

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

O instituto da concessão e a infraestrutura

Gustavo Gil Gasiola

Orientador: Prof.º Dr.º Thiago Marrara

Ribeirão Preto
2014

GUSTAVO GIL GASIOLA

O instituto da concessão e a infraestrutura pública

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado na Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

Ribeirão Preto
2014

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

FICHA CATALOGRÁFICA

GASIOLA, Gustavo Gil

O instituto da concessão e a infraestrutura / Gustavo Gil Gasiola. -- Ribeirão Preto, 2014. 105p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2014.

Orientador: Thiago Marrara

1. Concessão. 2. Parceria público-privada. 3. Infraestrutura. 4. Serviço público. 5. Contrato administrativo. 6. Bem público.

GASIOLA, Gustavo Gil. **O instituto da concessão e a infraestrutura**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Agora, sim, senhor.

Leio que o meu amigo Dr. Silva Matos, 1º delegado de polícia, reuniu os gerentes das companhias de bondes e conferenciou com eles largamente. Ficou assentado isso: que as companhias farão cumprir, com a máxima observância, as posturas municipais e os regulamentos da polícia. Ora, muito bem. Mas agora é sério, não? Desta vez cumprem-se; não é a mesma caçoadada da promulgação que fez crer à gente que tais atos existiam, quando não passavam de simples exercícios de filosofia escolástica. Vão cumprir-se com a máxima observância. Se aproveitassem a boa vontade das companhias, para obter que cumpra também o catecismo, as regras de bem viver, e um ou outro artigo constitucional? Seria exigir demais. Contentemo-nos com o bastante.

Machado de Assis (Bons dias, *Jornal Gazeta de Notícias* de 12 de abril de 1888, Rio de Janeiro)

Resumo

Este estudo tem por objetivo analisar a relação entre o instituto da concessão no direito administrativo e a infraestrutura. Para tanto, realizou-se uma comparação entre o regime jurídico de diferentes espécies de concessão. A íntima relação entre esses contratos administrativos e o desenvolvimento da infraestrutura é analisada sob a ótica da disponibilização de ferramentas eficazes e eficientes para o administrador público.

Palavras-chave: concessão; parceria público-privada; infraestrutura.

Abstract

This study aims to analyse the relationship between the concession in Administrative Law and the infrastructure. Thus, we compared the legal framework of different species of concession. The close connection between these administrative contracts and infrastructure development is analyzed from the perspective of providing effective and efficient tools for the public administrator.

Keywords: concession; public-private partnerships; infrastructure.

Sumário

1 Introdução	17
2 Concessões de serviços - Análise comparativa	22
2.1 Objeto	22
2.1.1 Objeto da concessão comum	22
2.1.2 Objeto da concessão patrocinada.....	26
2.2.3 Objeto da concessão administrativa.....	27
2.2.4 Análise comparativa dos objetos	30
2.2 Remuneração.....	31
2.2.1 Estrutura remuneratória básica da concessão comum	33
2.2.2 Estruturas alternativas da Lei Geral de Concessões	36
2.2.3 Estruturas remuneratória da concessão patrocinada	42
2.2.4 Estrutura remuneratória da concessão administrativa	46
2.2.5 Análise comparativa da estrutura remuneratória	47
2.3 Posição jurídica do concedente	50
2.3.1 Posição jurídica do concedente nas concessões comuns	50
2.3.2 Posição jurídica do concedente na concessão patrocinada	55
2.3.3 Posição jurídica do concedente na concessão administrativa.....	58
2.3.4 Análise comparativa da posição jurídica do concedente	61
2.4 Posição jurídica do concessionário	61
2.4.2 Papel do concessionário – concessão patrocinada.....	64
2.4.3 Papel do concessionário da concessão administrativa.....	65
2.4.4 Análise comparativa da posição jurídica do concessionário	67
2.5 Riscos e garantias.....	67
2.5.1 Riscos e garantias nas concessões comuns	67
2.5.2 Riscos e garantias nas concessões patrocinadas	71
2.5.3 Riscos e garantias nas concessões administrativas	71
2.5.4 Análise comparativa dos riscos e garantias	75
3. Concessão de uso de bem público	76
3.1 Objeto	78
3.2 Remuneração.....	79

3.3 Posição jurídica do concedente	80
3.4 Posição jurídica do concessionário	81
3.5 Riscos e garantias.....	82
4 A infraestrutura	83
4.1 Importância e características.....	83
4.2 A concessão de serviços e a infraestrutura	89
4.3 A concessão de uso e a infraestrutura	95
5 Conclusões	97
6 Bibliografia	99

1 Introdução

O trabalho que segue aborda a relação entre quatro espécies de concessão – a saber, concessão comum de serviço público, concessão patrocinada, concessão administrativa e concessão de uso de bem público – e a infraestrutura. Não se pretende abordar todos os tipos de concessões existentes no Direito Administrativo pátrio, uma vez que as quatro espécies escolhidas não exaurem o uso da expressão.¹ Entretanto, é inevitável passar por concessões com regime jurídico mais específico (exemplo é a concessão rodoviária, regulada pela Lei 10.233/01), mas com o objetivo de aproximar os argumentos a realidades de infraestruturas específicas.

A introdução deste trabalho importa em uma ressalva. Apesar do esforço em trazer coerência e eliminar contradições, o fato é que nele se encontram linhas antigas e novas, que correspondem respectivamente ao produto da Iniciação Científica realizada durante os primeiros anos da graduação – especificamente o quarto e o quinto semestre – e a continuidade da pesquisa, retomada no nono e décimo semestre da graduação. A conciliação de pesquisas realizadas em momentos distintos da formação do autor como bacharel e pesquisador em direito, poderá trazer algumas diferenças de estilo e forma de expor o objeto pesquisado. O cuidado maior foi dado com relação ao conteúdo, evitando a coexistência de argumentos e conclusões contrários. Para esclarecer os momentos distintos da pesquisa, toma-se o relatório de Iniciação Científica como base deste trabalho e são comentadas nesta introdução as alterações e inclusões realizadas no período posterior, de elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso.

