construção de uma sociedade justa e igualitária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização e, acima de tudo, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, nos dá o cerne do que virá a ser o serviço público no Brasil. Obvio que uma análise pormenorizada deve ser feita levando em consideração todo o artigo 5º de nossa magna carta, identificando cada um dos direitos fundamentais que devem ser prestados pelo estado, trazendo contornos ainda maiores ao que se espera por serviço público.

Assim, quase que por intermédio de um silogismo, definimos o serviço público, de acordo com a ordem constitucional brasileira atual, como sendo aquele serviço de relevância social, definido previamente por critérios de conveniência pelo governante e seu legislativo, de acordo com a competência previamente estabelecida pela constituição, destinado a satisfazer as necessidades concretas da população e atingir os fins do estado brasileiro, garantindo o pleno desenvolvimento da sociedade e a plenitude dos demais fundamentos pelos quais a sociedade brasileira se erigiu.

Tal tentativa de conceituação hermenêutica será de extrema valia, vez que estes critérios devem ser levados em conta de maneira absoluta, neles se incluindo a empresa prestadora de serviço público, no caso da prestação indireta. Isso pois não apenas ela que buscará atingir os fins do Estado, mas o simples fato de uma pessoa jurídica privada poder prestar o serviço público significa, de uma vez só, a consecução dos objetivos maiores da república. A esta noção retornaremos mais adianta, quando tratarmos do equilíbrio econômico do contrato administrativo de concessão de serviço público.

### 2.3. Características

Tratado, mesmo que de maneira insuficiente<sup>32</sup>, é possível neste ponto aferir as características do serviço público no Brasil. Em verdade, as características da noção de serviço público podem ser retiradas dos próprios elementos que compõe a "noção", a saber, o elemento formal, o material e o orgânico, os quais foram tratados no tópico acima.

Como o serviço público visa atender uma atividade considerada essencial para a coletividade, sendo obrigação do Estado prestá-la (art. 175 da Constituição Federal), é nítida que a primeira característica é a presença do Estado em sua prestação.

Já que se traduz por ser uma atividade essencial para a coletividade, a segunda característica é o interesse coletivo. Sem este interesse, falaríamos de qualquer outra atividade estatal, mas não a prestação de serviço público.

Entretanto, quando José dos Santos Carvalho Filho trata do interesse coletivo, aspecto que considera, também, como característica primordial do serviço público, faz uma distinção entre serviço público *primário* ou *essencial* e *secundário* ou *não essencial*. Para o citado autor, tal distinção vem da diversidade de interesses coletivos, sendo que ao Estado cabe prestar os essenciais na maior dimensão possível, ao passo que o não essencial será prestado por conveniência do ente estatal.<sup>33</sup>

Com a devida *vênia* ao brilhante doutrinador, quer nos parecer mais acertada a posição defendida por Antônio Carlos Cintra do Amaral, ao proclamar que perfazia-se um equívoco falar em serviço público essencial. Em seu entender:

A prestação dos serviços públicos é dever do Poder Público, que pode prestá-lo direta ou indiretamente. Se uma determinada atividade foi definida pelo ordenamento jurídico como "serviço público", ela é essencial à comunidade. Não há serviços públicos essenciais e não essenciais. Nem serviços públicos mais essenciais e menos essenciais. O Poder Público tem

---

<sup>32</sup> Tratar sobre o conceito de Serviço Público é um tema que, facilmente, comportaria páginas e páginas de reflexão, levando em conta não apenas aspectos históricos, mas também as definições que a própria legislação expõe

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 322

o dever de prestar, adequada e continuamente, todos os serviços públicos, como tais definidos pelo ordenamento jurídico. Pode simplesmente optar entre a prestação direta e a indireta.<sup>34</sup>

Assim, a segunda característica do serviço público é ele ser de interesse geral, da coletividade e, por este mesmo motivo, ser essencial. A essencialidade marca seu segundo traço característico.

E, por fim, determina o caráter do serviço público seu regime jurídico de direito público, que certamente fará com que normas e princípios deste ramo do direito nele incidam. Portanto, necessário se faz tratarmos, mesmo que de maneira sintética, sobre os princípios que norteiam o regime jurídico dos serviços públicos.

## 2.4. Princípios

Celso Antônio Bandeira de Mello, em oportunidade na qual se debruça sobre o tema, expõe que a submissão a um regime de Direito Público (o elemento formal já dissertado na presente) é o que confere caráter jurídico à noção de serviço público, sendo necessário enumerar seus princípios<sup>35</sup>, os quais farão parte desse substrato formal, e deverão comparecer sempre quando se esteja diante a uma atividade qualificável como serviço público.<sup>36</sup>

Para Diógenes Gasparini, há quatro princípios atinentes ao serviço público<sup>37</sup>. São eles: o princípio da mutabilidade do regime jurídico da prestação, por intermédio do qual a administração pode mudar o regime de sua prestação de modo a adequá-lo ao interesse da coletividade; o princípio da continuidade, uma vez que o serviço público, pela importância que encerra, não pode sofrer repentinas interrupções; e, finalmente, o princípio da igualdade, devendo se entender como aquele que na prestação do serviço público não deve haver discriminações de qualquer natureza.

---

<sup>34</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 18

<sup>35</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é um mandamento nuclear de todo ordenamento jurídico.

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 684

<sup>37</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 299

Maria Sylvia Di Pietro professa lição em igual sentido, entendendo que ao serviço público são cabíveis os princípios da mutabilidade do regime jurídico, o princípio da continuidade e o princípio da igualdade.<sup>38</sup>

José dos Santos Carvalho Filho propõe uma principiologia diferente<sup>39</sup>. Para o autor, se perfazem quatro princípios, a saber, o Princípio da Generalidade, onde o Poder Público, ou quem lhe faça as vezes, deve se esforçar para prestar o serviço com a maior amplitude possível; o princípio da continuidade, o qual detém as mesmas características expostas pelos outros doutrinadores já citados; o princípio da eficiência, de modo a permitir que a execução do serviço seja mais proveitosa com menor dispêndio e; princípio da modicidade, de onde se entende que os serviços públicos devem ser remunerados a preços módicos.

Por fim, e com a definição que em nosso entender é a mais acertada, já que amplia a gama de princípios de modo a garantir bases mais consolidadas no regime jurídico aplicável, temos a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o aludido jurista, ao falarmos sobre princípios afetos ao serviço público, devemos falar, necessariamente, em dez princípios.

De maneira pormenorizada são eles: a) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; b) supremacia do interesse público; c) princípio da adaptabilidade; d) princípio da universalidade; e) princípio da impessoalidade; f) princípio da continuidade; g) princípio da transparência; h) princípio da motivação; i) princípio da modicidade das tarifas e; j) princípio do controle.

## **2.5. A Execução do Serviço Público**

Delinear-se-á, mesmo que de maneira breve, quais as formas pelas quais um serviço público pode ser executado. Tal tópico se reveste de peculiar importância pois exteriorizará a riqueza que o tema nos lega, bem como determinará a diferença existente entre o modelo de execução de serviço público que trataremos em momento posterior.

---

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 121

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 333 e ss.

Assim, ao analisarmos todas as formas pelas quais esta "noção" possa ser desempenhada, abriremos espaço para tratar com mais detença o conceito de "Concessão de Serviço Público", objeto do capítulo subsequente.

Diante do que aqui já se dissertou, as duas principais formas pelas quais o serviço público pode ser executado já nos saltam aos olhos. Pela própria inteligência constitucional, pode ele ser prestado diretamente ou indiretamente.<sup>40</sup>

A execução direta do serviço público é feita diretamente pelo ente Estatal, que acumula a função de titular (já que a ele cabe a prestação do serviço público, por expressa hermenêutica constitucional) e executor.

Já a execução indireta, gênero do qual a Concessão do Serviço Público é espécie, se caracteriza pela execução do serviço por pessoa distinta do ente estatal (seja ele Federal, Estadual ou Municipal). Como assevera e adverte José dos Santos Carvalho Filho, o serviço, ainda que prestado por outro, não exime o Estado de ter a responsabilidade pelo processo, vez que tem ele o poder jurídico de transferir atividades e, se possui esse poder, tem o dever de arcar com as consequências do fato.<sup>41</sup>

Importante ressaltar tal ponto pois sempre, sem escusas, o Estado transferirá, apenas e tão somente, a execução do serviço público, sendo que mantém, em qualquer hipótese, sua titularidade. Celso Antônio Bandeira de Mello deixa bem claro esta advertência em seu tratado, haja vista que teme compreensão equivocada do processo de transferência da execução do serviço. Receia que esta seja confundida com a transferência da própria titularidade do serviço. Contudo, deixa bem claro que são realidades completamente distintas. Em seus dizeres:

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 (sem prejuízo do devido respeito

---

<sup>40</sup> Vale lembrar, novamente, o art. 175 da Constituição Federal, que expõe incumbir ao Poder Público "diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>41</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 343

aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir "autorização", "permissão" ou "concessão" de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas.<sup>42</sup>

Espanca qualquer indício de dúvida sobre a titularidade do serviço. Mesmo que de forma indireta, o serviço público prestado continua sob as determinações do ente estatal que, para alcançar a excelência no serviço e o prestígio aos princípios já acima delineados, imporá normas e regras em regime jurídico de direito público.

A doutrina administrativista chama de *descentralização*.<sup>43</sup> a execução indireta de serviços que caberiam ao próprio estado.

Esta se efetivam de duas formas: ou por intermédio da lei, ou por um negócio jurídico entre ente Estatal e Particular (um contrato administrativo efetivado posteriormente a uma licitação).

O saudoso Diógenes Gasparini<sup>44</sup>as denomina de *delegação legal* e de *delegação negociada*, nomenclatura que, muito embora não seja pacífica na doutrina administrativista, é adequada para tratar o instituto no presente ensaio, valendo-nos, portanto, de tal nomenclatura.

### 2.5.1. Descentralização pela Lei ou Delegação Legal

Como o próprio nome sugere, trata-se de descentralização efetivada por intermédio da própria lei. O Estado opta pela criação de uma pessoa jurídica de

---

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 689

<sup>43</sup> Cabe-nos aqui uma ressalva, haja vista que confundem-se os conceitos de *descentralização* e *desconcentração*. O primeiro se refere a uma distribuição de competências entre outras pessoas jurídicas como, *v.g.*, a criação de uma autarquia para prestar o serviço público de saneamento. Já no que concerne à desconcentração, a distribuição de competências se dá no âmbito interno. Segundo conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela outra ou aquelas outras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia. Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim a segunda não é subordinada à primeira. O que passa a existir, na relação entre ambas, é um poder chamado controle.

<sup>44</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.p. 233

direito público que terá a incumbência de prestar o Serviço Público. Tal possibilidade decorre expressamente de nossa magna carta, especificamente do inciso XIX do art. 37 (somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar nesse último caso definir as áreas de sua atuação).

Forma-se o que se denomina *Administração Indireta*, configurando-, na conceituação de José dos Santos Carvalho Filho, como conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, tem o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada<sup>45</sup>.

Dai decorre que, na descentralização, o titular do serviço continuará a controlar sua prestação, ainda quando ser desempenho seja atribuído a outra entidade, dotada de personalidade jurídica própria.<sup>46</sup>

Podemos citar como exemplo de Delegação Legal (Descentralização pela Lei) a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, autarquia municipal criada com o intuito de propagar o ensino jurídico (educação como serviço público) ou ainda os diversos DAE's (Departamentos de Água e Esgoto) criados em âmbito municipal de modo a prestar o serviço de saneamento à população.

O Decreto-lei nº. 200/1967, especificamente em seu artigo 4º, inciso II, expõe quais "pessoas jurídicas" podem ser formadas por intermédio da Delegação Legal. São elas: a autarquia; as empresas públicas; as sociedades de economia mista e; as fundações públicas.

#### 2.5.2. Descentralização por negócio jurídico ou delegação negocial

Quando se transfere a execução do serviço público a particulares estamos diante do que se chama de Delegação Negocial, haja vista que se transfere e efetiva por intermédio de um negócio jurídico. São duas as figuras principais desta delegação negocial, a saber, a concessão e a permissão de serviço público.

---

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 453

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 120

A Concessão formaliza-se por intermédio de um Contrato Administrativo, e a permissão se formaliza, segundo a doutrina clássica, como um ato administrativo unilateral, muito embora haja doutrinadores que entendem, na linha que a lei nº. 8987/1995 apresenta, como um contrato de adesão.<sup>47</sup>

Não nos resta, neste ponto, deter-nos muito mais na Delegação Negocial, vez que suas figuras principais serão dissecadas no capítulo subsequente. O que nos cabe, e se reveste de caráter essencial, é distingui-la da figura da delegação legal, principalmente em relação à sua efetivação, a qual se dá por intermédio do Contrato Administrativo.

Como sintetizou da maneira didática que lhe é indissolúvel, José dos Santos Carvalho Filho expõe o que para ele é o cerne da delegação negocial. Em suas palavras:

A delegação negocial - assim denominada por conter inegável aspecto de bilateralidade nas manifestações volitivas - se consuma através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular, os quais se caracterizam por receber, necessariamente, o influxo de normas de direito público, haja vista a finalidade a que se destinam: o atendimento a demandas (primárias e secundárias) da coletividade ou do próprio Estado.<sup>48</sup>

Deste modo, delineando-se tais figuras, podemos passar aos aspectos jurídicos mais importantes da principal delegação negocial, a saber, a Concessão de Serviço Público.

---

<sup>47</sup> neste sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 346

<sup>48</sup> Id.Ibidem. p. 363

### **3 - Aspectos Gerais da Concessão de Serviço Público**

#### **3.1. Definição Conceitual**

A opção metodológica deste trabalho permitiu-nos um caminho lógico até este tópico. De abrupto, dissertamos sobre a "noção" de serviço público, já que impossível se falar no instituto da concessão sem saber qual tema central de direito público ela exterioriza.

Após termos a exata dimensão do que é serviço público, passamos, no capítulo anterior, a analisar quais as formas pelas quais um serviço público pode ser executado. De importância peculiar ressaltar as formas em que o serviço público pode ser prestado para que a concessão de serviço público não seja, de forma alguma, confundida com o serviço público executado por autarquias ou empresas públicas, por exemplo.

Assim já se pode, portanto, a partir das lições reproduzidas quando dissertamos sobre a delegação negocial do serviço público, almejarmos um conceito do que seria "concessão de serviço público". Todavia, delineá-lo sem antes apresentar os principais conceitos desenvolvidos pela doutrina seria, na melhor das hipóteses, deslealdade acadêmica.

Antes, no entanto, necessário expor o conceito legislativo proposto à Concessão de Serviço Público. Por mais que houvesse um hiato conceitual promovido pela legislação, tal fato foi suprido, ou ao menos mitigado, com a edição da Lei nº. 8987/1995. Vejamo-lo em sua faceta legislativa:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

O mesmo diploma legal apresenta, ainda, no inciso III do mesmo artigo, mais um conceito que se enquadra dentro da "Concessão do Serviço Público. Em suas palavras:

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;

Diante desta espécie de conceituação legislativa de Concessão de Serviço Público, a doutrina passou a trabalhar em sua hermenêutica, atitude esta que, não sem razão, levantou alguns problemas congêntos.

No entender de Marçal Justen Filho, as definições fornecidas pela Lei são precárias e insuficientes, apresentando defeitos lógicos que descaracterizam a própria função definitória.<sup>49</sup>

Para o aludido autor conceituar Concessão envolve a conjugação de inúmeros elementos, que passam, inclusive, pela análise do direito comparado. Jamais se poderia, por exemplo, ao se pretender conceituar um instituto, discorrer que a Concessão se caracteriza por "se dar mediante licitação" e com a "modalidade concorrência pública", determinando, no conceito, seu regime jurídico. Como bem expôs Marçal Justen Filho, "eventualmente a definição envolve, também, a determinação do regime jurídico que caracteriza o instituto, mas não é possível definir e constituir o regime jurídico aplicável de modo simultâneo."<sup>50</sup>

De igual forma, para Celso Antônio Bandeira de Mello os conceitos trazidos pela lei padecem de qualidade técnica lastimável, vez que incluem na caracterização das figuras delineadas elementos que são requisitos de sua válida formação (como, por exemplo, ser precedido de licitação) mas, evidentemente, não são requisitos de existência, isto é, relativos à sua mera composição jurídica.<sup>51</sup> Ainda, para o aludido autor, chega a ser absurdo o fato de que se uma delegação não atender aos requisitos, ela não seja considerada uma concessão para fins legais.<sup>52</sup> Pouco importa o rótulo das coisas, sendo de suma importância sua natureza, seu espírito.

Filiamo-nos à advertência trazida pelos ilustres autores. De fato a Lei, quando se incumbiu do trabalho de conceituar o instituto, o fez de maneira

---

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 54

<sup>50</sup> id. *Ibidem*.

<sup>51</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 715

<sup>52</sup> Id. *Ibidem*.

questionável, trazendo formulações verbais que não apresentam função *descritiva* mas claramente *prescritiva*.

Contudo, não podemos deixar de percebê-la como um avanço, já que o conceito jurídico positivo é o ponto de partida da hermenêutica realizada pela doutrina.

Assim que, tendo em vista a conceituação e seus problemas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe um conceito de Concessão de Serviço Público da seguinte forma:

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. Esse é o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei. nº. 8987/1995.<sup>53</sup>

Vemos que, ao analisar a insuficiência da Lei a renomada administrativista, aplicando hermenêutica sistemática à lei completa, contempla um conceito que não se encontra pela simples leitura da conceituação legislativa, suprindo, com maestria, as lacunas que Marçal Justen Filho apresentou. Neste conceito apresenta a forma pela qual a concessão se dá (contrato administrativo), sua principal condição (a execução por sua conta e risco) e a retribuição pecuniária do serviço (tarifa ou fontes alternativas de receita), além de abrir margem à outros tipos de concessão de serviço público, que se tornaram realidade com o advento das Parcerias Público-Privadas e agora com a utilização do Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC) para algumas avenças do Poder Público em matéria de serviço público federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello também nos dá sua conceituação do instituto. Em suas sempre didáticas e esclarecedoras lições:

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

---

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 299

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.<sup>54</sup>

Em linhas gerais, seguiu a mesma lógica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao conceituar a Concessão, com a diferença que nos legou um conceito que será de suma importância no presente ensaio, ou seja, a garantia de um equilíbrio econômico financeiro. Tal garantia, permitindo-se breve explanação do que se cuidará em capítulos posteriores, prestigia, de uma só vez, não apenas os princípios atinentes ao serviço público e a execução de um serviço adequado aos usuários, mas também de desenvolver a economia.

Ato contínuo, em suas clássicas lições expõe Hely Lopes Meirelles:

*Concessão* é a delegação contratual da *execução do serviço*, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuito personae*. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.<sup>55</sup>

Notemos que o eterno mestre privilegia um conceito cuja formalização contratual da concessão ganha relevo, asseverando a reciprocidade, o que será de enorme valia quando tratarmos do equilíbrio econômico financeiro. Vale lembrar, a reciprocidade afirma que a concessão, por ser um ajuste bilateral, deve ser vantajosa para ambos.

O saudoso Diógenes Gasparini o define como "contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a

---

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 710

<sup>55</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 367

execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular, que será remunerado mediante tarifa previamente aprovada."<sup>56</sup>

O saudoso mestre optou por uma conceituação mais sintética de Concessão, o que não significa, em absoluto, que negligencie aspectos importantes como o equilíbrio econômico financeiro, dentre outros. Igual linha segue o ilustre José Cretella Junior ao expor que a concessão é "a transferência, pela Administração, a terceiros, de poderes, em todo ou em parte, vantagens, utilidades que passam para o concessionário, reservando-se, o concedente, alguns dos direitos, vantagens ou utilidades."<sup>57</sup>

Tais colações de conceitos sugeridos pela doutrina tem uma dupla função. A primeira demonstrar a riqueza do tema e os diferentes enfoques dados pelos doutrinadores pátrios. Vimos, portanto, que enquanto alguns optam por um conceito sintético, outros resolvem expor determinados aspectos do instituto que consideram de extrema importância, como o fez Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles ao se focar na remuneração e equilíbrio econômico financeiro. A segunda reforçar o que para nós faz parte do conceito, a saber, a remuneração do particular, bem como sua manutenção de seu lucro.

Assim, quer nos parecer acertado um conceito mais amplo de concessão de serviço público, de modo a abarcar características sem as quais seriam impossível sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio.

Um conceito amplo, abarcando a remuneração do particular, bem como seu direito de vê-la readaptada à realidade, é um conceito que prestigia não só a execução de um serviço público de maneira adequada, nos dizeres da Lei. É um conceito que prestigia um dos fundamentos da República brasileira, positivado em nossa magna carta logo de início, a saber, o desenvolvimento econômico da nação.

Tal conclusão para nós chega a ser óbvia. Muito embora, por motivos ideológicos, fossemos levados a preferir (se esse é o vocábulo correto) a prestação direta do serviço público, a verdade irrefutável é que nossa Constituição

---

<sup>56</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 365

<sup>57</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 267

prevê, expressamente (artigo 175) a prestação indireta do serviço público por particular.

Assim sendo, e levando em consideração o fato de que nos inserimos em uma ordem capitalista, cuja livre concorrência foi protegida pela Magna Carta, não nos parece plausível admitir que um particular exerça serviço público sem lucro. Ato contínuo, o lucro advindo da execução do serviço público pode ser compreendido, sem dúvidas, como prestígio aos fundamentos da república, expostos no artigo 1º, qual seja, o valor social do trabalho e, principalmente, a livre iniciativa, repetidas no artigo 170.

Isto posto, um conceito que entendemos acertado para o objetivo do presente ensaio é: Concessão é a execução de um serviço público por particular, por sua conta e risco, consolidando-se em um contrato administrativo, com remuneração advinda da cobrança de tarifa, cujos termos sempre poderão ser revistos de modo a manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Tendo em mente o conceito de serviço público passaremos, no item subsequente, a tratar brevemente da história da Concessão no Brasil, um modelo de prestação de serviço público que, como veremos, em muito se confunde com a consolidação da nação brasileira.

### **3.2. Apontamentos Históricos da Concessão de Serviço Público no Brasil**

Como adiantamos a pouco, a Concessão do Serviço Público acaba por se confundir com o próprio desenvolvimento da república brasileira. Embora não se possa levar a noção contemporânea para a época imperial, é certo que a utilização de capital privado no desenvolvimento de serviços públicos remonta aos primórdios do século XIX.<sup>58</sup>

Dito isto, na oportunidade onde delineamos a "noção" de serviço público, vimos que a jovem república se valeu de particulares para desenvolver serviços públicos necessários a consolidação da Nação. No primeiro quarto do século XX vimos, de igual forma, que o Brasil optou por um "modelo" de prestação indireta de serviço público que se assemelhava ao modelo estadunidense, o dos "public utilities" e que, posteriormente, na década de 30, com a mudança de caráter

---

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral da Concessão de Serviços Públicos*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 67

do estado brasileiro, seu modelo de prestação indireta de serviço público caminhou no sentido do Direito Europeu, mas especificamente o da "escola do serviço público" francês.

A figura da prestação indireta dos serviços públicos começa a tomar contornos mais parecidos com os atuais no primeiro quarto do século XX, com a criação de entidades autárquicas, e se consolida nos idos da década de 30 do mesmo século, com a concessão em favor de pessoas privadas (nacionais ou estrangeiras) para que estas desenvolvessem determinadas áreas estratégicas da infraestrutura nacional, objetivando o desenvolvimento econômico.<sup>59</sup>

Importa ressaltar que esta espécie de prestação indireta de serviço público encontra terreno fértil para seu desenvolvimento no bojo do Estado liberal. A esse propósito, o magistério de Caio Tácito é voz de autoridade. Em suas palavras:

há uma mobilização da economia capitalista para o desenvolvimento de obras públicas, que surgem, por exemplo, na França, preliminarmente como um contrato de obras públicas em que o empresário, a par do encargo da realização da obra, recebe a autorização de explorá-la por algum período, de modo a se ressarcir do investimento feito. A concessão de serviços públicos teve assim, de início, um caráter nitidamente contratual, primeiro como contratos de direito privado, mais tarde como contratos de direito público.<sup>60</sup>

Tal modelo, o de concessão de serviço público (prestação indireta do serviço) se mostrava extremamente vantajoso para uma nação em desenvolvimento pois, em certa medida, o serviço seria executado sem ônus financeiro algum para o Estado. E, levando-se em consideração que o liberalismo, no primeiro quarto do século XX, estava a "todo vapor", investir em um serviço cujo retorno era alto mostrava-se vantajoso. Sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de especialização, com vistas a obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de

---

<sup>59</sup> TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 753

<sup>60</sup> Id. *Ibidem*. p. 753

métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.<sup>61</sup>

Desta maneira vemos que o início do que chamamos de concessão se confunde com a época áurea do liberalismo econômico. Após, com a crise do liberalismo advinda em meados da década de 20 do século passado, a concessão muda um pouco de rumo, com o Estado assumindo novos encargos sociais. Isso ocorreu em virtude da instabilidade econômica geral, devido às guerras mundiais e outros fatores e às tendências estatizantes. Muitas das atividades concedidas foram nacionalizadas e criaram-se empresas estatais que absorveram boa parte das concessões do setor privado.<sup>62</sup> Desta forma, após o modelo clássico de concessão advinda do liberalismo econômico, forma-se uma outra faceta, a do serviço público sendo executado por intermédio de uma delegação legal, nos termos já explicitados no presente ensaio.

Na década de 80, ressurgiu o interesse pela gestão privada dos serviços públicos, ou seja, a delegação negocial, pelos mesmos motivos que outrora existiram, a saber, "a execução de serviços públicos sem ônus financeiro ao Estado".<sup>63</sup>

Em conclusão, é possível fazer cronograma histórico da Concessão de Serviço Público no republicano ordenamento jurídico brasileiro. Desde o início da república, até os idos da década de 30 do século XX, o modelo utilizado, muito embora tenha variado entre o modelo estadunidense dos *public utilities* e o modelo europeu, se baseava e se valia das premissas do liberalismo econômico, ou seja, grande aporte de capital oriundo de entidades privadas, que executavam serviço público e se remuneravam por ele. Após, até mesmo pela crise no liberalismo, o estado assumiu o ônus de prestar o serviço público, através da delegação legal, ou seja, criação de entidades componentes da Administração Indireta. Por fim, o modelo adotado a partir dos anos 80 do século passado (e que, em grande parte, encontra-se em vigência, muito embora a evolução continua do Direito

---

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 295

<sup>62</sup> MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1995. p. 13

<sup>63</sup> Id. *Ibidem*.

Administrativo) onde há uma grande volta à delegação negocial, pelos mesmos motivos que se utilizou outrora<sup>64</sup>.

### 3.3. Natureza Jurídica

O principal ponto que caracteriza a Concessão de Serviço público é, sem dúvida, a participação do particular em sua prestação, mediante contrato administrativo que lhe garanta direitos e deveres. Se sua estrutura se desse de outra maneira, certamente não falaríamos do instituto "Concessão" do Serviço público, mas sim de outra modelagem, como, por exemplo, a prestação direta. Assim sendo, é de interesse doutrinário o estudo da espécie de vínculo que une o particular com o Poder Público, vez que suas garantias daí decorrem. Vale dizer, quando o particular opta por contratar com o Poder Público, derogando o regime jurídico privado que normalmente teria em suas relações, conhecer a natureza do vínculo escolhido nos parece uma boa forma de compreender o instituto e as garantias daí decorrentes, que este em nada se confunde com as características de quando o serviço é prestado diretamente, pelo próprio Estado.

A doutrina nacional, assim como a estrangeira<sup>65</sup>, debruçou-se sobre o tema com o conseqüente desenvolvimento de teorias explicativas sobre a natureza jurídica do instituto. De modo geral, sem prejuízo de posições minoritárias, dividem em 3 grandes grupos, a saber: as teorias unilaterais; as teorias bilaterais e, por último, as teorias mistas.

A teoria unilateral, como o próprio nome chega a sugerir, parte do pressuposto da existência de um Estado autoritário que, em posse de seu poder de império, transfere uma incumbência sua - a prestação do serviço público - a quem queira prestá-lo. Este objeto - novamente, o serviço público - está fora de comércio e

---

<sup>64</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público*. Disponível em <[http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-rtigo\\_0.pdf](http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-rtigo_0.pdf)>. Acesso em 30 de setembro de 2013.

<sup>65</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho perfilou, em seu minucioso estudo sobre a natureza jurídica da Concessão de Serviço Público, os principais estudiosos que delinearão as teorias sobre a natureza jurídica do instituto. São eles: BREWER-CARIAS, Allan. *Contratos Administrativos*. Caracas: Ed. Jurídica Venezuelana, 1992; PLATE, Luis Enrique Chase. *Los Contratos Públicos*. Asuncion, Paraguay: Intercontinental. Ed., 1992; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981

apenas pela vontade do Estado, baseado na oportunidade e conveniência do Ato, é que ele será transferido, inexistindo, por conseguinte, um contrato entre as partes<sup>66</sup>.

No que toca à teoria bilateral, temos que o Estado ficava adstrito ao regime jurídico de direito privado, vez que ao transferir o serviço público para ser prestado por terceiro dependeria da anuência deste. Por se tratar de um acordo de vontade, esta se formalizaria em um contrato no qual a Administração equiparava-se ao particular. Em outras palavras, a prestação do serviço público, cuja responsabilidade cabe ao Estado, só seria passada ao particular se a Administração Pública assim decidisse, equiparando-se, portanto, ao particular<sup>67</sup>.

A teoria mista foi desenvolvida para tentar dirimir as discrepâncias extremistas que cada uma das teorias acima apresentava. Assume que a Concessão do Serviço Público é um Contrato mas não se esquece de toda a principiologia que rege o Direito Público, ramo onde o instituto estudado encontra guarida. Em outras palavras, a Teoria Mista considera o contrato de concessão de serviço público um contrato privado que, no entanto, por encerrar princípios únicos de interesse geral tem a forte influência de princípios de direito público. Vemos que tal teoria tenta agrupar extremos em um único conceito, trazendo institutos de direito privado informados por princípios de direito público<sup>68</sup>.

Na doutrina pátria, Romeu Felipe Bacellar Filho professa a Teoria Mista, entendendo que o Contrato é uma categoria que não pertence nem ao direito público, nem ao direito privado. Em suas claras lições:

Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetével a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado, este, por um misto de prerrogativas e sujeições.<sup>69</sup>

Nada mais elucidativo. Como bem lecionado, não se pode olvidar que a Concessão de Serviço Público se materializa por intermédio de um Contrato, o qual, por firmar interesses que extrapolam o individualismo das partes, se subordina

---

<sup>66</sup> FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Serviços Públicos - Estudos Dirigidos*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 28

<sup>67</sup> Id. *Ibidem*. p. 28

<sup>68</sup> Id. *Ibidem*. p. 27

<sup>69</sup> Id. *Ibidem*. p. 21

ao regime jurídico de direito público, com suas cláusulas que exorbitam o interesse particular.

O já citado autor prossegue dizendo que, se por um lado o regime dos contratos administrativos impõe à Administração Pública um rol de sujeições que restringem sua esfera de atuação, por outro lado, lhe outorga prerrogativas que mantém certo controle na busca do interesse público.<sup>70</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, com seu sempre ponderado raciocínio jurídico, entende que o Contrato Administrativo para a Concessão de Serviço Público tem uma necessária característica mista. Pondera que se trata de uma relação jurídica complexa, composta por um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários, de um ato condição, onde 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.<sup>71</sup>

De qualquer forma, o que se conclui com os argumentos lançados acima é que a Concessão de Serviço Público se formaliza por um Contrato, sendo uma espécie de Contrato Administrativo. E não apenas pela posição de competente doutrina que se chega a essa conclusão. A natureza contratual da Concessão de Serviço público encontra amparo em nossa Magna Carta, notadamente no inciso I, parágrafo único do artigo 175. Diz o referido dispositivo constitucional que a lei disporá sobre o caráter especial do contrato de concessão e de permissão de serviços públicos, o que foi feito pela Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, a qual, por sua vez, também afirma a natureza contratual da Concessão de Serviço Público, especificamente em seu artigo 4º que proclama que 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.

---

<sup>70</sup> Id. *Ibidem*. p. 28

<sup>71</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 719

Deste modo, não restam dúvidas sobre o caráter contratual da Concessão de serviço público cabendo-nos, apenas, delinear os aspectos importantes do chamado Contrato Administrativo que, por envolver interesses públicos, possui facetas que o distanciam de seu congênere no Direito Privado.

A noção clássica de contrato nos leva à hipotética situação de duas vontades que acordam para atingir fins pré determinados no instrumento contratual.

## **4. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO**

### **4.1. A Remuneração da Concessão do Serviço Público**

#### **4.1.1. A Natureza Jurídica da remuneração do Serviço Público Concedido: taxa ou tarifa?**

Já se dissertou alhures sobre as formas em que o Serviço Público pode ser prestado, consoante clara disposição do artigo 175 de nossa Magna Carta. Por este dispositivo, incumbe ao Poder Público prestá-lo de modo direto, ou indiretamente, pelo regime de Concessão ou Permissão. A prestação direta, aquela feita pelo próprio ente Estatal, dispensa maiores comentários e não se insere no bojo da investigação que aqui se propõe. No entanto, a prestação indireta, indubitavelmente, instiga-nos ao questionamento sobre qual a forma de sua remuneração.

É obvio que a atividade estatal é remunerada pela coletividade, através dos tributos exaustivamente tratadas pela doutrina após sua positivação constitucional. Não haveria de ser diferente, portanto, com o Serviço Público.