Preferiu-se, de maneira diversa ao trabalho apresentado como resultado final da iniciação científica, intitulado “As espécies de concessão no direito brasileiro e sua adequação para o desenvolvimento da infraestrutura pública”, a utilização da expressão infraestrutura, sem o adjetivo “público”, para indicar que os conjuntos de bens aqui abordados não se concentram apenas nos bens públicos. De acordo com o critério subjetivo do CC/02, art. 98², bens públicos são todos aqueles pertencentes a entes públicos. Ora, acontece que nem todas as concessões envolvem a construção / utilização

¹ O termo genérico concessão traz a ideia da transferência de um ente público a uma pessoa privada, de certa prerrogativa, como ressalta CRETELLA JÚNIOR (1984, p. 130). Utilizando o vocábulo “concessão”, ainda existe, a título exemplificativo, a concessão de florestas, a concessão de hidrocarbonetos, a concessão minerária, etc.

² Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

de bens públicos. É claro que em muitos casos a concessão de serviços estará coligada a um contrato de concessão de uso de bem público – a concessão do serviço de assistência hospitalar com a concessão da estrutura física do hospital (caso do Hospital do Subúrbio, em Salvador/BA). Mas não são todos. Na concessão de obra pública, por exemplo, o bem imóvel pertencerá ao concessionário, pessoa jurídica de direito privado, enquanto durar a concessão. Mesmo que a incidência de um regime de direito público sobre esse imóvel seja inegável, não é possível afirmar que se trata, realmente, de um bem público, tratando-se de uma interpretação *contra legem*, em desacordo com o critério adotado pelo CC/02.

Outra diferença apresentada com relação à iniciação científica é a inclusão da análise da concessão de uso de bem público. A intenção inicial da pesquisa era o estudo das concessões de serviço, mas, durante o segundo momento da pesquisa, percebeu-se que um dos pontos críticos do desenvolvimento da infraestrutura era a concessão de uso. Apesar de sua inserção em um grande número de contratos de concessão de serviços, a concessão de uso também pode ser realizada independentemente ou firmada pelo próprio concessionário (subconcessão), o que chamou a atenção desse instrumento como impulsionador da criação e manutenção eficiente da infraestrutura.

Assim, as grandes modificações do trabalho, o que não exclui pequenas mudanças de posicionamento, é a inclusão do Capítulo 3, que aborda as concessões de uso de bem público, em contraposição à concessão de serviço público e a alterações ocorridas no atual Capítulo 4, sobre as infraestruturas, pela ampliação da compreensão desse objeto (mais abrangente, não apenas como bens públicos).

A escolha do tema está ligada à interação quase inata entre o instituto da concessão e o desenvolvimento das infraestruturas. Além utilizada, com as devidas proporções, pelo direito romano, nas últimas décadas é possível observar o crescimento do interesse brasileiro na concessão de suas infraestruturas – mesmo as já existentes, como as rodovias federais, para adequada manutenção e ampliação, ou as ainda não existentes, porém demandadas pelos agentes econômicos ou pela população, como é o caso de hidrelétricas ou novas linhas de transporte metroviário. Esse interesse revela-se tanto pelo crescente número de leis a disciplinar o assunto (Lei Geral de Concessões, Lei de Parcerias Público-Privadas, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei

de Concessão de Portos, leis setoriais, etc), quanto pelo uso crescente das concessões de serviços, de obra e de bens públicos pela Administração Pública.³

Podem-se apontar quatro motivos para o uso da concessão como instrumento estatal. O primeiro é a demanda pelas utilidades decorrentes do uso das infraestruturas. Se um país deseja crescer, necessita de um aparato físico que permita o livre desenvolvimento da atividade econômica, retirando os óbices ao acesso à matéria prima, à produção e seu consequente escoamento. A infraestrutura está atrelada também à concretização de diversos direitos fundamentais, tarefa que não se desvincula à tarefa de desenvolvimento. Ligado ao primeiro motivo, a necessidade de vultosos investimentos impede, muitas vezes, que o Estado preste diretamente um serviço ou forneça certa utilidade de interesse coletivo. Na posição estatal de garante da atividade econômica e do desenvolvimento como um todo, o instrumento da concessão é capaz de atrair os investimentos privados (nacionais e internacionais) na direção que lhe convém. A concessão de um serviço, mais do que a busca de investimentos no setor, é o direcionamento de investimentos em um sentido determinado (por normas gerais ou pelo próprio contrato). Nem sempre, porém, a concessão tem por objetivo o investimento privado. Isso, porque em certos casos o financiamento da concessão é realizado pelo próprio Estado, como faz o BNDES. Assim, o terceiro motivo que fundamenta uma concessão é a busca pela gestão privada dos serviços e bens de responsabilidade estatal. Essa busca pela gestão privada se dá tanto pela crença na eficiência privada (em contraste com a suposta ineficiência estatal), tanto pela intenção de diminuir a máquina estatal.⁴ Por fim, o quarto motivo das concessões é a sua função fiscal. Mais relevante nas concessões de uso, entretanto não totalmente excluída das concessões de serviço, a função fiscal pode representar a concretização de uma gestão eficiente de um bem público ou da repartição dos ganhos auferidos em um serviço público de grande lucratividade.

Alerta JUSTEN FILHO (2003a, p. 1) que a “redescoberta” do instituto da concessão não pode ser vista como a volta do mesmo utilizado no século XIX e começo

³ Um exemplo atual é o recém-lançado pacote de concessão de ferrovias e rodovias, cf. <http://blog.planalto.gov.br/programa-de-concessoes-de-ferrovias-e-rodovias-tera-investimento-de-r-133-bilhoes/>.

⁴ Deixando o Estado com mais liberdade “para concentrar-se em suas atividades primárias e na solução de problemas de maior premência e envergadura” (MOREIRA NETO, 2009, p. 486). Esse discurso, mesmo que sujeito a debates, já foram trazidos no Brasil no início de 1990 com os Planos Nacionais de Desestatização.

do XX, sem as modificações que a constitucionalização e a democratização do Estado e do direito brasileiro trouxeram. A concessão tem o escopo de alinhar os interesses do Estado, do concessionário e da sociedade (incluindo nessa categoria os usuários efetivos, os usuários potenciais e os demais cidadãos), no sentido de uma prestação adequada e satisfatória de um serviço público, de uma utilidade ou na construção, ampliação ou manutenção de bens essenciais ao exercício de direitos fundamentais básicos. Os motivos que irão envolver o contrato de concessão deverão respeitar os princípios constitucionais e zelar pelos interesses de todos os envolvidos. Ilustrando a questão, a concessão não pode, em detrimento dos usuários dos serviços públicos, buscar apenas interesses fiscais. Ao entender a concessão como uma rede de posições jurídicas equilibradas, a sua modelagem e suas futuras alterações deverão respeitar todos os interesses envolvidos.