Contudo, a remuneração do Serviço Público nos leva a dois dispositivos constitucionais distintos: o inciso II do artigo 145 e o inciso III do parágrafo único do artigo 175. O primeiro estabelece que os entes federativos poderão instituir taxa, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva e potencial, dos serviços públicos específicos e divisíveis<sup>72</sup>. Já o segundo dispositivo preconiza, após determinar que o serviço público será prestado ou diretamente ou mediante concessão e permissão, que a lei disporá sobre a política tarifária.<sup>73</sup> Abre-se, conseqüentemente, um aparente conflito.

Necessário se faz, portanto, expormos brevemente os traços caracterizadores de cada uma dessas modalidades de remuneração do serviço

<sup>72</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:  
(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

<sup>73</sup> 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:

(...)

III - política tarifária;

público, permitindo-nos, mais a frente, investigar com propriedade a natureza jurídica da remuneração do serviço público prestado indiretamente, ou seja, mediante a Concessão.

A Taxa nos é trazida pela Constituição Federal de maneira específica no Capítulo I, do Título VI, que versa sobre Tributação e sobre o Orçamento. Trata-se de um tributo que, segundo a dicção legal, poderá ser instituído em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Segundo Hugo de Brito Machado, é uma "espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto a disposição do contribuinte"<sup>74</sup>.

Nada obstante, por se tratar de espécie tributária, submete-se a um regime jurídico próprio, sofrendo uma forte incidência dos princípios tributários existentes na Constituição, que lhe dão uma feição distinta das demais espécies remuneratórias estatais<sup>75</sup>.

De maneira bastante sintética, submetem-se ao "princípio da legalidade tributária", insculpido no inciso I, do artigo 150 de Nossa Magna Carta, que impede a criação de tributo por qualquer ato normativo que não seja Lei em sentido estrito. Desta forma, a instituição de Taxa acaba por ser de competência do Poder Legislativo.

Subjugam-se, de igual forma, ao princípio da irretroatividade e anterioridade tributárias, dispostos nas alíneas do inciso III do artigo 150 da Constituição, que impedem que o imposto seja cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a Lei que o instituiu ou majorou e em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Já a Tarifa possui características bem distintas. Não se submete, a título exemplificativo, ao regime tributário, por decorrer do regime jurídico administrativo, de incumbência do Poder Executivo. Tal conclusão decorre expressamente do inciso III, artigo 175.

---

<sup>74</sup> Id. *ibidem*. 444

<sup>75</sup> BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 79

O citado dispositivo, ao expor que incumbirá ao Poder Público instituir a política tarifária, estabelece forma de remuneração do serviço público que será definida pelo próprio poder concedente. Assim, por estar na incumbência do Poder Executivo, não se submete aos acima citados princípios tributários.

Tarifa, na lição de Joana Paula Batista, é

a remuneração privada dos serviços públicos, arcadas pelos seus usuários, fixadas pelo Estado, na qualidade de poder concedente no exercício do poder tarifário, segundo os termos fixados na proposta vencedora da licitação que definiu o concessionário de serviço público.<sup>76</sup>

As tarifas se submetem a principiologia própria, que refletem o objetivo para o qual são instituídas. Valendo-nos, novamente, da referida autora, 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 dela retira sua remuneração<sup>77</sup>.

Postas estas características principais, surge-nos, portanto, dois institutos de direito público distintos que podem ser adotados para a remuneração do serviço público, a saber, a taxa e a tarifa. Resta-nos identificar qual dessas formas de remuneração deve ser aplicada à prestação indireta do serviço público.

Esta dupla possibilidade divide a doutrina. Em linhas gerais, os tributaristas defendem que a natureza jurídica da remuneração pelo serviço público é a taxa, valendo-se de seu conceito segundo o qual é um tributo vinculado a atividade estatal, ou como leciona Hugo de Brito Machado, "espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto a disposição do contribuinte"<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Id. Ibidem. p. 89

<sup>77</sup> Id. Ibidem. 109

<sup>78</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2007. p. 444

Isto equivale a dizer, portanto, que a remuneração do serviço público tem natureza tributária, com a incidência de todo o regime jurídico respectivo, posição esta defendida por inúmeros juristas, sobretudo tributaristas.<sup>79</sup>

Por outro lado, os administrativistas entendem se tratar de natureza distinta, como, *v.g.*, posiciona-se Antônio Carlos Cintra do Amaral. Em seus dizeres sempre didáticos:

O serviço público, quando prestado diretamente pelo Poder Público, é remunerado pelo usuário, efetivo ou potencial, mediante taxa. A taxa é uma espécie do gênero tributo, cobrável pelo Poder Público pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (art. 145, II, da CF). Quando o serviço é prestado indiretamente pelo Poder Público ao usuário, mediante concessão, é por este remunerado mediante tarifa. Esta é paga pelo usuário diretamente à concessionária, pela prestação efetiva do serviço.<sup>80</sup>

Nota-se que o festejado autor não nega a proposição dos tributaristas, mas sim estabelece uma diferenciação entre os serviços públicos para só então, a partir daí, definir a natureza jurídica. Ou seja, se o serviço público é prestado diretamente pelo Estado, sua remuneração se dará por taxa. Se, contudo, for prestado por pessoa privada, concessionária ou permissionária de serviço público, se dará por tarifa.

De igual forma, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o concessionária, ao se remunerar com a exploração do próprio serviço concedido, o faz mediante a percepção de tarifas cobradas dos usuários.<sup>81</sup>

Parece-nos acertada a lição proposta por Antônio Carlos Cintra do Amaral, ou seja, a de que a natureza jurídica da remuneração na Concessão do Serviço Público é tarifa, principalmente pela leitura dos dispositivos constitucionais,

---

<sup>79</sup> Como exemplo, cuja voz de autoridade dispensa comentários, Geraldo Ataliba (Hipótese de incidência tributária)

<sup>80</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 22

<sup>81</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 710

cuja interpretação que a seguir será realizada se influenciou, certamente, no pensamento do notável jurista.<sup>82</sup>

A inteligência constitucional não parece deixar dúvida acerca da natureza jurídica, a qual, certamente, influenciará o regime jurídico aplicado. Quando estabelece que o serviço público será prestado também por meio de concessão e, logo em seguida, preconiza que o Poder Público disporá em lei sobre a política tarifária, deixa a clara mensagem de que o serviço público será remunerado mediante tarifa. Se assim não fosse, remeter-se-ia ao preconizado no artigo 145 de nossa Constituição, dispositivo que institui a espécie tributária taxa.

No entanto, a Constituição não dispôs regime diferente por mera liberalidade. A escolha pelo regime tarifário vem a prestigiar uma série de premissas constitucionais e infralegais.

Conforme já se asseverou no presente trabalho, a Concessão é um instituto por meio do qual um particular assume a prestação do serviço público por sua conta e risco. Trata-se de um instituto que delega a execução do serviço, em casos onde o Poder Público não tem interesse em prestá-lo diretamente, ou não encontra formas econômicas ou técnicas de viabilizá-lo sozinho, necessitando da ajuda de um particular.

Este particular firma contrato com o Poder Concedente, por intermédio do qual há delimitação de suas obrigações e direitos, donde se insere sua justa remuneração, já que o particular é pessoa jurídica de direito privado que, ao contrário da Administração Pública, executará o serviço público com nítidos objetivos empresariais.

Esta justa remuneração advém da equação econômico financeira proposta quando da assinatura do Contrato Administrativo de Concessão do Serviço Público, e deve ser mantida durante toda a contratação, sob pena de dano irreparável à pessoa jurídica.

Se, de alguma forma, for quebrada, deverá ser recuperada através dos meios possíveis de reequilíbrio da equação econômico financeira, os quais serão objeto de estudo mais para frente.

---

<sup>82</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.p. 26

Portanto, diante desta possibilidade de alteração desta justa remuneração, existente dentro da equação econômico financeira, a tarifa nos parece ser a melhor opção, pois não se submete aos princípios constitucionais que emanam sua normatividade sobre a taxa.

Vale lembrar que para o aumento do valor dos tributos deve-se respeitar o princípio da legalidade e anualidade, o que se mostra inviável em se tratando de pessoa privada prestando serviço público por intermédio de concessão.

Assim, se o Concessionário for remunerado mediante tarifa, oriunda do Poder Tarifário de competência do Executivo, nada impediria que a equação econômico financeira rompida fosse imediatamente recomposta, por meio de ato do Poder Concedente.

Tal recomposição imediata seria impossível se a remuneração se desse através de taxa, uma vez que se subordina a princípios específicos, como os que brevemente expusemos acima.

Tal posicionamento é seguido por Antônio Carlos Cintra do Amaral, para quem a discussão nunca foi acadêmica, eis que sua obviedade salta dos ditames constitucionais. Em suas palavras:

além da previsão legal, o aumento de tributos, inclusive taxas, somente pode ser cobrado no exercício seguinte ao em que haja sido publicada a lei autorizativa. O que continua a demonstrar a incompatibilidade da cobrança de taxa com o dever poder concedente de assegurar e restabelecer o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão de serviço público. Essa remuneração, portanto, caracteriza-se como tarifa.<sup>83</sup>

Marçal Justen Filho expõe que a problemática existente - já que a remuneração pode, em tese, ser feita mediante taxa ou tarifa - é facilmente resolvida com a investigação do próprio regime jurídico das figuras e na sua compatibilidade com a satisfação do interesse público. Como argumenta, o regime jurídico da prestação dos serviços públicos continua a ser público, todavia, seu exercício acaba se dando por regras eminentemente privadas, já que o concessionária promove

---

<sup>83</sup> Id. Ibidem. p 26

investimentos às custas de seu patrimônio, objetivando o lucro<sup>84</sup>, disposto no Contrato Administrativo de Concessão, especificamente em sua equação econômico financeira.

Prossegue a justificando da seguinte maneira:

A concessão estrutura-se sobre pressuposto de uma modalidade de remuneração norteadas por princípios distintos dos que disciplinam a remuneração do serviço prestado pelo próprio Estado. O concessionário tem direitos perante o Estado, no tocante à remuneração pela prestação dos serviços públicos, que se retratam na impossibilidade de modificação da equação econômico financeira do contrato, na garantia do lucro e na recomposição compulsória de valores. Somente é possível atribuir ao particular o desempenho dos serviços por conta e risco próprios se a remuneração a ele atribuída estiver sujeita a um regime jurídico específico. Esse regime jurídico específico pressupõe mutabilidade a qualquer tempo. Como o particular não é dotado de estruturas e garantias inerentes ao Estado, já risco de sua insolvência. A contrapartida de assumir o serviço por conta e risco 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.<sup>85</sup>

E, de fato, tal lição complementa o pensamento até então exposto. Se a concessão é prestada por pessoa privada que objetiva, por obviedade, o lucro, sua remuneração somente pode se dar por tarifa, já que esta é a única que consegue, com competência, garantir recomposição do equilíbrio econômico financeiro caso este venha a ser quebrado, por motivos diversos. Se dependesse da taxa, necessariamente se subjugaria ao regime jurídico tributário, sendo necessário o respeito aos princípios da legalidade e da anualidade.

Sem prejuízo dos demais doutrinadores, Joana Paula Batista<sup>86</sup> propõe uma fórmula muitíssimo interessante para se analisar, em termos acadêmicos, qual o instituto jurídico adequado para a remuneração do serviço

---

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 346

<sup>85</sup> Id. *Ibidem*. p. 346-347

<sup>86</sup> BATISTA, Joana Paula. *Remuneração do Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 70

público, que se assemelha com a proposta de Marçal Justen Filho<sup>87</sup> de buscar a satisfação do interesse público. Para a citada autora, a contenda se resolveria com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste diapasão prossegue, fortemente influenciada por Helenilson<sup>88</sup> Cunha Pontes e sua obra o Princípio da Proporcionalidade, afirmando que os critérios para verificá-lo são (i) o da adequação, em que se verifica se a medida eleita é idônea e útil para obtenção do fim perseguido; (ii) o da necessidade, em que se observa se a medida adotada é menos agressiva para atingir o objetivo pretendido; e, por último, (iii) o da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual deve haver compatibilidade entre o meio eleito e o fim visado.

Ao aplicarmos este modelo à taxa, tem-se a conclusão de que ela é adequada a trazer remuneração, necessária ao ponto de que possui caráter contraprestacional, porém, no entanto, ao ser cotejado com a proporcionalidade em sentido estrito, mostra-se inócua, porque não permite a remuneração plena do concessionário, segundo os termos definidos em sua proposta.<sup>89</sup>

Ao cotejar o instituto da tarifa com o mencionado modelo, os resultados obtidos são outros, o que demonstra, de sobremaneira, o acerto em sua escolha. Vejamos a análise, nas próprias palavras da autora:

Igualmente adequada e necessária, ao tempo em que cumpre o mister de remunerar o prestador do serviço de forma não agressiva aos seus usuários, em face do influxo do princípio da modicidade tarifária, a tarifa consegue, em face de seu peculiar regime, possibilitar a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão celebrado entre Estado e particular, já que sua alteração pode se dar via edição de ato administrativo.<sup>90</sup>

Não nos resta dúvidas, portanto, de que a natureza jurídica da remuneração pela Concessão do Serviço Público é de tarifa. Nossa Constituição

---

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 346

<sup>88</sup> BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 73-74

<sup>89</sup> Id. *Ibidem*. p. 73-74

<sup>90</sup> Id. *Ibidem*. p. 74

Federal estabeleceu dois regimes distintos de remuneração do serviço público, levando em consideração a forma como seria prestado. Se prestado de maneira direta, seria remunerado por taxa<sup>91</sup>, com a subsunção ao regime jurídico tributário correspondente.

Se prestado de modo indireto, mediante concessão ou permissão de serviço público, sua remuneração se daria por intermédio de tarifa, pois somente esta figura jurídica garantiria a manutenção do lucro objetivado pela empresa que executa o serviço público. Em outras palavras, apenas esta figura garantiria o lucro garantido constitucionalmente ao prestador do serviço público mediante concessão. Em hipóteses nas quais eventos alterem esta margem de lucro, tornando a execução da atividade deficitária, ou até mesmo menos lucrativa, deve-se, imediatamente, por força constitucional, restaurá-lo. E esse imediatismo, conforme se viu, somente seria possível mediante ato da Administração Pública que não fosse subordinada à princípios da legalidade e anualidade, os quais, fatalmente, levariam a pessoa jurídica a falência.

Assim, superada a discussão sobre a natureza jurídica da remuneração, que nos levou à certeza sobre a figura da tarifa, cabe-nos analisar o motivo pelo qual a busca pelo lucro é legalmente garantida para só após, munidos de elementos, analisarmos as formas onde este lucro é quebrado e, posteriormente, restaurado.

#### **4.1.2. A Tarifa e o Poder Tarifário**

Já se concluiu, diante do estudo apresentado, que a remuneração do concessionário se dá mediante tarifa. Esta figura jurídica nos remete, obrigatoriamente, ao poder tarifário, obrigação estatal. Não pode o Estado deixar de exercê-lo, pois quando a constituição definiu que cabe ao poder público instituir a política tarifária e a Lei 8987, no *caput* de seu artigo 9º, preconizou que "a tarifa será fixada", demonstrou a obrigatoriedade da fixação de um valor que remunerará o serviço prestado e a empresa que o presta.

---

<sup>91</sup> O Estado, uma vez prestando serviço público diretamente, poderá arcar com eventuais prejuízos, sem necessidade imediata de recomposição. Isto porque seu regime tributário, bem como os princípios que regem sua atividade, permitem que a atividade seja deficitária. Assim sendo, poderia se subjugar aos princípios da legalidade e anualidade.

As tarifas, consoante belíssimo síntese de Joana Paula Batista, são a remuneração privada dos serviços públicos, arcadas pelos seus usuários, fixadas pelo Estado, na qualidade de poder concedente no exercício de poder tarifário, segundo os termos fixados na proposta vencedora da licitação que definiu o concessionário do serviço público.<sup>92</sup>

Tal remuneração, por estar inserida em regime jurídico de direito público, deve subjugar-se a inúmeras normas que prestigiem os princípios dos serviços públicos, já outrora objeto de análise do presente trabalho, do qual ressaltamos, *v.g.*, o princípio da universalidade. Assim se subjeta a outros princípios específicos, tais como o da Tarifa módica, Tarifa certa, tarifa razoável, tarifa justa, tarifa proporcional, tarifa irretroativa, tarifa suficiente e tarifa real<sup>93</sup>, cujas peculiaridades não nos permitem um tratamento adequado neste ensaio. No entanto, cabe-nos entendê-las como uma correlação direta do Princípio da Modicidade Tarifária, já que o serviço público objetiva atender à coletividade e é extremamente necessário, principalmente, pela parcela mais pobre da população, a qual não possui condições financeiras elevadas para arcar com altos custos.

Muito embora não seja o objetivo último deste pequeno ensaio acadêmico, cabe-nos mencionar, mesmo que de passagem, quais os tipos de tarifa possíveis de serem instituídas, legando certa complementaridade ao estudo.

Segundo preciosas lições de José Cretella Junior, sem prejuízo de outras por ventura existentes ou criadas, há quatro tipos de tarifa, a saber, a proporcional, a diferencial, a gradual e a única<sup>94</sup>.

Por tarifa proporcional, entende-se aquela que possui uma alteração em seu valor proporcionalmente à fruição do serviço, como se dá, por exemplo, no serviço de abastecimento de água.

Já a tarifa diferencial é aquela cujo valor se altera em razão dos elementos prestados. No que concerne à tarifa gradual o preço varia em relação a grupos de unidades e não em relação a uma unidade em si. No que toca à tarifa

---

<sup>92</sup> Id. *Ibidem*. p. 89

<sup>93</sup> Sobre cada uma desses princípios, é de rigor a consulta à obra de Joana Paula Batista (*Remuneração do Serviço Público*. pp. 108 e ss.)

<sup>94</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*.p. 150.

única, por fim, dá valor o elemento espaço, desprezando o elemento peso, como, *v.g.*, o transporte de correspondência postal.

Dito isto, tendo em vista esta multiplicidade de interesses envolvidos, mas sem nos olvidar que o interesse público é o mote da execução do serviço público, nem sempre a tarifa fixada pelo Poder Concedente será suficiente para remunerar totalmente os concessionários. Em outras palavras, poderá haver hipóteses onde a modicidade tarifária seja atingida em detrimento do lucro calculado pelo empresário e aceito pelo Poder Concedente nos termos da proposta tida como vencedora do edital de concessão. Nestas hipóteses, deve-se seguir o preconizado pelo artigo 11 da Lei 8987/95, a qual, tendo conhecimento da natureza da prestação do serviço público e de sua necessária modicidade tarifária, previu elementos suficientes para mantê-la, no mesmo passo que permite a remuneração do serviço público.

De tão claros os dizeres legais, colacionamo-lo na integralidade. *In verbis*:

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.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Percebe-se da dicção legal que, além da tarifa fixada pelo Poder Público, poderá o Concessionário auferir receitas de outras fontes, as quais comporão o equilíbrio econômico financeiro do contrato, de modo a prestigiar a modicidade tarifária e permitir a justa remuneração (lucro) do empresário pela execução do serviço público. Assim, outras formas de se buscar receitas, manter a equação econômica financeira e atingir o lucro almejado pelo empresário são permitidas, as quais, de maneira sucinta, serão tratadas no tópico a seguir.

#### **4.1.2. Fontes Alternativas de Receita**

Novamente nos valemos da Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, especificamente da conjugação do dispositivo acima mencionado (parágrafo único do artigo 11) com o inciso VI do artigo 18, que prevê a obrigatoriedade do edital conter as possíveis fontes alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados.

Tais fontes, consoante dito alhures, comporão o equilíbrio econômico financeiro que deverá ser mantido durante toda a execução do contrato.

Estamos diante de ocasiões onde se aplica a racionalidade econômica, significando que todos os ângulos economicamente relevantes devem ser explorados em benefício da elevação de qualidade e conseqüente redução tarifária.<sup>95</sup>

Como bem pontua Marçal Justen Filho:

a assunção das fontes alternativas de receita incorpora, no setor público, uma das inovações mais significativas observadas no âmbito da iniciativa privada, que consiste na integração de atividades interrelacionadas, para ampliar sua eficiência. A organização dos fatores da produção vai além dos limites de uma atividade unitária, de objeto circunscrito, para abarcar inúmeras oportunidades conexas, propiciando a ampliação do lucro.<sup>96</sup>

Assim temos, por exemplo, na Concessão de uma Rodovia, a locação dos espaços nela existentes para a instalação de postos de conveniência e abastecimento, propaganda publicitária ou, como na Concessão do Serviço de Transporte Municipal de passageiros, a locação de espaços para estabelecimentos comerciais nas estações dos veículos.

Tal posicionamento é seguido, de igual forma, por Celso Antônio Bandeira de Mello que entende que a remuneração do concessionário se dá, basicamente, pela cobrança de tarifa do usuário, não sendo necessário que este se dê exclusivamente por elas.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 367

<sup>96</sup> Id. *Ibidem*. p. 368

<sup>97</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 710

Existem pelo menos três tipos de fontes complementares, segundo o preconizado no artigo 11 da Lei 8987/95, a saber, receitas acessórias, alternativas e aquelas advindas de projetos associados.

No que toca às receitas alternativas, socorremo-nos das lições deixadas por Marçal Justen Filho em seu verdadeiro tratado sobre o tema. Diz o referido autor que estas são receitas relacionadas com a exploração alternativa, do ponto de vista econômico, do objeto da concessão. Não importam o desenvolvimento de outras utilidades ao público nem a ampliação do objeto da concessão<sup>98</sup>. Mantido o mesmo objeto, aproveitam-se oportunidades no desempenho do serviço público para obtenção de outras receitas que trarão lucro ou, ainda, diminuirão a tarifa, em prestígio ao princípios da modicidade tarifária.

No que toca à receita acessória, deve-se seguir a teoria geral do direito, por meio da qual é acessório ao serviço tudo aquilo que possa ser suprimido sem que se desconfigure a prestação do serviço. Como exemplo de receita acessória, imaginemos um serviço de mensagens por telefone celular que avisa, minuto a minuto, o itinerário do ônibus que serve determinada linha do transporte municipal, cobrando determinado valor por isto.

Por fim, no que concerne à ideia projetos associados, temos um investimento arcado integralmente pelo particular para só depois poder usufruí-lo na própria prestação do serviço público. Segundo expõe Joana Paula Batista, a ideia se liga à diminuição de custos do Estado e não oneração do usuário da melhoria decorrente do investimento do particular<sup>99</sup>. Projetos associados são facilmente visíveis nas Concessões de Serviço Público precedido de obra pública, nos termos da Lei 8987 de 13 de fevereiro de 1995.

Para o ilustre doutrinador paranaense Marçal Justen Filho, os projetos associados acabam por implantar, no serviço público, as complexas estruturas empresárias do setor privado. Em suas palavras:

Importa na inserção do objeto da concessão no âmbito de uma pluralidade de empreendimentos, de molde que os resultados econômicos globais sejam multiplicados. A concessão (especialmente aquela precedida de obra

---

<sup>98</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 373

<sup>99</sup> BATISTA, Joana Paula. *Remuneração do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 92

pública) passa a ser um dos pólos da atividade a ser desenvolvida. Conjuntamente com ela, desenvolvem-se outras atividades econômicas interrelacionadas. Nessa hipótese, poderia se reconhecer dois (ou mais) empreendimentos economicamente equivalentes, cujo desenvolvimento conjugado caracteriza a associação a que alude o dispositivo.<sup>100</sup>

Assim, apresentadas as formas pelas quais o serviço público é remunerado, levando em consideração que desta remuneração o empresário deverá retirar seu lucro, a justa remuneração por sua atividade, podemos apresentar o modo como este lucro é equacionado dentro do custo do serviço (equação econômico financeira), bem como o modo como ele é afetado e as maneiras de sua restauração. Este é, portanto, o objeto do tópico subsequente.

## **4.2. O Equilíbrio Econômico Financeiro**

### **4.2.1. Conceito**

O conceito do instituto estudado é dado com maestria por Hely Lopes Meirelles, o qual dispõe que:

o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro. Trata-se de doutrina universalmente consagrada, hoje extensiva a todos os contratos administrativos.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 373

<sup>101</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 197

No entender de Eduardo Garcia de Enterría, fortemente influenciado pelas decisões do Conselho de Estado francês:

É da essência de todo contrato de concessão o buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se concedem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre os benefícios prováveis e as perdas previsíveis. Em todo contrato de concessão implica-se, como um cálculo, a honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige. É o que se chama de equivalência comercial, a equação financeira do contrato de concessão.<sup>102</sup>

Assim, o conceito do equilíbrio econômico financeiro se traduz por ser uma equivalência entre os encargos e as vantagens assumidas pelo Concessionário quando, por intermédio do Contrato Administrativo de Concessão, assume a prestação do Serviço Público.

Outra não é o entendimento de Marcel Waline. Diz o renomado mestre francês que:

Equilíbrio financeiro ou a equação financeira do contrato é um relatório que foi elaborado pelos próprios contratantes no momento da celebração do contrato, de um conjunto de direitos do contratante e todos os custos, que são equivalentes, e que não podem ser alterados.<sup>103</sup>

Isto posto, cumpre-nos apresentar uma breve investigação histórica do desenvolvimento desta idéia, bem como de sua contemplação no ordenamento jurídico pátrio.

#### **4.2.2. Breve histórico da concepção de Equilíbrio Econômico Financeiro. Origens e inserção no Direito brasileiro.**

O Equilíbrio Econômico Financeiro tem sua origem, como grande parte dos institutos de Direito Administrativo, na jurisprudência do Conselho de Estado francês, no auge do liberalismo econômico.

---

<sup>102</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*. Madrid: Civitas Ediciones, 2005, p. 750 (tradução nossa)

<sup>103</sup> WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Paris: Ed. Sirey, 1959. p. 574

Há dois casos emblemáticos sobre o tema, cuja a importância transpassa o simples conhecimento histórico. Trata-se dos casos da *Compagnie Générale Française de Transways* (1910) e o caso da *Compagnie Générale D'Éclairage de Bordeaux* (1916).

O Conselho de Estado Francês, em 1904, havia julgado um caso da *Compagnie des Chemins de Fer Economiques du Nord*, no sentido de que o número de viagens previsto no caderno de encargos não poderia ser alterado unilateralmente pela Administração. Assim, quando o Poder Público determinou o acréscimo nos horários dos trens da *Compagnie Générale Française de Transways*, majorando as atribuições daquela concessionária e seu custo operacional, a mesma aviou recurso visando à declaração da ilegalidade da alteração unilateral do número de trens em relação ao que dispunha o caderno de encargos originário.

O Conselho de Estado francês, contudo, nessa decisão, reconheceu, nas concessões de serviços públicos, a existência: 1) normas de natureza regulamentar impostas pela Administração e decorrentes da *puissance publique* o que permitiria a ela alterar unilateralmente o contrato, adaptando as condições de prestação do serviço às transformações da realidade, de forma a atender da melhor forma possível às necessidades da coletividade; e 2) de normas atinentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato, por meio das quais se assegura ao concessionário a relação de equilíbrio entre os seus encargos e suas atribuições, diante da mutabilidade do contrato.<sup>104</sup>

No que concerne ao caso da *Compagnie Générale D'Éclairage de Bordeaux* (1916), o Estado francês deflagrou a teoria da imprevisão, assegurando aos contratados da administração pública a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do ajuste, nos casos de mudança de sua economia, em função de fatos que as partes não puderam prever. Buscou obter do poder público o sobrecusto que suportou. O Conselho de Estado decidiu que a Companhia deveria assegurar a continuidade do serviço, mas que possuía, de igual forma, direito a ser indenizada

---

<sup>104</sup> LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio Econômico-financeiro contratual no Direito Administrativo e no Direito Civil*. São Paulo: Editora Del Rey, 2007. p. 62

pela parte das consequências pecuniárias da situação de força maior que excedeu a álea econômica normal.<sup>105</sup>

Neste importante contexto histórico a França começa a delinear a noção de Equilíbrio Econômico Financeiro, a qual seria emanada para todos os países que sofreram a influência deste berço do Direito Administrativo.

Os precedentes históricos brasileiros remontam a Constituição de 1934 onde, em seu artigo 137, havia previsão expressa de que o Poder Público deveria rever as tarifas de modo a garantir que os lucros do Concessionário não ultrapassassem a justa remuneração<sup>106</sup>, determinação esta repetida e aperfeiçoada na Constituição de 1937 para garantir a justa retribuição do capital investido, de modo a garantir a adequada e regular prestação do serviço. A Carta Magna de 1946 caminhou em sentido parecido, ressaltando que a tarifa objetivava remunerar o serviço bem como permitir sua expansão, o que pressupunha a auferição de lucros para que estes, em contrapartida, proporcionassem investimentos pesados no próprio Serviço Público.

A Constituição de 1967, assim como a de 1969, utilizaram-se da expressão "Equilíbrio Econômico Financeiro", nos contornos até aqui demonstrados. Expunham, expressamente, que a lei disporá sobre o regime das concessionárias de serviço público, principalmente "estabelecendo tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato".

Nossa Constituição Cidadã trouxe algumas alterações importantes. As constituições anteriores, sobretudo as oriundas da década de 60, eram expressas ao relacionar "equilíbrio econômico financeiro" com "tarifa". Ou seja, o equilíbrio era devido tendo como instrumento a respectiva tarifa. Nesse sentido entende, também, Eugenia Cristina Cleto Marolla. Em suas palavras:

As Constituições de 1967 e 1969 impunham à lei o papel de estabelecer tarifas que remunerassem, de forma justa, o capital, assegurassem o melhoramento e a expansão dos serviços e o equilíbrio econômico

---

<sup>105</sup> Id.Ibidem. p. 64

<sup>106</sup> Como veremos mais adiante, um típico caso de Equilíbrio Econômico Financeiro em favor do Poder Público.

financeiro do contrato, carreando ao Poder Público o dever de realizar sua fiscalização permanente e revisão periódica.<sup>107</sup>

Já a Constituição de 1988 estipula em seu artigo 175 que caberá a Lei dispor sobre a “política tarifária”, o que claramente amplia o universo de possibilidades já que a política tarifária envolve inúmeras outras variáveis que são excluídas quando a lei se remete apenas à tarifa. Esta política tarifária sempre terá como norte a modicidade das tarifas e a prestação adequada do serviço, motivo pelo qual, para alcança-la, poderá se valer de outros meios que não apenas a tarifa, em sentido estrito.

No entanto, a Carta Magna não preconizou em lugar algum, de forma expressa, o instituto do “Equilíbrio Econômico Financeiro” o que não significa, em absoluto, que ele não decorra do ordenamento constitucional. No entanto, como tal tópico busca mostrar a evolução do conceito nas constituições brasileiras, seu fundamento legal e constitucional será objeto de tópico específico.

#### **4.2.3. O Planejamento da Concessão e o nascedouro da Equação Econômico Financeira. Conceito**

Este tema, de crucial importância para a sustentação da Concessão do Serviço Público, se remete, obrigatoriamente, à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 8.666/93. Sobretudo, remete-se ao parágrafo 2º, do artigo 7º. Expõe o referido dispositivo, em síntese, que somente poderá haver licitação quando houver projeto básico aprovado, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários, previsão dos recursos orçamentários que arcarão com as obras ou serviços e o produto dela esperado.

De fato, este dispositivo serve como norte para os Contratos de Concessão dos Serviços Públicos, mas em momento algum esgotam o que pode ser considerado como planejamento para a figura da Concessão. O dispositivo

---

<sup>107</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 53

colacionado é apenas o ponto de partida quando se pretende licitar a concessão de um serviço público.

Valendo-nos do magistério de Antônio Carlos Cintra do Amaral, o qual seguimos na integralidade, a etapa de planejamento da Concessão deve conter um estudo de viabilidade econômico financeira, quer seja ou não precedida de execução de obra pública<sup>108</sup>.

E à evidência não poderia ser de outra forma. Se a inteligência constitucional determina que o particular prestará o serviço público por sua conta e risco, precisa ele de elementos econômico financeiros que lhe permitam, *a priori*, identificar a margem do risco do negócio e calcular todos seus investimentos e lucros para sua remuneração. Caso aja de maneira distinta, o Poder Concedente não atrairá a iniciativa privada para o esquema de parceria. Sem parâmetros confiáveis, que permitam ao empresário exarar um juízo financeiro/empresarial sobre a concessão, cujo prazo é necessariamente longo, não há possibilidade de parceria.

Como bem pontua o ilustre jurista pernambucano:

Esse estudo de viabilidade econômico-financeira é fundamental não apenas para justificar a concessão, como determina o art. 5º da Lei 8987/1995, mas também para demonstrar ao eventual parceiro que do Poder Público que este, ao abrir a licitação, está alicerçado no domínio técnico e econômico-financeiro do esquema de concessão.<sup>109</sup>

E prossegue analisando em minúcia a composição do estudo de viabilidade financeira. Em suas palavras:

Nesse estudo a Administração deverá enfrentar, quando for o caso, a questão das fontes alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, que serão indicadas no edital (art. 18, VI, da Lei 8987/1995). Essas fontes de receita visam favorecer a modicidade da tarifa (art. 11 da Lei 8987/1995). Devem ser definidas no edital, a fim de permitir a equalização das propostas apresentadas. Serão elas, ainda, obrigatoriamente, consideradas para aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato (parágrafo único do art. 11 da

---

<sup>108</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49

<sup>109</sup> Id. *Ibidem*. 50

Lei 8987/1995), aferição, essa, de notável importância tendo em conta o prazo - necessariamente longo - de execução do contrato e a possibilidade - ou probabilidade - de ser discutido nesse prazo, uma ou mais vezes, o restabelecimento desse equilíbrio.<sup>110</sup>

Eugênia Cristina Cleto Marolla expõe que, muito embora a equação econômico financeira possua um momento inicial, um ato apriorístico que a faça nascer no mundo jurídico, seu nascedouro é anterior. Segundo a autora:

A equação econômico-financeira dos contratos de concessão de serviços públicos não se forma em um único ato, embora se possa identificar um momento inicial a partir do qual ela deverá ser considerada pelos contratantes.