A infraestrutura, sendo o suporte de um serviço público ou uma utilidade em si mesma, seja ela logística, energética ou social, é pressuposto básico para a implementação de alguns direitos fundamentais. Não há que se falar em vida digna sem o devido acesso à energia elétrica ou ao saneamento básico, por exemplo.

Em vista de sua pluralidade de formas, exige-se que o administrador público consiga manejar o instituto, escolhendo a configuração mais viável e efetiva para a construção ou manutenção de determinada infraestrutura, promovendo assim o interesse público, que, vale lembrar, não envolve somente o interesse do Estado ou dos usuários do serviço, mas também o interesse do concessionário, cujo investimento foi direcionado, mesmo que de forma indireta, a auferir lucro. O administrador, destarte, deve ser apto a elaborar o instrumento de concessão de modo adequado a justa composição de interesses.

A concessão pode [e deve] ser modelada, portanto, de acordo com as características fáticas que os projetos de infraestrutura pública trazem. Isto pressupõe que o Poder Público saiba identificar a modalidade de concessão mais adequada, os riscos da prestação e conseqüentemente a forma de remuneração do concessionário que permita o seu sucesso sem gerar grande ônus ao Estado e aos usuários. Eis aqui o problema: dadas as espécies de concessão no direito brasileiro, quais delas seriam viáveis aos projetos de infraestrutura que o Brasil necessita? A viabilidade aqui questionada não pode ser olhada apenas pelo viés econômico do Estado. Ela exige a consideração do interesse das três partes da concessão: poder concedente,

concessionário e usuário. Esta é a pergunta que esta pesquisa tentará responder, observando a possibilidade dos modelos de concessão disponíveis ao administrador para responder aos problemas inerentes a construção e manutenção da infraestrutura pública brasileira.

Assim, o presente trabalho visa analisar quatro espécies concessórias do direito pátrio (concessão comum, patrocinada, administrativa e de uso de bem público), em duas partes. Primeiramente serão analisadas comparativamente as concessões de serviço, a fim de identificar suas semelhanças e diferenças. Por fim, o trabalho irá tratar especificamente das infraestruturas, sua delimitação conceitual, sua problemática e a sua relação com o instituto da concessão no direito brasileiro.

2 Concessões de serviços - Análise comparativa

2.1 Objeto

A comparação que se pretende desenvolver neste capítulo é entre os conteúdos potenciais de concessão. Não se refere ao “conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar” (GOMES, 2009, p. 65), mas tão somente ao núcleo central da atividade concedida ao particular.

A concessão de serviços aos particulares integra os movimentos de reestruturação do papel do Estado com a sociedade. Trata-se de uma privatização formal⁵ da atividade, resultado da alteração das esferas de responsabilidades estatais, na passagem do Estado prestador ao Estado garantidor.⁶

Analisar os objetos da concessão de serviços públicos é delimitar os limites à privatização formal das atividades estatais por esse instrumento. Pois, se não há na Constituição ou na legislação infraconstitucional um rol exaustivo de atividades em que se permite a concessão – excluindo, por consequência, todas as outras atividades estatais – resta a análise negativa dos objetos, identificar quais atividades não podem ser concedidas à execução particular (limite horizontal) ou de que maneira as atividades podem ser concedidas (limite vertical).

É com essa perspectiva que serão comparados os objetos (potenciais) das três espécies de concessão (comum, patrocinada e administrativa). Em princípio, por recair sobre todas as espécies de concessão, serão elencados os limites impostos pela ordem constitucional. Logo após, o foco central será a Lei Geral de Concessões, buscando limites explícitos ou implícitos do contrato de concessão comum. Seguido da concessão patrocinada e, depois, da concessão administrativa, ambas reguladas pela Lei de PPP.

1.1 Limites gerais

2.1.1 Objeto da concessão comum

A concessão comum delega a execução de uma atividade titulada pelo poder público para um particular. Esse é o primeiro limite do objeto: a concessão não pode ter

⁵ Trata-se de privatização formal das atividades administrativas, pois não existe a transferência da titularidade do serviço para a iniciativa privada. O serviço continua sob responsabilidade dos entes públicos, mas sua execução é delegada a um particular. Sobre a diferença entre privatização formal e material, v. DI PIETRO (2009, p.

⁶ Sobre a relação entre a concessão e o advento do Estado garantidor, cf. GONÇALVES (1998, p.

como atividade principal um serviço que não seja de sua titularidade, ou melhor, terá como objeto um serviço público. Mas os objetos da concessão comum não são limitados apenas pelo conceito de serviço público, a atividade deve também ser de competência do ente que realiza a concessão – seja a competência constitucional, seja delegada para outro ente.⁷ É o dizer da impossibilidade de se delegar aquilo para o qual não se é competente.

Apesar desses primeiros limites lógicos – não se pode conceder aquilo que não lhe compete – a Lei n. 8.987/95 é omissa em definir os serviços que poderiam ser objeto de concessão. Não há uma delimitação positiva (nem mesmo exemplificativa) dos potenciais objetos, restando, como já ressaltado, uma análise dos limites. Ainda quando se tem a competência para ofertar o serviço público, o poder público poderá estar impedido de o conceder. Pelo próprio regime jurídico da concessão comum, a atividade deve conjugar certas características para ser concedida, analisadas a seguir.

Ao tentar delimitar os objetos, CRETELLA JÚNIOR (2003, p. 123) entende que o serviço, além de remunerado pelos seus usuários, não pode envolver o emprego de força contra os particulares. Contudo, é impreciso esse limite, pois a concessão sempre irá envolver a transferência de poderes ao concessionário, o qual poderá se valer do emprego da força contra os particulares (como é o caso da desapropriação), desde que o faça dentro dos limites legais e contratuais. Assim, necessário é encontrar outro fundamento que limite a delegação da atividade aos particulares.

Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2013, p. 258-262), o serviço público deve ter três os elementos para ser possível concedê-lo pelo contrato de concessão comum. A atividade deve envolver um “dever de oferta” para o poder público (primeiro elemento); que “possa ser objeto de uma relação econômica explorável” (segundo); e exista a possibilidade de valorar individualmente a fruição (terceiro).