Na fase de planejamento, começam a ser desenhadas as vantagens e obrigações de cada uma das partes. Esse desenho evolui durante o procedimento licitatório. No edital, são fixadas as obrigações do concessionário e na proposta a contrapartida econômica para fazer frente a elas. Os riscos previsíveis, os valores necessários para financiar a implementação da prestação do serviço, os prazos de amortização do investimento deverão ser considerados, pelas partes, na celebração do acordo e na equação que se forma.

Após o fim do procedimento licitatório, a equação econômico financeira já está formada.<sup>111</sup>

Destas lições retiramos a conclusão que toda a equação econômico financeira, bem como a obrigação de mantê-la durante a execução do contrato, se inicia muito antes da assinatura do instrumento de Concessão do serviço público. Inclusive, destas preparações e estudos de viabilidade que o Poder Concedente poderá julgar a exequibilidade das propostas.

Tal obrigação dos estudos que antecederão a contratação, bem como a estipulação da equação econômico financeira, podem ser retirados da própria Lei 8.987/95, especificamente de seu artigo 21, o qual proclama que "os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos

---

<sup>110</sup> Id. Ibidem

<sup>111</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 47

já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital".

A obrigatoriedade de se proceder a estudos de viabilidade anteriormente à abertura da licitação, como vimos, além de seu fundamento lógico quando se pensa a natureza da Concessão de Serviço Público e o ônus do particular de executá-lo por sua conta e risco, possui seu fundamento legal nas próprias Leis 8.666/93 e da lei 8.987/95.

Assim sendo, em conclusão, denota-se que a equação econômico financeira tem seu nascedouro nesta fase preliminar. É ela que permitirá ao Poder Concedente avaliar a proposta feita pela execução do serviço e, posteriormente, firmar Contrato de Concessão de Serviço Público com o particular dispondo a equação econômico financeira, que gerará direitos em ambos polos da relação.

Após a fase preliminar onde o futuro concessionário emite um juízo empresarial e opta por fazer uma proposta que custeie a prestação do serviço - além de lhe garantir uma justa remuneração - há o estabelecimento, com a assinatura do Contrato de Concessão, de uma equação econômico financeira, ou um equilíbrio, que deverá ser mantido até o final da contratação. Trata-se da equivalência entre os encargos e as vantagens oriundas da proposta realizada na licitação e efetivada na assinatura do contrato, pactuada no início da concessão.

Baseia-se no pressuposto de que a relação inicialmente estabelecida entre os encargos e as vantagens do concessionário reflete a melhor proposta para a execução do serviço público, tanto para a Administração Pública quanto para o particular.<sup>112</sup> Reflete, ainda, a aplicação do princípio da obrigatoriedade dos contratos no Direito Administrativo, que mitiga, por sua vez, a possibilidade do Poder Público alterar unilateralmente as bases o Contrato. Vale dizer, a prerrogativa de alteração unilateral permanece. No entanto, pela influência da obrigatoriedade de se manter a equação econômico financeira pactuada, deverá restaurar o equilíbrio inicialmente existente.

---

<sup>112</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 39

#### **4.2.4. Bases legais para o Equilíbrio Econômico Financeiro**

Nota-se que não há menção, no artigo que descreve a prestação indireta do serviço público, ao equilíbrio econômico financeiro. Podemos, pela aplicação de interpretação sistemática da Constituição, e até mesmo pela lógica do dispositivo, concluir que quando se trata de política tarifária nela se incluem garantias ao particular.

Outro dispositivo constitucional importantíssimo para a questão é o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, dispositivo inserido no bojo de verdadeiros pilares da função administrativa. O referido artigo deve nortear a elaboração de normas gerais de sobre licitação e contratos administrativos e, especificamente, em seu inciso XXI, preconiza a obrigação de manter o Equilíbrio Econômico Financeiro. Vejamo-lo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - 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.

Da leitura do dispositivo depreende-se que, ao impor à Administração Pública o dever de assegurar a manutenção das condições efetivas da proposta no decorrer da execução do contrato, positiva o Equilíbrio Econômico Financeiro nos Contratos Administrativos. Em cotejo com o dispositivo supra elencado que determina a obrigação de conduzir a política tarifária, política esta que terá por objetivo a remuneração do Concessionário, pode-se chegar a conclusão de que a menção constitucional expressa está neste dispositivo. Principalmente pelo motivo de que o referido dispositivo se refere ao gênero “Contrato Administrativo”, do qual o “Contrato Administrativo de Concessão de Serviço Público” faz parte.

Contudo, como bem sintetizou Eugenia Cristina Cleto Marolla, o entendimento de que o Equilíbrio Econômico Financeiro está presente expressamente no inciso XXI do artigo 37 da Constituição não é pacífico.<sup>113</sup>

Para um primeiro grupo de doutrinadores, do qual mencionamos Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração, ao aceitar a proposta fornecida por particular para assumir a prestação do serviço público, considera-a idônea e suficiente para arcar com os custos do serviço, bem como dali tirar sua remuneração.<sup>114</sup> A partir daí o poder público deve garantir a continuação desta equação que garante a remuneração ou o lucro da empresa, e tal obrigação encontra-se entabulada no inciso XXI do artigo 37.

Em contrapartida, outros doutrinadores de envergadura defendem opinião distinta, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que professa ter o referido dispositivo de restrita aplicação, sem influência na Concessões de Serviço Público. Antônio Carlos Cintra do Amaral, de igual forma, defende que não há esta previsão expressa, apesar de assumir como obrigação do Poder Concedente sua manutenção, balizado na Teoria da Imprevisão.<sup>115</sup>

Para nós nem tão à esquerda, nem tão à direita. Ambas correntes são plenamente defensáveis e, em nosso entender, se complementam na medida em que colaboram para demonstrar que o Equilíbrio Econômico Financeiro tem uma forte característica de princípio da Administração Pública, sem necessidade de disposições expressas para ser garantido.

É desnecessário que o Equilíbrio Econômico Financeiro esteja expressamente exposto em nossa constituição para que disto recorra sua obrigatoriedade. Parece-nos que o cotejo das normas constitucionais expostas, aliadas com a interpretação sistemática dos dispositivos correlatos permite uma conclusão no sentido de um princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro.

Debruçar-nos-emos sobre o tema, portanto, no tópico subsequente.

---

<sup>113</sup> Id. Ibidem. p. 54

<sup>114</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 741

<sup>115</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 80

#### **4.2.5. O Princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro**

A garantia do Equilíbrio Econômico Financeiro, por ser cláusula aplicável a contratos administrativos, se relaciona diretamente com os princípios da Administração Pública insculpidos no artigo 37 da Constituição, ou seja, à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Neste exato sentido Eugenia Cristina Cleto Marolla compreende o Equilíbrio Econômico Financeiro, ao expor que "os princípios da razoabilidade, da moralidade, da supremacia do interesse público e da adequação são apontados como vetores do equilíbrio econômico financeiro"<sup>116</sup>.

Nada obstante, não se pode esquecer que estamos inseridos em uma relação contratual, cujo objeto é a prestação de um serviço público. Por assim ser, existem princípios que daí decorrem como, *v.g.*, a continuidade do serviço público, que não seriam prestigiados no caso de inexistência de proteção ao equilíbrio econômico financeiro. Imaginemos no caso de uma Concessão do Serviço Público de Transporte Municipal, no qual um evento alterasse bruscamente o valor do combustível. Caso se aplicasse literalmente a expressão "por sua conta e risco", prevista na Constituição Federal, bem como na Lei 8.987/95, a empresa estaria fadada a quebra financeira, o que acarretaria a paralisação do serviço público. Assim, manter o equilíbrio econômico financeiro inicialmente pactuado é um modo apto a prestigiar a continuidade do Serviço Público.

Floriano de Azevedo Marques investigou tal correlação principiológica, chegando a seguinte conclusão:

Sem qualquer tipo de receio, podemos afirmar que a manutenção da equação econômica é pressuposto mesmo do instituto da concessão. Afinal, 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. Cabal restaria o enriquecimento desprovido de causa por parte da Administração contratante, o que não pode ser admitido.

De mais a mais, havendo o desequilíbrio, é natural, resta posta em risco a continuidade do negócio. Sabemos serem aplicáveis à concessão tanto o

---

<sup>116</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 57

princípio da vedação de interrupção da prestação concedida (princípio da continuidade do serviço público, v.g., art. 39, parágrafo único, da Lei nº8.987/95) como o princípio da adequação do serviço (v.g.art. 6º, § 1º, da Lei nº8.987/95).<sup>117</sup>

A lição do consagrado professor nos permite avançar um pouco mais na análise, e relacionar o Equilíbrio Econômico Financeiro com o princípio da moralidade. E, para nós, nada mais lógico, afinal, permitir que um particular preste um serviço público e, em virtude de alterações econômicas, venha a ter a equação econômico financeira afetada - com consequência direta na diminuição de seu lucro - sem ter sua reparação, é admitir que a Administração se locuplete ilicitamente às suas custas, ferindo de morte o princípio da moralidade.

Nesta linha de estudo, investigando todos os princípios dos quais o Equilíbrio Econômico Financeiro é decorrente, ao estipular a equação econômico financeira no início do contrato, tem-se firmado verdadeiro direito adquirido do contratante que, em sendo descumprido, haveria um risco a própria segurança jurídica.

Ato contínuo, Marçal Justen Filho, em sua obra *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, aponta para a natureza constitucional do Equilíbrio Econômico Financeiro, ressaltando que decorre de alguns postulados, como, por exemplo, a indisponibilidade do interesse público, pela qual a Administração deve buscar a consecução de seus interesses primários, ou seja, a boa prestação do serviço público, para a satisfação da coletividade. Em não recompondo a equação econômico financeira do contrato, enriqueceria ilicitamente às custas de um particular, perseguindo interesse secundário da Administração, vez que jamais o lucro pode ser o mote de sua ação, mas sim o interesse público.<sup>118</sup>

Não obstante, entende ser o instituto decorrente da própria isonomia. Sobre este ponto, importante colacionar sua lição na íntegra, a qual fazemos, com a devida permissão, nossa:

---

<sup>117</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões*. p.195-196. in *Revista de Informação Legislativa* v. 40, n. 159, p. 193-197, jul./set. de 2003

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 392 - 393

Se eventos extraordinários produzissem o sacrifício da equação econômico financeira do contrato, causando acréscimo patrimonial para a Administração, haveria ofensa à isonomia. Os benefícios que o particular tivesse deixado de auferir seriam apropriados pela comunidade, o que significaria que todos teriam benefício às custas de um particular específico.

Alias, o mesmo argumento conduz à vedação de resultado oposto. Se os eventos extraordinários ampliam os benefícios e vantagens do contratado, a Administração deverá rever as condições e reduzir seus próprios encargos, para impor a manutenção da situação original. Não é admissível que toda a comunidade seja sacrificada para beneficiar um sujeito específico.<sup>119</sup>

Ainda, prossegue relacionando com o Princípio da Propriedade Privada, já que, em não restaurando a equação econômico financeira, permitirá verdadeira dilapidação do patrimônio do particular, apropriando-se, de certa forma, de seu patrimônio sem prévia e justa indenização.<sup>120</sup>

Temos, portanto, que o Equilíbrio Econômico Financeiro, aqui proposto como um princípio dá concreção a uma série de princípios constitucionais, relacionados tanto com a atividade administrativa (art. 37 da Constituição Federal), quanto da prestação do Serviço Público (art. 175 da Constituição Federal). Não há relevância no fato de que ele não se encontra expresso na constituição, motivo pelo qual somos obrigados a nos remeter a leis infraconstitucionais, como a Lei 8.987/95 e a Lei 8.666/93. Em verdade, trata-se de verdadeiro princípio, pois sua existência permite a sobrevivência e o respeito a um sem número de postulados constitucionais, como demonstramos acima. Trata-se de princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro dos Contratos Administrativos, com aplicação ainda maior aos Contratos de Concessão de Serviços Públicos pois estes, segundo sua natureza, são longos e envolvem investimentos de grande monta, sendo inadmissível a inexistência de uma garantia ao equilíbrio eventualmente rompido.

---

<sup>119</sup> Id. Ibidem. p. 394

<sup>120</sup> Id. Ibidem. p. 395

### **4.3. A quebra do Equilíbrio Econômico Financeiro**

#### **4.3.1. O Risco na Concessão de Serviço Público**

Mesmo que de maneira propedêutica, não se pode falar em quebra do Equilíbrio Econômico Financeiro sem tratarmos alguns pontos sobre a noção de Risco na Concessão de Serviço Público.

O risco é praticamente pressuposto da Concessão do Serviço Público, visto que esta implica em uma série de pesados investimentos para a execução do serviço, custos estes que deverão ser abatidos durante toda a vigência do contrato. Em assim sendo, quando o particular faz sua proposta em cujo bojo contenha a equação econômico financeira<sup>121</sup>, já admitiu o risco existente, inserindo-o na equação. Uma vez que o Concessionário exerce um serviço estatal por sua conta, risco e perigos, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa àlea, certo risco, podendo ser, deste modo, integralmente bem sucedido, parcialmente bem sucedido ou malsucedido<sup>122</sup>. À evidência, não são todos os riscos que se encontram nela estipuladas, eis que, se assim fosse, casos de força maior teriam que ser levados em conta para sua efetivação, o que tornaria inviável o empreendimento. Justamente por este motivo que a figura do equilíbrio econômico financeiro existe.

Muito embora Marcos Nóbrega tenha dissertado sobre o risco em Concessão de Infraestrutura, cujas conjunturas a tornam relativamente mais complexa que uma Concessão Comum de Serviço Público, interessante tomarmos emprestado seu conceito de risco. O referido autor assume que defini-lo não é das tarefas mais fáceis, mas propõe algumas definições interessantes. Vejamos:

- Uma situação onde não existe um conhecimento do resultado final;
- A variação de um possível resultado que existe na natureza de determinada situação
- Alta probabilidade de insucesso;
- Falta de previsibilidade sobre estrutura, resultado ou consequências de uma decisão ou planejamento;

---

<sup>121</sup> Considerando o estudo de viabilidade apresentado pela Administração, previamente a Licitação, e seu próprio juízo empresarial sobre ele. Desta fórmula é que a Equação Econômico Financeira, que comporá sua proposta, surge.

<sup>122</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 746

- O impacto de algo que está em curso sobre os objetivos e metas estabelecidas, medido em termos de consequências ou probabilidade.<sup>123</sup>

Eis as variáveis que o empresário, ao emitir seu juízo sobre os projetos de concessão disponibilizados pelo Poder Público, deverá levar em conta para assumir seu risco e fazer uma proposta para execução do serviço. Em percebendo a existência de riscos, mister alocá-los para que a responsabilidade por estes seja melhor definida, já que, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a garantia econômica do concessionário na Concessão de Serviço Público não é uma proteção total contra qualquer insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro.<sup>124</sup> É necessária a determinação de quem é responsável pela ocorrência do risco.<sup>125</sup>

Assim, de maneira simples, valendo-nos novamente de Celso Antônio Bandeira de Mello, a distinção dos riscos a serem cobertos pelo poder concedente e aqueles outros que correrão por conta e risco dos concessionário é feita de acordo com a doutrina francesa que discrimina os riscos<sup>126</sup>. Os riscos normais, que deverão, dessa forma, ser suportados pelo concessionário, se denominam *álea ordinária*, ao passo que existe outro gênero de risco que se denomina *álea extraordinária*. A *Álea Extraordinária* se subdivide em duas espécies denominadas *álea administrativa* e *álea econômica*.

#### **4.3.2. A Alocação dos riscos: A *Álea Ordinária***

De modo abrupto e didático, *álea ordinária* é:

um modo de gestão de um serviço em que uma pessoa pública, o concedente, encarrega por um contrato uma pessoa privada, o concessionário, de fazer funcionar o serviço durante um certo tempo,

---

<sup>123</sup> NOBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 126

<sup>124</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 746

<sup>125</sup> Imperiosa a leitura da obra de Marcos Nóbrega, *Direito da Infraestrutura*, vez que analisa pormenorizadamente todas as alocações à exposição ao risco, as quais, pelo intuito do presente ensaio, não podemos estudar a fundo.

<sup>126</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 747

assumindo os seus encargos, mediante o direito de ser remunerado através da prestação dos usuários.<sup>127</sup>

Caio Tácito, fortemente influenciado pela doutrina francesa, entende que a Álea Ordinária fica a inteiro cargo do concessionário, que não se pode eximir ao risco voluntariamente assumido<sup>128</sup>.

Esta concepção clássica, à luz da doutrina francesa que tanto influenciou nosso Direito Administrativo, certamente pode ser encontrada em nossa constituição, quando há expressa menção de que o Concessionário prestará o serviço por "sua conta e risco"<sup>129</sup>.

O particular, de acordo com seu juízo empresarial realizado nas fases prévias da licitação, analisou as variáveis e, na execução irá aplicar uma maior eficiência na prestação do serviço. A gestão do serviço deve permitir-lhe, simultaneamente, suportar os encargos e amortizar as despesas feitas para a realização das obras de base, que no termo de concessão, passam para o concedente.<sup>130</sup> A exploração empresarial permite com que o empresário aumente seus lucros, de acordo com a eficiência aplicada ao serviço, ou então tenha prejuízo, dado a negligência em sua prestação.

Assim, há duas espécies de riscos no gênero "Álea Ordinária": o risco pela imprudência, negligência ou imperícia das decisões empresariais, que podem levar a empresa à derrocada econômica e, conseqüentemente, a um serviço público prestada de maneira deficitária, e aqueles previamente dispostos no Contrato. Ou seja, quando da assinatura do Contrato de Concessão, o Poder Concedente, com a anuência do particular, pode imputá-lo alguns riscos que, a priori, não seria seus, passando estes a fazer parte desta álea ordinária.

Em termos legais, a álea ordinária está prevista na Lei 8.987/95 em dois dispositivos, a saber, o 2º da Lei, que preconiza que a concessão do serviço

---

<sup>127</sup> WALINE, Jean e RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 18 ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 461. *Apud*: MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 57

<sup>128</sup> TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 200

<sup>129</sup> Artigo 175 da Constituição Federal.

<sup>130</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 67

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", deixando bem claro os riscos existentes, e no artigo 10 da mesma Lei, que dispõe "sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro", ou seja, na ocorrência de eventos danosos previamente existente nas condições do contrato, não se considera o equilíbrio econômico financeiro rompido, bem como ele não se rompe na hipótese de execução imperita do serviço.

Sobre o referido artigo, analisa Celso Antônio Bandeira de Mello:

O que dele validamente se poderá extrair é o propósito de firmar com ênfase, ainda que mediante linguagem imprópria, que a garantia do equilíbrio econômico financeiro baliza-se fundamentalmente pelo teor do contrato. Donde, de fora parte as proteções específicas já aludidas - as quais, de resto, apóiam-se quase integralmente na própria lei retora dos termos do contrato -, não pode o concessionário esperar eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento comercial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico financeiro desvinculado do teor contratual. Ou seja: dito artigo terá pretendido encarecer que a expressão "equilíbrio econômico financeiro" não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo danos mencionados, venha a sofrer vicissitudes próprias da vida comercial. Alias, é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico financeiro menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos.<sup>131</sup>

No entanto, tendo em mente a duplicidade outrora mencionada da álea ordinária, Egon Bockmann Moreira nos adverte de que esta, atualmente, tem

---

<sup>131</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 751

um contorno bastante distinto do que teve quando a o Conselho de Estado francês, e posteriormente sua doutrina, delinearam, merecendo algumas ressalvas.<sup>132</sup>

A que melhor se aplica ao caso, já que as demais ressalvas relacionam-se em setores concorrenciais, é a do fato de que deve haver uma avaliação prévia dos riscos, para que estejam consolidados quando do lançamento do edital. Quem ignora ou despreza um risco apenas o incrementa. Quem cria um risco artificial somente aumenta de forma ilegítima os seus ganhos.<sup>133</sup> Caso isso não ocorra, torna-se simples inserir um risco ordinário ao Contratado, o qual subestimado, ocorrerá no futuro e poderá comprometer a execução do serviço público.<sup>134</sup>

Em suas palavras:

O edital pautará a proposta dos interessados e a quantia de preço de informação que permitirá uma contratação fidedigna. As audiências e os processos de debate público acerca do ato convocatório firmam o primeiro momento na alocação dos riscos. Se o edital omitir ou errar algum dado que tenha impacto causal sobre o risco da concessão (dolo, negligência ou ignorância - tanto faz), e caso isso não seja detectável *ictu oculi* pelos interessados, (a quem se atribui o ônus de pedir esclarecimentos ou impugnar o edital), as consequências de sua futura instalação não poderão ser atribuídas ao concessionário.<sup>135</sup>

Ou seja, a suposta "álea ordinária" jamais poderá ser imposta ao Concessionário, uma vez que ela foi subestimada ou até negligenciada. Em se verificando esta ocorrência, ela se retira do risco normal, passando para o Poder Concedente, que não o dimensionou de maneira adequada quando do planejamento da concessão.

Estes são os chamados riscos ordinários do contrato, ou nos dizeres doutrinários, a álea ordinária do contrato, a qual cabe, por disposição legal e

---

<sup>132</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: A inteligência da Lei 8.987/95*. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 118

<sup>133</sup> Id. *Ibidem*. p. 119

<sup>134</sup> Remetemo-nos, aqui, à leitura do subtópico atinente ao planejamento da concessão e seus estudos de viabilidade econômica.

<sup>135</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: A inteligência da Lei 8.987/95*. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120

contratual, ao concessionário do serviço público, já que este executa o serviço por sua conta e risco, nos termos do artigo 175 da Constituição.

#### **4.3.3. A Alocação dos Riscos: A Álea Extraordinária**

Novamente, em síntese e de forma abrupta, a álea extraordinária é composta por eventos que oneram o contrato de sobremaneira impedindo sua regular execução. Dividem-se em *áleas administrativas* e *econômicas*, das quais dissertaremos em seguida:

##### **4.3.3.1. Álea Administrativa**

Tal álea se relaciona diretamente com a Teoria do Fato do Príncipe que, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do Contrato.<sup>136</sup> Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.<sup>137</sup>

Eduardo Garcia de Enterría, com a completez nos conceitos que lhe é peculiar, expõe que:

O “factum principis” o fato do príncipe, alude a medidas administrativas gerais que, ainda que não modifiquem diretamente o objeto do contrato, nem o pretendam tampouco, incidem e repercutem sobre ele, tornando-o mais oneroso para o contratante sem culpa deste.<sup>138</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, sempre que o Poder Público, usando de suas prerrogativas alheias à sua qualidade de contratante, adotar medidas que desbalanceiem o equilíbrio econômico financeiro originalmente

---

<sup>136</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 233

<sup>137</sup> Id. *Ibidem*. p. 233

<sup>138</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*. Madrid: Civitas Ediciones, 2005, p. 752 (tradução nossa)

estipulado, o particular fará jus ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, eis que estar-se-ia diante de uma Álea Administrativa, de um fato do príncipe.<sup>139</sup>

Importante retirar destes conceitos premissas importantíssimas para a configuração da álea administrativa. Como bem exposto pelos dois mestres, o poder público se utiliza de suas prerrogativas de *imperium* para tomar alguma medida que, como consequência, desequilibrem aquele equilíbrio outrora pactuado. Logo, mister se faz que o seja ato do poder público, atuando de acordo com prerrogativas que lhe são inerentes. Mas não se trata do Poder Público *lato senso*, mas sim do próprio Poder Concedente. A esse propósito, diz Eugenia Cristina Cleto Marolla, cuja brilhante obra nos serve de norte em inúmeras questões tormentosas:

Para a caracterização do fato do príncipe, o ato que altera o equilíbrio econômico financeiro do contrato deve ser praticado pela própria autoridade contratante, não podendo advir de pessoa diversa. Dessa forma, o ato geral de uma autoridade federal que cause ônus a uma concessão pactuada entre um particular e uma autoridade municipal ou estadual não pode ser caracterizada como fato do príncipe.<sup>140</sup>

Marçal Justen Filho, valendo-se de lições de Jean Rivero, professa igual entendimento<sup>141</sup>.

Em conclusão, quando constatado o fato do príncipe, a álea administrativa, o contratado terá o direito à indenização e a recomposição de seu equilíbrio econômico financeiro do contrato.

#### **4.3.3.2. Álea Econômica**

Trata-se do que se chama na doutrina de Teoria da Imprevisão. De acordo com esta, o contratado faz jus a plena restauração do equilíbrio econômico contratual caso ocorra a superveniência de eventos imprevistos de ordem econômica ou que surtem efeitos de natureza econômica, alheios as ações das

<sup>139</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 647

<sup>140</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 73

<sup>141</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 392 - 393

partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contrato.<sup>142</sup>

Para explicar em minúcias o conceito da Teoria da Imprevisão, novamente nos socorremos da voz de autoridade de Hely Lopes Meirelles, para qual é o reconhecimento:

de que eventos novos, imprevidos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para a outra.<sup>143</sup>

O eterno mestre nos ensina, ainda, que no Brasil a aplicação desta teoria, permitindo, outrossim, a revisão dos contratos administrativos para restauro do equilíbrio econômico financeiro, residia mais na equidade no que no Direito propriamente dito, sendo inserida no mundo dos fatos pela jurisprudência dos tribunais pátrios, a exemplo do que ocorreu na França.<sup>144</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao estudar a teoria da imprevisão, colaciona um famoso julgado do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, cujas importantes lições necessitam ser transcritas na integralidade.

(..) o risco que os contratantes assumem no contrato não pode ser concebido como excedendo o risco normal, isto é, o que se compreende nos limites da previsão humana. Levar mais longe o dogma da intangibilidade do contrato seria, sob o pretexto de garantir a liberdade contratual, destruir o fundamento do contrato, a sua base econômica e moral, como instrumento de comércio e de cooperação entre os homens, o elemento boa-fé e de justiça sem o qual a liberdade dos contratos seria apenas uma aparência destinada a legitimar o locupletamento injusto de uma parte à custa do patrimônio da outra, sobre esta recaindo de modo exclusivo os riscos estranhos à natureza do contrato e que, se previsíveis

---

<sup>142</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 646

<sup>143</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230

<sup>144</sup> Id. *Ibidem*. p. 231

na ocasião de atar-se o vínculo contratual, teriam impedido a sua formação. Os pressupostos que determinaram as partes a se obrigarem deixaram de existir e, se previsíveis as circunstâncias que de modo tão grave frustraram a justificada expectativa dos contraentes, seria, evidentemente, injusto manter a economia do contrato contra a intenção e a fé em que ele foi ajustado e concluído. Nas épocas, porém, como a nossa, de grandes cataclismas políticos que surpreendem pela sua amplitude e a sua gravidade ainda aos homens colocados nas torres de comando, e forçam os governos em todos os países às mais drásticas medidas de emergência, seria sumamente injustificável que no domínio do comércio jurídico e da liberdade contratual, que se fundam precisamente no pressuposto da continuidade da ordem estabelecida, se deixasse ao egoísmo individual o poder, *dissimulando em direito, de aproveitar-se das circunstâncias imprevistas e anormais para transformar um instrumento de equilíbrio econômico, como é o contrato, em instrumento de extorsão ou de enriquecimento injusto*. Dai o haver a teoria da imprevisão nos contratos passado somente de poucos anos a esta parte a ser considerada como da mais alta importância prática.<sup>145</sup>

Em igual sentido leciona Eduardo Garcia de Enterría, entendendo que nestes casos, a Administração deve acudir o Concessionário, compartilhando os riscos imprevisíveis com o claro objetivo de evitar o colapso total do serviço público.<sup>146</sup>

Superando os aspectos propedêuticos e conceituais, o citado autor identifica três requisitos para que haja a aplicação da teoria, sendo eles: (i) que o prejuízo resultasse de evento alheio ao comportamento das partes, ou, no caso da Administração, estranho à sua posição jurídica de contratante; (ii) que o evento determinante do prejuízo fosse não apenas imprevisto, mas também imprevisível e; (iii) que o prejuízo resultante para o onerado fosse significativo, isto é, gravemente convulsionador da economia do contrato.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 660

<sup>146</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*. Madrid: Civitas Ediciones, 2005, p. 753 e ss.

<sup>147</sup> Id. *Ibidem*.

A estes três requisitos, Marçal Justen Filho soma a "ausência de impedimento absoluto", pela qual somente se aplica a teoria quando o evento superveniente não tenha um caráter perpétuo, absoluto, situação na qual o contrato seria conduzido à sua extinção. Como bem alerta o doutrinador, não é possível que um serviço público deficitário seja mantido por meio da teoria da imprevisão.<sup>148</sup>

#### **4.3.3.3. Outros riscos extraordinários**

##### *4.3.3.3.1. Sujeições Imprevistas*

Sempre que na execução do contrato de concessão o particular se deparar com alguma dificuldade material, alheia às partes contratantes, desconhecida até então, que onere em demasia a prestação do serviço, deverá ser indenizado. Importante, neste ponto, nos valermos da advertência promovida por Celso Antônio Bandeira de Mello, eis que as sujeições imprevistas, por seu conceito, podem ser confundidas com a aplicação da teoria da imprevisão, já objeto de estudo no presente ensaio. Para o citado autor, a Teoria da Imprevisão atua quando fatores econômicos afetem o contrato, ao passo que as sujeições imprevistas, que originam o dever de indenizar, são de matérias técnica<sup>149</sup>, ou, como bem sintetizou Hely Lopes Meirelles, ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.<sup>150</sup>

##### *4.3.3.3.2. 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.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 386

<sup>149</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 652

<sup>150</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230

<sup>151</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 655

Diferentemente do fato do príncipe, o ato interfere na economia da avença, praticado pela própria Administração Pública contratante, relaciona-se diretamente a ele.<sup>152</sup> Em se verificando tal ocorrência, o risco deve ser imputado à administração, já que ela quem deu causa ao desequilíbrio.

#### *4.3.3.3.3. Força Maior*

Um evento alheio à vontade das partes que inviabiliza a continuidade do avençado entre as partes, eis que altera completamente a execução do serviço. Em casos tais, se impõe de abrupto a rescisão do contrato, já que a inviabilidade é tão grande que a teoria da imprevisão se mostra insuficiente. As partes são liberadas sem qualquer necessidade de indenização.

#### *4.3.3.3.4. Alteração unilateral do Contrato Administrativo*

Uma das prerrogativas do Poder Concedente é alterar, unilateralmente, as condições originariamente estabelecidas no contrato administrativo, vez que tem por obrigação buscar a melhor prestação do serviço público concedido. Em assim agindo, caso haja alguma alteração na equação econômico financeira, deverá reequilibrá-la.

Vale lembrar que a possibilidade de alteração unilateral dos contratos administrativos decorre da natureza do Poder Concedente e de sua eterna titularidade no serviço público. Contudo, como o particular está protegido pelo "princípio do equilíbrio econômico financeiro", deverá recompô-lo no caso em que tais alterações afetem a equação econômico financeira originariamente pactuada.

#### *4.3.3.4. As bases legais para o reequilíbrio econômico financeiro dos Contratos*

Muito se dissertou sobre a teoria dos riscos e de sua alocação no Contrato para a execução do serviço público. Apresentamos os riscos ordinários, ou seja, aqueles que seriam suportados pelo particular, e dos riscos extraordinários, divididos em áleas administrativas e econômicas.

---

<sup>152</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p.75

No entanto, tais institutos não estão na doutrina, com consequência de mero interesse científico, imaginando situações hipotéticas. Se encontram, isto sim, no bojo das leis de regências, que regulam a Concessão do Serviço Público. O legislador, sabendo da corriqueira ocorrência de fatores que desequilibram o contrato de maneira desigual, inseriu as áleas extraordinárias no bojo da legislação, fazendo com que a Administração prestigiasse o princípio da moralidade, base fundamental de seu exercício.

Assim, podemos falar resumidamente de três diplomas legais que tratam da matéria, a saber, a Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviço Público - Lei 8.987/95; a Lei que dispõe sobre a prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos - Lei 9.074/95 e; a Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 8.666/93.

No que tange à Lei 8.987/95, o parágrafo 3º de seu artigo 9 estabelece uma hipótese de álea extraordinária. Vejamo-lo:

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

(...)

§ 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.

Uma simples hermenêutica aplicada ao dispositivo permite-nos importantes conclusões. Salvo o imposto sobre a renda, qualquer outra criação tributária que comprovadamente tenha impacto sobre o valor proposta para a tarifa (equação econômico financeira), implicará em sua revisão. Nada mais positivou do que a ocorrência de uma álea extraordinária, podendo se caracterizar como álea administrativa, ou fato do príncipe, e até mesmo como uma teoria da imprevisão, no caso destas mudanças tributárias ocorrerem de pessoa jurídica de direito público distinta daquela que concedeu o serviço.

O parágrafo 4º do mesmo dispositivo também encerra nova previsão de álea extraordinária, que enseja na necessidade de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Nos dizeres da legislação:

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

Conforme hipótese de alteração unilateral do contrato, a qual já estudamos acima, o Poder Concedente deverá promover o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, por expressa incidência legal. Ou seja, não apenas há a incidência do princípio do equilíbrio econômico financeiro do contrato, mas também hipóteses legais que a preveem, devendo ser realizada de ofício, independentemente de provocação da parte particular lesada.