O “dever de oferta” restringe o primeiro limite geral. Ele envolve, de um lado, a demanda social pela atividade e, de outro, a atribuição do provimento ao Estado, o que não importa necessariamente em exclusividade de prestadores ou regime (MARQUES

⁷ Com o movimento de agencificação, os contratos de concessão que envolvam atividades reguladas pelas agências passaram a ser elaborados, firmados e geridos pela própria agência. A titularidade do serviço não foi transferida para as agências, pois elas têm a competência apenas de conceder a execução para particulares.

NETO, 2013, p. 259). A simples competência para executar o serviço não permite, de pronto, sua delegação. Caso não haja demanda pela atividade – ou pelas utilidades fornecidas pelas infraestruturas – carece o dever de oferta e não poderá haver concessão. Como a demanda pode ser real ou potencial, a motivação da abertura do procedimento licitatório, tem como objetivo a comprovação da existência de uma demanda suficiente para remunerar o serviço. Se existir demanda socialmente relevante, mas não suficiente para remunerar o concessionário *per se*, a concessão comum não será possível⁸ – podendo, se dentro dos limites da outra espécie, realizar uma concessão patrocinada ou administrativa.

O segundo elemento delimita o objeto às atividades que possam integrar uma relação econômica,⁹ excluindo serviços de fruição forçada (*e.g.*, segurança pública) ou aqueles cujo serviço não pode ser considerado mercadoria (*e.g.*, jurisdição).

Por fim, o terceiro elemento é a exclusão dos serviços *uti universi* (aqueles em que não é possível identificar os usuários individualmente). Isso é consequência da estrutura básica de remuneração da concessão comum, baseada na tarifa cobrada dos usuários. Quando não for possível diferenciar os usuários efetivos do serviço e também não ser possível quantificar minimamente esse uso, não é viável a cobrança da tarifa, pois ela é atrelada necessariamente à fruição do serviço, devendo haver uma mínima aderência entre tarifa e serviço.

O autor entende, contudo, que esse terceiro elemento não é “próprio do instituto da concessão, nem era essencial no regime da Lei nº 8.987/1995” (MARQUES NETO, 2013, p. 261). A existência de outras formas de remuneração – caso das receitas alternativas – possibilitaria a construção de concessões sem a cobrança de tarifas. Apenas com a Lei de PPP, especificamente com a criação da concessão administrativa, a cobrança de tarifas, ainda segundo o autor, passou a ser essencial para a concessão comum.

Mas a criação de novas espécies de concessão não teve a intenção de limitar os instrumentos já existentes. Na verdade, elaborou-se um regime jurídico mais apropriado

⁸ Afirma-se a impossibilidade do objeto ao pensar a concessão comum suportada apenas pela estrutura remuneratória básica, ausentes as receitas alternativas e subsídios públicos.

⁹ Importante ressaltar que, para o autor, a relação econômica se dará quando for “(i) baseada numa participação voluntária destes e (ii) tendo por objeto algo passível de valoração e equivalência por atribuição de valores de troca ou de uso” (MARQUES NETO, 2013, p. 259).

para concessões mais complexas. A concessão patrocinada não limitou a conjugação de receitas alternativas na estrutura remuneratória da concessão comum. Nem mesmo a concessão administrativa impediu que a totalidade da remuneração da concessão comum seja feita com essas receitas.

Ao observar os limites impostos pela lei à contratação de PPPs (valor do contrato, prazo, etc.) conclui-se que são reservadas aos grandes projetos, com elevados investimentos e grande complexidade. Caso a concessão não envolva serviços com tais características, não é razoável impedir que o poder público contrate concessões comuns com receitas alternativas (que integrem parcialmente ou totalmente a remuneração do concessionário). Se os custos de se ofertar o transporte urbano de passageiros diminuïrem (barateamento de tecnologias, por exemplo) a ponto de ser possível remunerar o serviço apenas com a exploração econômica de publicidade (por meio da concessão de uso de bem público, no caso, dos veículos, e outros locais, como os pontos de parada), uma concessão comum sem a cobrança de tarifas seria plenamente possível.

Desse modo, o terceiro elemento, apesar de relevante, não é sempre necessário. Terá sua importância quando a escolha da estrutura remuneratória da concessão envolver a cobrança de tarifa dos usuários. Nesses casos, exige-se uma mínima aderência do valor cobrado e da fruição do serviço, o que só poderá haver quando o serviço for específico (individualização do usuário) e divisível (quantificação do uso).

O limite pela característica do serviço, porém, não é fixo. Uma atividade não é essencialmente específica e divisível, pois dependerá da capacidade tecnológica e do juízo de conveniência (entendido como relação de custos e benefícios). A coleta domiciliar de lixo ajuda a ilustrar a situação. É possível diferenciar aquelas casas que não produzem lixo – por estarem desocupadas, por exemplo – daquelas que produzem. Também é possível quantificar a quantidade de lixo produzido, por peso ou volume. Apesar disso, a ineficiência gerada pela quantificação individual do lixo não compensa a justiça tarifária que se queira implantar. Por falta de uma tecnologia adequada (que evite criação dessas ineficiências) e por um juízo de conveniência (os custos de tempo, pessoal, etc. serão maiores que os benefícios, sendo desproporcional¹⁰ em sentido

¹⁰ Sobre a regra da proporcionalidade aqui utilizada, cf. VIRGÍLIO XXXXXXXXXXXX O proporcional e o razoável.

estrito) o serviço de coleta domiciliar de lixo é considerado *uti universi* e não pode ser objeto de concessão comum que tenha como remuneração uma tarifa.

Outro limite à concessão comum são os serviços sociais. Por mandamento constitucional, certas atividades, quando prestadas pelo Estado, devem ser gratuitas. É o caso da saúde¹¹ e da educação¹². Pela impossibilidade em onerar seus usuários, não será possível implantar a cobrança de tarifas, inviabilizando a estrutura remuneratória básica da concessão comum.

2.1.2 Objeto da concessão patrocinada

Os serviços delegáveis pela concessão patrocinada são os mesmos de uma concessão comum.¹³ É da própria definição legal¹⁴ que se extrai a conclusão, já que a concessão patrocinada segue os moldes da concessão comum, aplicando-se subsidiariamente as regras da Lei Geral de Concessão.¹⁵ Segundo DI PIETRO (2011b, p. 146), as concessões patrocinadas nada mais seriam do que concessões comuns regidas por um regime jurídico parcialmente diverso.