Sem prejuízo das expressamente previstas, a Lei faculta as partes estabelecer contratualmente outros mecanismos para revisão de tarifa, de modo a prestigiar a equação econômico financeira, no parágrafo 2º do artigo 9.

A Lei 9.074/95 também estipula ocorrências desse dever, como por exemplo o artigo 35. *In verbis*:

Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não há necessidade de nos delongarmos na análise do dispositivo legal, uma vez que ele fala por si. Sempre que algum benefício for concedido, o equilíbrio econômico financeiro deverá ser preservado. Cabe-nos, apenas, fazer uma advertência, de que por este dispositivo poderá ocorrer o que se chama de equilíbrio econômico financeiro inverso, onde se impede o lucro exacerbado do concessionário, uma vez que, a priori, a concessão de um benefício tributário tornaria o empreendimento mais lucrativo para a empresa.

A Lei 8.666/93 nos lega importantes bases legais para o reequilíbrio econômico financeiro, muito embora sua aplicação aos contratos de concessão de serviços públicos seja subsidiário. Referimo-nos à alínea "d", do inciso II do artigo 65 da Lei, que expõe:

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 conseqüências 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.

Analisando este dispositivo, nada mais temos que o prestígio ao princípio do equilíbrio econômico financeiro, com a previsão das áleas ordinárias e extraordinárias. O dispositivo apresenta uma completude louvável, abrangendo as diversas hipóteses em que o equilíbrio possa ser quebrado. Marçal Justen Filho expressa com maestria a tutela feita aos interesses da administração e dos administrados através deste dispositivo. Em suas palavras:

A tutela ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria administração. Se os particulares tivessem de arcar com as conseqüências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis - mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 776

Mas adverte o citado autor de que este reestabelecimento depende de uma situação concreta, um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração, mas sim que ela tenha sido rompida por algum evento posterior. A tutela à equação econômico financeira não se presta a prestigiar aquele que fez proposta muito baixa, ou inexecutável, apenas para vencer a licitação.

Isto posto, muito embora o dispositivo tenha aplicação subsidiária aos contratos de concessão do serviço público, é de importância ulular sua utilização aos contratos existentes. Poucos dispositivos encerram, por assim dizer, uma quantidade infindável de institutos que permitem o prestígio ao Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato.

Em seu honroso ensaio, Eugenia Cristina Cleto Marolla identificou, com relação ao referido item, duas correntes principais na hermenêutica desse dispositivo. A primeira corrente enxerga nela máxima abrangência da proteção ao equilíbrio econômico financeiro, impondo à Administração responsabilidade integral em face de eventos extraordinários. Para a autora:

A razão de se imputar ao Poder Público a responsabilidade integral sobre os encargos oriundos das áleas econômicas extraordinárias está relacionada à realização do interesse público, que só pode ocorrer com a total e irrestrita preservação da equação econômica financeira inicialmente estabelecida. Com efeito, a continuidade do serviço público depende da possibilidade de manutenção econômica do serviço pelo concessionário, o que só estará garantido, na hipótese de ocorrência do evento extraordinário e extracontratual, pela responsabilidade econômica do Poder Público. A continuidade do serviço público é dever da Administração Pública e decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, razão pela qual os ônus advindos das áleas econômicas extraordinárias deverão ser por ela suportados. Ao concessionário não pode ser imposto esse ônus se não houver a respectiva contraprestação.<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p.86

Novamente advertimos de que a máxima abrangência da proteção ao equilíbrio econômico financeiro não significa absoluta proteção a eventuais rompimentos dessa equação. Para Marçal Justen Filho, a proteção à equação econômico financeira não poderia ser invocada em quatro hipóteses: (i) ausência de elevação dos encargos do particular; (ii) ocorrência do evento antes da formulação das propostas; (iii) ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado e: (iv) culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).<sup>155</sup>

Outro posicionamento doutrinário, trazido em síntese pela já citada Eugenia Marolla, valendo-se dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo, defende que a responsabilidade pelos encargos decorrentes de eventos imprevisíveis e alheios à vontade das partes deve ser repartida entre o concedente e o concessionário. Em suas palavras:

Sustentam que o ônus pela ocorrência de um fato que não era previsível quando da pactuação ou cujas consequências não poderiam ser dimensionadas e que não decorreram da atuação de qualquer um dos contratantes não pode ser integralmente suportado por apenas um deles, mormente porque a prestação dos serviços públicos concedidos corre por conta e risco do concessionário, diferentemente do que acontece com os outros contratos administrativos.

Segundo esses autores, o artigo 65, II, "d" da Lei 8666/93 não pode ser aplicado às concessões de serviço público da mesma forma com que é aplicado aos demais contratos administrativos, pois sua interpretação deve ser feita levando-se em consideração a Lei 8.987/95, lei especial em relação à lei geral de licitações e contratos administrativos.<sup>156</sup>

Vemos, portanto, que apresentam uma ressalva advinda do caráter da concessão do serviço público, ou seja, deste ser prestado pela conta e risco do Concessionário. Logo, este caráter impede que a consequência pelo evento danoso

---

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 777

<sup>156</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p.90

seja integralmente suportado pela Administração, não podendo se valer na aplicação da alínea "d", inciso II do artigo 65 do Estatuto Federal Licitatório.

Deste modo, este breve tópico procurou fazer um resumo das hipóteses legais de proteção ao equilíbrio econômico financeiro, sem a pretensão de esgotar o tema, tão rico e longo para ser feito em apenas um subtópico.

#### **4.4. A Recomposição do Equilíbrio Econômico Financeiro**

O presente ensaio jamais teve a pretensão de esgotar o tema sobre o equilíbrio econômico financeiro, uma vez que sua riqueza impede tal feito em tão poucas páginas e tempo de pesquisa. Contudo, desde o início dissertamos sobre a peculiaridade que é a delegação do serviço público até chegarmos à proteção constitucional ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, que resguarda, de uma só vez, o particular e sua legítima busca pelo lucro, e o Poder Concedente com seu dever de prestar um serviço adequado.

Neste diapasão, dissertar sobre o equilíbrio econômico financeiro apenas no plano do dever ser nos soaria falacioso. De nada adianta a ciência vislumbrar tais ocorrências se elas não fossem, de fato, efetivadas no mundo concreto. Assim sendo, vejamos, mesmo que de maneira mais sintética do que desejado, as principais formas pelas quais o princípio do equilíbrio econômico financeiro é prestigiado nos Contratos de Concessão de Serviço Público.

##### **4.4.1. O Reajuste**

###### **4.4.1.1. Considerações gerais**

O Reajuste Contratual é um instituto utilizado de longa data no país, muito antes das disciplinas legais do tema, advindas com a Lei 8.666/93 e da Lei 8.987/95. Consiste numa modalidade de indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática correspondente à flutuação de índices predeterminados. Efetiva-se por meio da aplicação direta de índice referente à variação dos preços no setor econômico em que se desenvolve o projeto tarifário

ou através do emprego de fórmula paramétricas, que igualmente se valem de índice apurado por instituição imparcial e oficial.<sup>157</sup>

A variação dos índices produz uma espécie de presunção absoluta de ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro e acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à variação dos índices. É instituto jurídico cuja adoção e adequação se relacionam especialmente com a inflação.<sup>158</sup>

Como bem nos ensinou Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subsequentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço.<sup>159</sup>

O reajuste, procura manter o valor real do preço convencionado, reajustando sua expressão nominal, para a manutenção do valor real.<sup>160</sup>

Seu objetivo é, portanto, isentar o particular dos riscos inerentes à variação de preços de seus insumos, seja por problemas monetários ou por modificações abruptas do mercado em que atual. O reajuste deve cobrir as variações inflacionárias - tão comuns à época em que a Lei 8.987/95 se consolidou - ocorridas durante o prazo da outorga da Concessão do Serviço Público.

Segundo Benedicto Porto Neto:

O reajuste tem por objetivo preservar o valor real dos preços convencionados pelo período de vigência do contrato, mediante sua atualização periódica de acordo com a variação dos custos dos insumos

---

<sup>157</sup> MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 357

<sup>158</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 403

<sup>159</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 655

<sup>160</sup> NETO, Benedicto Porto. *Concessão de Serviço Público no regime da lei n. 8987/95 – Conceitos e Princípios*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 111

(reajustamento) ou em conformidade com a variação do poder aquisitivo da moeda (correção monetária).<sup>161</sup>

A periodicidade a que alude o citado autor é geralmente realizado com anualmente e se traduz em aplicação, aos valores previstos no contrato, de fórmulas paramétricas que refletem a variação dos custos do concessionário e/ou a dos preços ao consumidor.<sup>162</sup>

O reajuste pode ser utilizado não apenas como método para o equilíbrio econômico financeiro, mas também como mecanismo de incentivo à eficiência, como propõe Leonardo Lopes Garcia, em trabalho monográfico onde estuda o reajuste e a revisão aplicados às Concessões de Rodovias. Em sua opinião:

Na regulação tarifária por preço-teto (price cap), a regra de reajuste por um índice de preços ao consumidor, determinados em contrato, prevê um desconto por um fator de produtividade (Fator X), que corresponderia ao estímulo para redução dos custos operacionais da firma regulada. Vasconcelos (2008) ressalta que, no entanto, ao contrário do que ocorre nos setores de energia e de telecomunicações, por exemplo, a fórmula de reajuste nas concessões de rodovias federais não prevê qualquer repasse de ganhos de produtividade aos usuários (Fator X).<sup>163</sup>

Muito embora não se encaixe no objetivo do presente trabalho, já que apresenta uma função um pouco distinta para o reajuste, qual seja, a de incentivo à eficiência, é interessante pontuar essa possibilidade. No entanto, entendemos que o incentivo à eficiência, como explicado pelo autor acima, prestigia, via de consequência o equilíbrio econômico financeiro, já que mantém a chama da equação *a priori* pactuada.

#### 4.4.1.2. Bases legais

O reajuste encontra sua estadia legal no inciso VIII do artigo 18 da Lei 8.987. Dispõe o referido dispositivo que o Edital de Licitação deverá conter os critérios de reajuste e revisão da tarifa. Assim, valendo-nos da advertência de

---

<sup>161</sup> Id. Ibidem. p. 112

<sup>162</sup> GARCIA, Leonardo Lopes. *Alocação de riscos, reajuste e revisão tarifária nas Concessões de Rodovias Federais*. p. 5

<sup>163</sup> Id. Ibidem. p. 6

Antônio Carlos Cintra do Amaral, importante ressaltar que a questão do reajuste se insere na etapa do planejamento, em que se escolhe a cláusula que se considere melhor refletir a realidade do contrato.<sup>164</sup>

A norma é aberta, delegando ao edital e ao contrato sua especificidade, o que, de certa forma, é acertado tendo em vista a heterogeneidade dos serviços públicos que, como dito outrora, tem caráter político. No entanto, mesmo diante da impossibilidade de encontrar características do instituto na legislação aplicável, sua natureza e caráter permite-nos algumas ponderações.

A primeira delas diz respeito ao momento em que deve ser realizada. Se a cláusula de reajuste pretende, como exposto no início deste tópico, indexar preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática correspondente à flutuação de índices predeterminados, ela pretende, via de consequência, evitar uma defasagem no valor contratual que inviabilize a execução de um serviço adequado. Portanto, deve ela ser periódica, pois de nada adiantaria prazos dilatados para tanto, já que o desequilíbrio jamais poderia ser extirpado, deste modo, pelo instituto do reajuste.

Idêntico entendimento possui Eugenia Marolla, cujo pensamento vislumbra uma ineficácia na previsão de reajustes contratuais isolados ou com intervalos distantes entre suas realizações. Para a autora, avolumando-se a defasagem da retribuição do capital privado, compromete-se a própria finalidade do mecanismo, de manter o valor real das tarifas.<sup>165</sup>

Contudo, ao prosseguir seu estudo, a citada autora nos alerta a partir de 1994 - Plano Real - adotou-se uma periodicidade mínima, ratificada pela Lei 10.192/01. Tal diploma, que deu medidas complementares ao plano real, estabelece que os reajustes somente podem ocorrer passados 12 (doze) meses da assinatura do contrato, de acordo com o parágrafo 1º de seu artigo 2º<sup>166</sup>. Assim, temos uma definição, que é abarcada pelos Tribunais de Contas, de reajustes anuais para os contratos de concessão de serviço público, o que nos parece acertado, eis que a

---

<sup>164</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92

<sup>165</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p.106

<sup>166</sup> Id. *Ibidem*. p. 107

necessidade de reajuste em prazo inferior denota, ao menos de abrupto, deficiência na composição dos preços ofertados.

Por fim, cumpre ressaltar que a Lei 8.987/95 estabelece no inciso V, do artigo 29, a obrigatoriedade do reajuste ser homologado pelo Poder Concedente, fruto de seu poder fiscalizador sobre o serviço público concedido, já que poderá, neste mister, fazer juízo de oportunidade e conveniência pela aplicação do referido reajuste.

Em termos gerais, o reajuste é uma cláusula adequada e eficiência para recompor aqueles desequilíbrios ocasionados por áleas ordinárias do serviço público executado.

#### **4.4.2. A Revisão**

##### *4.4.2.1. Considerações Gerais*

Trata-se da revisão ampla e minuciosa da situação do particular, iniciando-se com a verificação de todos os custos originariamente previstos pelo contratado para formulação de sua proposta, procedendo-se, em seguida, à verificação dos custos que efetivamente oneram o sujeito. É o modo, por excelência, de disciplina e controle da tarifa durante todo prazo contratual. Diz respeito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro sob seu aspecto substancial, com o exame e a reestruturação dos dados cuja configurou a tarifa.<sup>167</sup>

Em havendo a comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível apto a produzir desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes, a recomposição do equilíbrio é realizada.<sup>168</sup>

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de *“uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos”*<sup>169</sup>

Já Antônio Carlos Cintra do Amaral o conceitua como *“a revisão de preços que tem por função restabelecer o equilíbrio econômico ou financeiro do*

---

<sup>167</sup> MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 360

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 405

<sup>169</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.

*contrato, contenha este ou não cláusula de reajuste*"<sup>170</sup>. Ela ocorre durante o contrato, o que a diferencia de seu congêneres reajuste, que se insere na etapa do planejamento da concessão. O momento em que surge o direito à revisão é o momento em que se verifica o desbalanceamento. O ato forma de reconhecimento desse direito tem caráter declaratório, eis que o fato gerador geralmente já ocorreu.<sup>171</sup>

Para o citado autor, a revisão assume especial importância nos Contratos de Concessão do Serviço Público porque, em certa medida, a tarifa reflete a composição de custos mais lucro mais amortização de investimentos, *menos* receitas alternativas, complementares ou acessórias. Ou seja, de complexidade impar, a revisão tem a função de retificar eventual "*descompasso resultante da aplicação de um índice geral para reajustar custos e a relação destes com as receitas alternativas*."<sup>172</sup>

Benedicto Porto Neto, comungando com as lições acima, entende a revisão como um mecanismo adequado para a complexidade que se encerra no instituto Concessão de Serviço Público. Em suas pedagógicas lições:

A estrutura econômico-financeira da concessão, em regra, é muito complexa, diferenciando-se bastante dos contratos administrativos. A tarifa nem sempre é a única fonte de recursos da Concessionária, prevendo a lei a possibilidade de fontes acessórias e complementares de receitas (art. 11 da Lei n. 8987). Todas essas receitas adicionais compõe a estrutura econômico-financeira da concessão (parágrafo único do referido art. 11).

Por essa razão, não basta o reajuste de tarifas por índices de preços ou setoriais para preservação do equilíbrio econômico financeiro, tanto no interesse público como no da concessionária. A equação econômico-financeira da concessão pode ser rompida pela variação dos diversos elementos que a compõe. E as receitas da concessão (como as despesas) variam durante a vigência.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92

<sup>171</sup> Id. Ibidem. p. 93

<sup>172</sup> Id. Ibidem. p. 96

<sup>173</sup> NETO, Benedicto Porto. *Concessão de Serviço Público no regime da lei n. 8987/95 – Conceitos e Princípios*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 114

Resta-nos claro que a alteração da remuneração do concessionário, em especial a revisão do valor da tarifa, é o instrumento primordial para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.<sup>174</sup>

Tal recomposição pode ser feita por determinação contratual, ou seja, prevista a cada determinado lapso temporal, como pode ser originária de um evento imprevisto que desequilibre a equação econômico financeira prevista no contrato de concessão.

Trata-se do que Egon Bockman Moreira chamou de revisão *periódica* ou *circunstancial*. Vejamos seus ensinamentos:

A primeira delas (...) envolve a aplicação de mecanismos preestabelecidos de reavaliação do projeto concessionário. Seu objeto é limitado, circunscrevendo-se à implementação do protocolo prescrito no estatuto ou no contrato de concessão. Com isso não se quer significar que a revisão periódica seja simples – nada disso; trata-se do desenvolvimento de trabalhos complexos que pretendem atenuar a assimetria de informações e avaliar tanto a performance do concessionário como a qualidade e adequação do serviço prestado.