A única ressalva que se deve fazer é com relação à exigência da cobrança de tarifa. Não será possível estruturar o serviço por uma concessão patrocinada sem a cobrança de tarifas. Defendeu-se que nas concessões comuns haveria essa possibilidade, nos casos em que as receitas alternativas conseguissem facilmente superar os custos do serviço. Isso não poderá acontecer nas PPP patrocinadas, pois o próprio conceito legal já indica que a tarifa deverá existir.

Além disso, a limitação decorre da própria lógica de aplicação da concessão patrocinada. O uso desse contrato é reservado a grandes projetos (por isso limites às diversas limitações para seu uso) e de grande complexidade (que envolve mais de uma

¹¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹² CF/88, “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;”

¹³ Isso é pacífico na doutrina, *cf.*, entre outros, (MARQUES NETO, 2013, p. 300); (DI PIETRO, 2011, p. 147); e (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 267-268).

¹⁴ Lei n. 11.079/04, “Art. 2º (...) § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

¹⁵ Lei 11.079/04, “art. 3º, (...) § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.”

atividade). Assim, sua própria configuração fática já afasta a possibilidade de não ser necessária a cobrança de tarifas. No caso de a política tarifária exigir a desoneração total dos usuários, o instrumento contratual adequado será a concessão administrativa.

Portanto, o terceiro elemento da atividade – ser ela de fruição específica e divisível – é plenamente aplicável na limitação dos objetos da concessão patrocinada, pois a cobrança de tarifas é imprescindível nessa espécie contratual.

2.2.3 Objeto da concessão administrativa

A concessão administrativa, ao contrário da patrocinada, inovou o ordenamento jurídico por alargar os objetos possíveis em uma concessão. Ela comporta objetos idênticos ao de uma concessão comum, mas não se limita a eles, pois “têm como possível objeto um leque bem mais amplo de atividades administrativa, algumas delas sequer enquadráveis no conceito de serviço público” (ARAGÃO, 2011, p. 36).

Como ressalta Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 268), a concessão administrativa poderá ser uma concessão de serviços públicos (observadas as regras específicas do seu regime jurídico e sem a existência de tarifa cobrada dos usuários) ou uma concessão de serviços à Administração, o que a aproximaria do contrato de prestação de serviços da Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/93. De forma que a expressão “prestação de serviços” de seu conceito legal¹⁶ é ampla. Portanto, como conclui Carlos Ari SUNDFELD (2007, p. 29-31), a concessão administrativa poderá ter como objeto todos os serviços enquadrados no artigo 175 da CF/88 como também os do art. 6º da Lei nº 8.666/93.

Quando a concessão administrativa tomar a feição de uma concessão de serviços públicos, ou seja, concedendo um serviço que conjugue as características necessárias para uma concessão comum ou patrocinadas (existir um “dever de oferta” ao Estado; a fruição poder ser explorada economicamente; e ser *uti singuli*), deve-se discutir os fundamentos dessa escolha.

Essa justificativa seria, para alguns, decorrente de uma escolha de política tarifária.¹⁷ No entanto, apenas uma vontade política não pode justificar a escolha, há de

¹⁶Lei 11.079/04, art. 2º, §2º, “Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

¹⁷ Nesse sentido, GUIMARÃES (2010, p. 4).

existir outras circunstâncias sob o risco de se desvirtuar o instituto, como alerta SUNDFELD (2007, p. 26-27). Por exemplo, uma concessão administrativa para a gestão de transporte metroviário não é economicamente justificável em uma região com grande demanda; de outro lado, o transporte de passageiros de uma região muito pobre (para possibilitar acesso a hospitais, escolas, enfim, às utilidades urbanas) poderia, em tese, ser prestado por concessão administrativa, sem ônus direto aos usuários.

A problemática da ampliação dos objetos é diferenciar a concessão administrativa do contrato de prestação de serviços da Lei 8.666/93. Outra vez recorrendo a MENEZES DE ALMEIRA (2012, p. 268), é necessário identificar se a concessão administrativa faria parte do módulo contratual de concessão¹⁸ ou, igualada ao contrato de prestação de serviços, estaria inserta no módulo contratual instrumental.¹⁹ A estrutura contratual da concessão administrativa leva à conclusão que ela integra, verdadeiramente, o módulo contratual de concessão. Pois, diferentemente do contrato de prestação de serviços, a concessão administrativa envolve “infraestrutura própria do Estado (...) temporariamente explorada pelo concessionário” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 269). Assim, a semelhança com o contrato de prestação de serviços pode acontecer quanto aos resultados finais, mas é grande a diferença quanto a estrutura jurídica.

A real inovação desta espécie concessória reside na abertura do modelo de parcerias público-privadas para atividades até então não acobertadas pela Lei nº 8.987/95. Os possíveis objetos de um contrato de concessão administrativa são: serviços públicos, serviços sociais e serviços administrativos.²⁰

No entanto, registre-se que a noção amplíssima de objetos passíveis de PPP administrativa não é aceita por toda a doutrina. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2008, p. 722) entende que, sendo as PPP uma modalidade de concessão de serviços públicos, seus objetos não podem ser outros que não os serviços públicos.

¹⁸ Os módulos convencionais de concessão têm em sua essência “a outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja inerente à Administração, quer se trate de um serviço – serviço público em sentido estrito ou outra atividade própria da Administração –, quer seja o uso ou exploração de um bem público.” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 262).

¹⁹ Os módulos convencionais instrumentais abrangem os contratos administrativos cujos objetos contratuais não são “específicos, nem mesmo típicos, da função pública da Administração” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 285).

²⁰ Em decorrência de seu conceito legal, §2º do art. 2º da Lei de PPPs: “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

Apesar das críticas, a compreensão do contrato de concessão como gênero, no qual se inclui a concessão de serviços públicos em sentido estrito e outros serviços de titularidade estatal, não carece de inconstitucionalidade a ampliação dos objetos concessionáveis querida e concretizada pelo legislador.

Mais do que os serviços públicos tarifáveis, a concessão administrativa é apta a delegar os serviços públicos não tarifáveis. Esta é uma das inovações da PPP administrativa.²¹

A concessão administrativa também é instrumento de delegação de serviços sociais. Estes são os que atendem necessidades coletivas e o Estado atua concorrentemente com a iniciativa privada (DI PIETRO, 2011a, 112), compartilhando a titularidade. Pertencem a uma zona cinzenta, conforme afirma MODESTO (2007, p. 464), não podendo enquadrá-los como serviços públicos (não há reserva de titularidade pública, não estando sob o art. 175 CF/88) ou mesmo nos serviços de exploração econômica (pois sofrem um grande controle e incentivo por parte do Estado).

O problema que permeia os serviços sociais é que a característica constitucional de obrigatória gratuidade quando prestado pelo poder público, impedia a concessão comum ou mesmo a concessão patrocinada. Assim, é por meio da concessão administrativa que a Administração Pública poderá delegar a execução de serviços sociais à iniciativa privada pela estrutura da concessão. Para ilustrar, o serviço de saúde é um exemplo dos serviços sociais que pode ter sua execução delegada pela concessão administrativa.²²

Outro serviço que pode ser delegado pela concessão administrativa são aqueles em que a Administração Pública é usuária direta, os chamados serviços administrativos. Estes não podem ser objeto de concessão comum ou patrocinada, pois não existem usuários diretos que não o próprio poder concedente. Um exemplo de serviços administrativos, cuja delegação ainda é alvo de inúmeras discussões, é a concessão

²¹ Reitere-se que não foi negada a possibilidade em se estruturar uma concessão comum sem o uso de remuneração tarifária. No entanto, a novidade que aqui se aponta é a expressa previsão da concessão sem ônus aos usuários efetivos e a melhor estrutura jurídica empenhada para esse objetivo.

²² A experiência brasileira com a concessão de serviços de saúde começou em 2010, com a gestão e operação do Hospital do Subúrbio, em Salvador/BA. Antes do Brasil, diversos países já se utilizam de contratos semelhantes para prestar esses serviços, como Inglaterra, Canadá e Austrália. Como observa Pedro SILVA (2009, p. 77), “um número crescente de países já optou pelo mecanismo de PPP no sector da saúde, tendo já alguns projetos de investimento na fase operacional, outros encontram-se a estudar a sua aplicação (...).”

administrativa são os serviços nos estabelecimentos prisionais, como é o caso de hotelaria e assistência médica.²³ Importante ressaltar aqui a limitação trazida pela Lei de PPPs a esses serviços. No inciso III do artigo 4º temos a proibição de delegar as “funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.” É a afirmação do núcleo mínimo de atividades estatais que devem ser prestadas diretamente pelo Estado²⁴.

Em suma, a concessão administrativa é a espécie que mais agrega objetos possíveis, quais sejam os serviços públicos tarifáveis ou não, os serviços sociais e os serviços administrativos.

2.2.4 *Análise comparativa dos objetos*

A alteração trazida pela Lei nº 11.079/04 expandiu as espécies de concessão de serviços públicos no Brasil. O quadro de concessões, composto pelas três espécies (concessão comum; concessão patrocinada; e concessão administrativa), alargou a gama dos serviços delegáveis aos particulares pelos módulos consensuais de concessão.

Enquanto a concessão patrocinada é um instrumento apto à delegação dos mesmos serviços de uma concessão comum, a concessão administrativa possibilitou a delegação de serviços que não poderiam figurar em uma concessão comum.

Os objetos passíveis de concessão comum e patrocinada são os serviços públicos²⁵ que tenham a característica de especificidade e divisibilidade. Essa delimitação é decorrência da necessidade em onerar seus usuários pelo uso do serviço, na medida em que o fruem.

A concessão administrativa, além desses serviços públicos *uti singuli*, admite também como objeto de delegação todos os serviços sociais e administrativos, que tenham a Administração como usuária direta ou indireta – ressalvados os serviços que não podem ser delegados a particulares, como o exercício do poder de polícia.²⁶ Como

²³ Sobre essa discussão, cf. GUIMARÃES (2007, p. 394-397).

²⁴ Mesmo esse núcleo mínimo sofre discussões quanto à sua extensão. É o caso, por exemplo, das atividades de apoio ao exercício de polícia, conforme problematiza ARAGÃO (2011, p. 37).

²⁵ Serviço público aqui entendido como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (DI PIETRO, 2011, p. 103).

²⁶ Conforme prescreve a Lei de PPP, “art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;”

expressão do aumento dos serviços delegáveis por concessão, pode-se citar os serviços de saúde,²⁷ os serviços de saneamento básico²⁸ e os de hotelaria prisional.

Se de um lado a concessão patrocinada não expandiu os o rol de objetos, de outro, ela representa uma nova ferramenta para delegar os serviços que não se adequavam com o regime da LGC.

2.2 Remuneração

Para falar de remuneração é necessário fazer uma ressalva. O modo como o concessionário será remunerado pela execução do serviço não pode ser confundido com o financiamento do empreendimento. Trata-se de dois fluxos de receita distintos, bem delimitados na atual prática comercial.

Financiamento é a provisão de recursos para viabilizar o empreendimento. Ocorre toda vez que a concessão é precedida de obra pública, pois a oferta efetiva do serviço exige a construção prévia de uma infraestrutura; oferta-se transporte ferroviário de carga apenas quando já se tem a malha estruturada e pronta para ser utilizada. Mas o financiamento aparece também – mesmo que em menor volume – em contratos cujo objeto não envolva obras. Mesmo no serviço de limpeza urbana exige-se compra de equipamentos, contratação de pessoal e outras despesas que irão ocorrer em momento anterior ao início da remuneração.

Remuneração, por outro lado, é o “conjunto de todas as receitas emergentes da concessão” (VALIM, 2012, p. 123). Essas receitas irão amortizar os investimentos necessários para a oferta do serviço (o financiamento) e remunerar a atividade do concessionário, permitindo seu lucro.

Tanto o financiamento quanto a remuneração admitem várias modalidades, mas elas não têm uma ligação necessária. O financiamento pode ser privado ou público²⁹, que independe se a remuneração será privada ou pública. É possível (como ocorre na prática) um empreendimento financiado com recursos públicos e remunerado também

²⁷ Como o caso analisado da parceria do Estado da Bahia com a Prodal Saúde para a gestão do Hospital do Subúrbio, em Salvador. Sobre parcerias nos serviços de saúde, cf. SILVA (2009).

²⁸ Sobre a concessão administrativa em saneamento ambiental, cf. MARQUES NETO (2008, p. 276-235).