A revisão circunstancial dá-se em vista de eventos extraordinários que repercutam na formação do nível e estrutura tarifários.<sup>175</sup>

Cumprido ressaltar, valendo-nos novamente da advertência de Egon Bockman Moreira<sup>176</sup>, que o procedimento da revisão é mais amplo, podendo representar aumento ou decréscimo dos valores da tarifa, alargamento de prazo do contrato etc.

#### 4.4.2.2. Bases Legais

À imagem e semelhança com o reajuste, a revisão também tem sua morada no inciso VIII, do artigo 18 da Lei 8.987/95. Muito embora a legislação estabeleça que o edital e o contrato devam conter balizas para a realização da revisão, resta claro, pela aplicação dos princípios constitucionais, que o reajuste

---

<sup>174</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p.111

<sup>175</sup> MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 360

<sup>176</sup> Id. *Ibidem*. p. 360

pode ser feito a qualquer tempo, desde que verificadas a ocorrência das áleas extraordinárias e de um desequilíbrio evidente na equação econômico financeira estipulada de início.

Importante mencionar que deverá ser aberto um Processo Administrativo para a apuração deste desequilíbrio e consequente necessidade do reajuste, incidindo, sobre o processo, todos os princípios atinentes aos Processos Administrativos, dos quais destacamos o do Contraditório, vez que o particular, principal interessado no reequilíbrio, poderá exercer seus direitos.

#### **4.4.3. A Recomposição Aplicada do Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato**

Dissertou-se no tópico acima sobre os institutos utilizados pelo Poder Concedente para a verificação e realização do equilíbrio econômico financeiro quanto este resta, em virtude de eventos normais ou anormais, rompido. Resta-nos, portanto, verificar como que de fato o princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro é efetivado na Concessão do Serviço Público. Vale dizer, uma coisa é a utilização do reajuste ou da revisão para identificar os motivos do desequilíbrio e verificar a necessidade de recomposição. Outra, completamente distinta, mas complementar à primeira, é saber por quais meios a revisão e o reajuste se verificam nos Contratos Administrativos de Concessão do Serviço Público.

Para Eugenia Cristina Cleto Marolla, nomenclatura perfilada também por Marçal Justen Filho, os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico financeiro dividem-se em duas providências: as de âmbito interno e as de âmbito externo<sup>177</sup>.

Vejamos a seguir, portanto, tais providências em minúcias.

##### **4.4.3.1. Providências Internas**

###### **4.4.3.1.1. Alteração do valor da tarifa**

Como dissertamos no presente trabalho, a concessão do serviço público é executada pelo particular, por sua conta e risco, obtendo sua remuneração por intermédio da tarifa cobrada diretamente dos usuários do serviço oferecido. Ao

---

<sup>177</sup> Id. Ibidem. p. 115

ser observado um desequilíbrio na equação econômico financeira originalmente pactuada, oriunda de evento imprevisível, a primeira providência que nos salta aos olhos é, obviamente, o aumento do valor da tarifa cobrada.

Encontra seu fundamento legal no parágrafos 2º, 3º e 4º, do artigo 9º<sup>178</sup>, bem como no artigo 10<sup>179</sup>, ambos da Lei 8.987/95.

Trata-se do equilíbrio econômico financeiro por excelência, visto que garante ao particular a justa remuneração pelo serviço prestado.

No entanto, este mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico financeiro, ao mesmo tempo em que prestigia princípios constitucionais das prestações do serviço público, pode ensejar ofensa ao princípio da modicidade tarifária. Desta forma, é desejável que este mecanismo não seja o único, muito embora deva ser o ponto de partida.

O princípio da modicidade tarifária objetiva não onerar em demasia o usuário do serviço, aquele pelo qual o próprio serviço público é prestado. Nesta esteira, permitir que o equilíbrio econômico financeiro altere o valor da tarifa em patamar inviável para o usuário se mostra ilógico. Vale dizer, o remédio acabaria ferindo de morte o usuário. Isto, como bem pontua Marçal Justen Filho, pode levar a resultados indesejáveis para o Estado, motivo pelo qual outras formas devem ser viabilizadas como, por exemplo, a redução dos encargos do concessionário<sup>180</sup>.

#### 4.4.3.1.2. *Diminuição dos encargos do concessionário*

Em hipóteses como as referidas acima, nas quais o aumento da tarifa colide com o princípio da modicidade tarifária, prejudicando os próprios

---

<sup>178</sup> 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.

<sup>179</sup> Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

<sup>180</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 405

usuários do serviço público - postura indesejável para o Poder Público -, promove-se a diminuição das cargas impostas ao Concessionário.

Para um trabalho monográfico de cunho generalista, como o presente, vale mencionarmos a advertência de Marçal Juste Filho, salientando que esta atitude do Poder Público pode se traduzir em uma série de providências distintas, as quais dependerão da natureza e das condições concretas da outorga, alterando-se, *v.g.*, as exigências no tocante a investimentos ou postergar sua realização<sup>181</sup>.

Em conclusão, ao desonerá-lo de parte dos investimentos a que estaria obrigado por força do Edital e do Contrato de Concessão - instrumentos que lhe basearam a proposta oferecida - a manutenção da tarifa nos patamares anteriores ao evento imprevisível ocorrido mantém-se adequada para fins de conservar a equação econômico financeira pactuada no início, sem a necessidade de aumentos na tarifa. Tal postura prestigia, de uma vez só, o princípio do equilíbrio econômico financeiro e o da modicidade tarifária.

#### *4.4.3.1.3. Prorrogação do prazo da Concessão do Serviço Público*

Marçal Justen Filho alerta que, em uma primeira análise - da qual compartilha - a prorrogação do prazo de concessão afigurar-se-ia ofensiva ao princípio da isonomia, já que, por dever constitucional, a outorga do serviço público deveria ser precedido de licitação<sup>182</sup>. Nesta senda, ao se permitir a prorrogação, burlar-se-ia o princípio licitatório ofendendo a isonomia.

Todavia, o citado autor encontra a possibilidade de utilização deste mecanismo no princípio da proporcionalidade. De tão clara sua explicação, reproduzimo-las tomando como nossas. Em suas palavras:

O princípio da proporcionalidade impede que se imponha ao concessionário o dever de sofrer perda patrimonial tal como exclui a elevação de tarifas que possam colocar em risco a estabilidade econômica da Nação. Também exclui a possibilidade de que se constranja o poder público a desembolsar vultuosos recursos para indenizar o contratado apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar a licitação. Soluções

---

<sup>181</sup> Id. *Ibidem.* p. 405

<sup>182</sup> Id. *Ibidem.* p.406

extremadas, que ignoram as consequências secundárias de preponderância de um único valor, não são conformes ao Direito. Não se cumpre a vontade da Constituição quando se desmerece um valor nela consagrado, ainda que a pretexto de dar aplicação às próprias normas constitucionais.<sup>183</sup>

Parece-nos extremamente acertada a saída constitucional, por assim dizer, para a prorrogação do Contrato de Concessão de Serviço Público para fins de recomposição do equilíbrio econômico financeiro. De nada adiantaria prestigiar a isonomia, dilapidar os cofres públicos com o pagamento de indenização, interromper e não prestar o serviço público adequado.

#### *4.4.3.1.4. Outras fontes de receita*

Nos termos do artigo 11 da Lei 8.987/95, cuja análise já foi objeto do presente trabalho monográfico, 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.

Tendo em vista que o mecanismo de aumento do valor da tarifa a tornaria demasiadamente onerosa para o usuário, a previsão de tais receitas se impõe de imediato como medida legítima e eficaz.

#### **4.4.3.2. Providências Externas**

O direito não poderia ficar inerte diante de hipotéticas situações cuja ocorrência fatalmente será verificada. Assim, pode existir situações onde as providências internas, assim chamadas pois ficam adstritas às partes, dentro da relação contratual da prestação do serviço público, se mostrem inviáveis para o fim pretendido de recompor o equilíbrio econômico financeiro rompido.

Nestas situações, mister se faz a utilização de providências externas, que transpassam o âmbito da relação contratual, afetando, de certa forma, as finanças do Estado como um todo.

---

<sup>183</sup> Id. Ibidem. p. 406

De modo mais sintético do que gostaríamos, vejamos as principais hipóteses:

#### *4.4.3.2.1. Indenização*

A utilização desta possibilidade dispensa maiores comentários, tendo em vista sua obviedade. Caso os mecanismos internos se mostrem insuficientes, o Poder Público paga uma quantia em dinheiro, ou seu equivalente em bens, de modo a restaurar o equilíbrio perdido.

#### *4.4.3.2.2. Subsídios*

Caracterizam-se por serem uma complementação à remuneração do Concessionária, bancada pelo Poder Público. Para Marçal Juste Filho, tal possibilidade é indesejável pois subverte o caráter da concessão do serviço público, que é desonerar o Poder Concedente dos encargos inerentes à sua prestação<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Id. *Ibidem*. p. 407

## 5. CONCLUSÃO

O Serviço Público foi e continua sendo um clássico tema de Direito Administrativo. Sua delegação feita ao particular suscita inúmeras outras questões, inexistentes quando da prestação direta pelo Poder Público. E, levando-se em conta que a ordem constitucional prevê um estado social baseado na livre iniciativa, fato este que garante um direito legítimo à justa remuneração daquele que irá prestar o serviço público indiretamente, estão postos à mesa os ingredientes de um tema, no mínimo, explosivo.

Tendo isto em mente, objetivamos demonstrar no primeiro capítulo deste trabalho monográfico o histórico da própria noção de serviço público e como este se coaduna com as novas necessidades da sociedade em constante transformação. Isto fica ainda mais nítido quando estudamos a evolução da noção de serviço público no estado brasileiro que a princípio assumiu as características das *Public Utilities* do direito estrangeiro, para só após encarnar os princípios do serviço público nos moldes ditados pela escola de serviço público.

Esta mudança do *Public Utilities* para a noção da Escola do Serviço Público encontra amparo no momento histórico no qual o país vivia. Por óbvio, em “Eras” onde o ideário liberal dominava, nada mais natural que houvesse uma predileção por modelagens que propiciassem participação ativa de particulares interessados em parcerias com o Poder Público. Ao contrário, em Eras – como a se viu a partir da segunda metade do século XX – onde a participação do estado se tornava mais ativa e controladora, a noção da Escola do Serviço Público ganhava relevo, principalmente pelo papel Estatal no controle da economia.

Assim, tomando emprestado a expressão do saudoso historiador marxista Eric Hobsbawn, o “breve século XX” nos legou um sem número de experiências com o serviço público, sendo a última delas, no caso brasileiro, um presente de nossa Constituição Federal promulgada em 1988. Como o professor Antônio Carlos Cintra do Amaral ensinou, o conceito de serviço público, mutável por natureza, é um conceito jurídico político. Em assim sendo, conceituá-lo, bem como analisar todos os institutos que lhe são correlatos, não é tarefa das mais fáceis, pressupondo a análise em conjunto com a Constituição.

Assim, vimos que o conceito atual de serviço público, na lógica de nossa Carta Magna, permite a execução pela “conta e risco” do particular que deseja prestá-lo. Mas esta expressão, em prestígio à própria razão de ser da Constituição, não pode ser interpretada literalmente. O particular apenas presta o serviço público pois esta atividade lhe trará algum benefício, benefício este constitucionalmente garantido, pois faz parte dos princípios que fundamentam a república brasileira.

Quando o legislador constitucional previu, logo em seu artigo 1º, que o fundamento do Estado Democrático de Direito é a combinação do valor social do trabalho com a livre iniciativa, assumiu o regime de economia capitalista que pressupõe a acumulação de capital oriunda do lucro. Logo, quando empresa privada se sujeita a prestar serviço público ela objetiva seu legítimo lucro, constitucionalmente garantido.

Desta forma, a expressão “por sua conta e risco”, existente no artigo 175 da Constituição Federal, resumindo as condições genéricas de prestação do Serviço Público, não pode ser levada a “ferro e fogo”, já que nem todos os riscos poderão ser imputados ao particular, por ter esta verdadeira garantia constitucional para a busca do lucro em sua atividade.

Tendo estas premissas em mente, conforme demonstramos no decorrer do trabalho, a futura concessionária analisa todo o Edital da Licitação que concederá o serviço público para oferecer sua proposta, consubstanciada na tarifa, cobrada diretamente dos usuários e da qual retirará sua remuneração. Destaca-se, deste modo, que da remuneração pelo serviço prestado é que a Concessionária manterá o serviço ativo e retirará seu lucro.

Contudo, é evidente que todo empreendimento empresarial (e o serviço público prestado indiretamente não deixa de ser um, com estratégias empresariais e pesados investimentos previstos) tem sua margem de risco, fato este que não pode ser imputado totalmente ao particular, já que o Poder Público apenas transfere a execução do serviço público, continuando com sua titularidade.

Em situações nas quais o risco transforma-se em ruptura da equação econômica financeira calculada outrora, quando do oferecimento da proposta/tarifa, se impõe a necessidade constitucional de sua recomposição, de modo a garantir ao particular aquela margem de lucro que ele auferia pela prestação do serviço público.

Essa conclusão pode ser encontrada, facilmente, pela simples leituras dos dispositivos da Lei 8.987/95, que preveem os institutos da revisão e do reajuste, plenamente adequados para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro rompido. E, a partir destes institutos, as formas ou mecanismos pelos quais o equilíbrio econômico financeiro será reconduzido à normalidade são decididas no caso concreto, o que abre margem a inúmeras outras possibilidades, diante da dinâmica de evolução do serviço público brasileiro. Isso, sem mencionarmos as indesejáveis, porém necessárias, intervenções financeiras do Poder Concedente, mediante indenizações e subsídios, que recompõe o equilíbrio econômico rompido.

Após a demonstração da forma como a remuneração se dá, a formação do equilíbrio econômico financeiro, sua quebra e posterior recomposição, uma conclusão restou clara. O princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro tem um fim bastante determinado. Protege, de uma só vez, os interesses legítimos do particular e os fins constitucionais do serviço público, exercido para a coletividade.

Os interesses particulares, à evidência, pois em um regime de economia capitalista, nenhuma empresa executaria o serviço público por ideologia ou benesse aos usuários. Somente o presta pelo lucro que, caso rompido pela quebra da equação econômico financeira que o produz, será reestabelecido pelos instrumentos legais dispostos para tanto.

Para o Poder Público, o equilíbrio econômico financeiro do contrato prestigia todos os princípios atinentes ao Serviço Público, além daqueles outros previstos no artigo 37 da Constituição Federal. Caso o particular, ao fazer sua proposta para a assunção do Serviço Público, tivesse que embutir em seu preço todos os possíveis riscos que a atividade pressupõe, a Administração arcaria com um alto custo oriundo de eventos imprevisíveis e, por muitas vezes, hipotéticos.

Ainda, ao permitir a recomposição do equilíbrio permite, via de consequência, a continuidade do serviço público que poderia ser paralisado diante dos prejuízos advindos de situações imprevisíveis que afetassem a equação outrora firmada.

Desta forma, em conclusão, o Equilíbrio Econômico Financeiro nos Contratos de Concessão Comum configura-se como verdadeiro princípio

constitucional, que tutela o particular e o Poder concedente, encerrando inúmeros princípios constitucionais e os fundamentos da república democrática brasileira.

## 6. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005

BERBEL, Márcia Regina. *A nação como artefato - deputados do Brasil nas Cortes Portuguesas 1821-1822*. São Paulo: Editora Hucitec, 2010

BLACKBURN, Robin, *A queda do Escravismo Colonial: 1776-1848*. Rio de Janeiro: Record, 2002

BRAGA, Odilon. *Serviço Público Concedido*. p. 46. Biblioteca Digital FGV. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/9685/8712>>. Acesso em 39 de setembro de 2013

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*. Madrid: Civitas Ediciones, 2005

FILHO, Romeu Felipe Bacellar (org.). *Serviços Públicos - Estudos Dirigidos*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007

GARCIA, Leonardo Lopes. *Alocação de riscos, reajuste e revisão tarifária nas Concessões de Rodovias Federais*.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

GROTTI, Dinora Adelaide Musetti. O serviço público e a constituição brasileira de 1988

JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Reus, 1928

JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Administrativo* . 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral de Concessões de Serviço Público*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003

LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio Econômico-financeiro contratual no Direito Administrativo e no Direito Civil*. São Paulo: Editora Del Rey, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2007.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. p.195-196. in Revista de Informação Legislativa v. 40, n. 159, p. 193-197, jul./set. de 2003

MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: A inteligência da Lei 8.987/95*. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NETO, Benedicto Porto. *Concessão de Serviço Público no regime da lei n. 8987/95 – Conceitos e Princípios*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998

NOBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PEREIRA, Marcelo. *A escola do serviço público*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Paris: Ed. Sirey, 1959.