²⁹ Nesse caso, tratar-se-á de intervenção do Estado no domínio econômico, como ocorre nos financiamentos realizados pelo BNDES.

com recursos público. Não será isso que desvirtuará os objetivos da concessão (delegar a execução de um serviço, que será gerido pela lógica empresarial).

O movimento indica uma mudança no paradigma da concessão: não é um instrumento para buscar o financiamento do empreendimento, mas um meio de se implantar o modelo de gestão privada, ou uma “técnica de gestão de serviços públicos por sujeitos privados” (GONÇALVES, 1998, p. 7). Supera-se assim a ideia da concessão unicamente como a solução ao ente público que não tem recursos para dar seguimento ao projeto.

Essa superação é observada, em primeiro lugar, pelo financiamento de diversos projetos com recursos públicos (o que é contraditório à ideia de escassez de recursos para se investir); em segundo lugar, mesmo que seja necessário o financiamento privado, isso não significa que o próprio concessionário financiará o projeto com seus próprios recursos. Conforme a prática atual do mercado de segmentação de atividades, o concessionário buscará a figura do financiador, um terceiro que atuará no empreendimento com essa atividade, disponibilizar os recursos necessários. O contrato buscará, nesse caso, um sujeito mais eficiente para captar (e gerir) os recursos privados de um terceiro. Não é por menos que se deu maior importância à figura do financiador do projeto na Lei de PPPs, justamente por se tratar de concessões mais complexas e que exigem maiores investimentos.

A estrutura que se dará à remuneração do particular tem um papel fundamental para caracterizar e diferenciar as espécies de concessão. Trata-se da figura central do trabalho, pois as alterações de regime jurídico entre as espécies são decorrências do modelo remuneratório que se quer – ou se pode – adotar. Isso, porque ao prever a participação do Estado na complementação (concessões patrocinadas) ou mesmo na remuneração integral (concessões administrativas) do contrato, o regime jurídico, para PPPs, foi aprimorado para: i) buscar o aprimoramento dos mecanismos de garantia aos financiadores (previsão de transferência de controle da sociedade de propósitos específicos aos financiadores em determinadas hipóteses, art. 5º, §2º, I), e dos mecanismos de garantia ao concessionário frente à contraprestação pública (previsão da criação de um fundo garantidor das PPPs); ii) impor limites à Administração Pública para se utilizar das figuras da Lei de PPPs (valor do contrato, prazo mínimo do contrato,

proibição de objetos não complexos, limites ao endividamento³⁰); iii) possibilitar a concessão de novas atividades (os chamados serviços sócias ou as atividades administrativas internas).

2.2.1 Estrutura remuneratória básica da concessão comum

A concessão comum tem como remuneração básica a tarifa.³¹ Assim ela foi pensada em sua forma bruta. Imaginava-se um esquema de financiamento e remuneração simples. O particular ganhador da licitação iria financiar, com recursos próprios, o empreendimento, ofertaria o serviço aos usuários e, no decorrer do prazo contratual, amortizaria os investimentos realizados e auferiria lucro a partir daquilo que fosse cobrado desses mesmos usuários.

O esquema da estrutura básica de remuneração de uma concessão de serviços públicos baseada unicamente na tarifa pode ser expresso da seguinte forma:

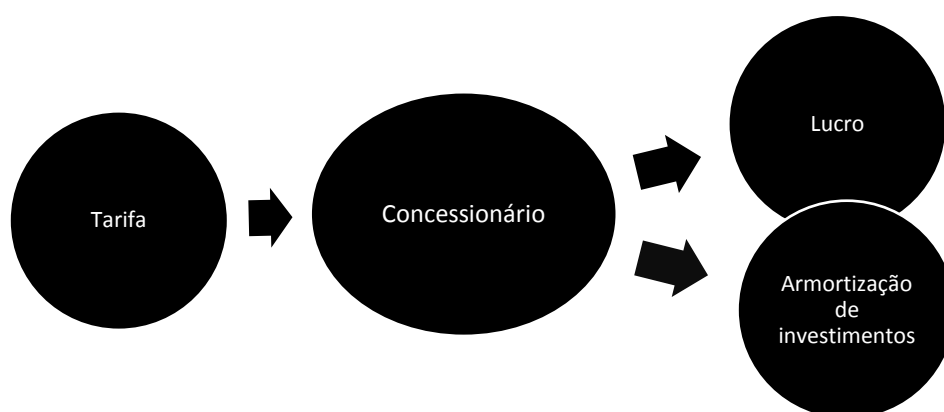


Figura 1 - Estrutura remuneratória básica da concessão comum

³⁰ Regra aplicável à União, “Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.”

³¹ Não compete a este trabalho entrar na discussão se o valor cobrado aos usuários é tarifa, taxa ou preço público.

A tarifa é o valor cobrado dos usuários pelo uso do serviço efetivamente disponibilizado e na medida do seu uso – por isso, mais uma vez, a delimitação de seus objetos pelos serviços públicos específicos e divisíveis.

Como já assentado, a característica de específico e divisível depende de capacidades tecnológicas. Mas, frise-se, essa capacidade não apenas classifica um serviço em específico ou divisível (respondendo a uma pergunta binária, sim ou não), pois poderá também representar a maior ou menor aderência da tarifa ao utilizado efetivamente do serviço. Quanto maior a aderência, mais se estabelece a justiça tarifária.

Em casos extremos, é possível observar os impactos gerados pela assimetria tarifa-uso. Boa ilustração é a Rodovia Santos Dumont, em específico na praça de pedágio localizada no município de Indaiatuba. Nesse pedágio, usuários que percorrem trechos de 20 km (como o de Indaiatuba-Campinas) chegam a pagar o referente ao trecho de 60 km.³² Isso, porque o pequeno número de praças de pedágios induz ao descolamento entre o valor cobrado e o trecho percorrido. Mesmo aparentando ser a solução, não é viável o aumento do número de praças, pois, se, de um lado reduziria a discrepância da tarifa, de outro, os efeitos negativos do pedágio seriam ampliados, prejudicando o serviço de forma geral.³³ Apenas com o desenvolvimento tecnológico vislumbrou-se possibilidade de estabelecer a justiça tarifária sem agravar a situação dos usuários. A tecnologia do pedágio ponto-a-ponto³⁴ é um bom exemplo, pois não traz efeitos negativos ao serviço, sendo possível instalar a quantidade necessária de pórticos para calcular o real uso por cada veículo.

Essa estrutura básica baseada na tarifa, em muitos casos, não será possível – ou adequada – para conceder o serviço. São situações em que não se atinge um equilíbrio entre as tarifas cobradas e o que elas devem remunerar.

³² Levando-se em conta a referência tarifa/km do próprio contrato.

³³ Os efeitos negativos das praças de pedágio (aumento no tempo de viagem, consumo de combustível e poluição) podem ser comparados com aqueles causados pelas rodovias mal conservadas (ALVARENGA, 2010, p. 27). Além disso, a construção e operação de novas praças de pedágio representam novos custos ao concessionário, que irá repassá-los aos usuários. Assim, o número de pedágio influencia diretamente no valor final gasto pelo usuário, seja pelo aumento da tarifa, seja pelos demais gastos (combustível, tempo, etc.).

³⁴ O pedágio ponto-a-ponto funciona por meio de pórticos instalados na rodovia, que substituem as praças de pedágio. Quando um carro atravessa um pórtico, uma antena irá identificar o carro e a cobrança será feita automaticamente. Assim, o veículo não precisará diminuir a sua velocidade, o que reduz a quantidade de combustível gasto, o tempo de viagem e a poluição gerada.

Quando a tarifa supre além do necessário para remunerar investimentos e gerar lucros, é possível incluir novas funções à tarifa – como a fiscal ou a remuneração cruzada.

Mas nem sempre haverá cobrança de tarifas.³⁵ Em situações extremas pode acontecer das receitas alternativas superarem o necessário para a remuneração do concessionário. Nesses casos, o concedente poderá desonerar os usuários, retirando as tarifas da estrutura básica da concessão. Não estará desconfigurada a concessão comum, pois mesmo integrando a própria ideia de concessão, não é elemento necessário para caracterizá-la. Essa possibilidade é a consagração da criatividade do administrador público, utilizando a infraestrutura do modo mais eficiente possível, explorando-a da melhor forma.

Também, a estrutura baseada na tarifa impõe grandes limites ao administrador público. Primeiro, a cobrança aos usuários exige serviços *uti singuli*, ou seja, deve haver a possibilidade de identificar o usuário (separando-o dos não usuários) e quantificar a fruição do serviço por esse usuário (diferenciando-o dos outros usuários). Quem utiliza o serviço? Em que quantidade? Quando não for possível responder, será inviável cobrar tarifa pelo serviço. Segundo, a estrutura básica pressupõe que a cobrança da tarifa seja suficiente para amortizar os investimentos realizados pelo concessionário e, ainda, possibilitar o lucro (o motivo pelo qual o particular aceita executar o serviço).

Poderão haver situações de desequilíbrio pela insuficiência (total ou parcial) das tarifas para remunerar o concessionário. Nesses casos, a viabilidade da concessão (comum) irá depender da inclusão de novos elementos na estrutura remuneratória.

Nos casos em que a estrutura básica não é adequada à concessão do serviço, ainda sim será possível a concessão comum, pois o administrador público tem à disposição estruturas alternativas que podem equilibrar o fluxo de receitas e despesas da atividade.

³⁵ Como ressalta DI PIETRO (2009, p. 108) sobre a desnecessidade da tarifa, “o essencial para caracterizar a concessão é que o pagamento do concessionário seja feito por receitas decorrentes da exploração comercial do serviço, ainda que não provenientes diretamente de pagamento efetuado pelo usuário.”

2.2.2 Estruturas alternativas da Lei Geral de Concessões

No início do processo de privatização formal da década de 1990, a prioridade era a concessão das atividades altamente rentáveis. O potencial de retorno dessas atividades, por ser alto, permitia ir além da estrutura básica de remuneração. Era, segundo ARAGÃO (2011, p. 31), “o objeto por excelência da desestatização com a delegação da atividade à iniciativa privada”. O que seria arrecadado dos usuários não garantiria apenas o lucro do concessionário e amortizaria os investimentos necessários para a construção e manutenção de toda a infraestrutura, mas também amortizaria o preço do contrato (o lance feito para disputar a licitação) pago ao concedente. Com isso, a concessão teria anexada a ela a função de geração de receitas, que seriam aplicadas e outras áreas pelo Estado contratante.

É o caso clássico das rodovias do Estado de São Paulo. A crescente demanda, a falta de substitutos perfeitos (devido ao déficit de outros meios de transportes), o incentivo estatal pelo consumo de automóveis e a facilitada forma de cobrança dos usuários (por meio de praças de pedágio) tornavam o serviço tão lucrativo que a cobrança pela concessão, através de licitações sob a modalidade de maior lance, não afastava interessados pelo contrato. Dessa forma, a concessão de rodovias ganhou uma função arrecadatória desvinculada do serviço.

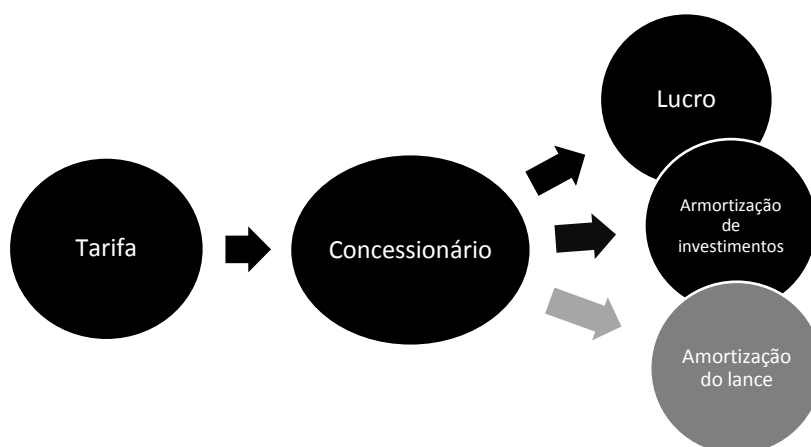


Figura 2 - Estrutura remuneratória da concessão comum com amortização do lance

Mas a introdução desse elemento fiscal na estrutura de remuneração não se encaixa mais na realidade atual. As próprias concessões realizadas em serviços com

grandes potenciais de lucratividade (rodovias paulistas) mostraram que a oneração dos usuários não consegue se manter no tempo. O longo prazo do contrato e os reajustes das tarifas tornam a estrutura remuneratória insustentável, pois as insatisfações populares e as pressões políticas sobre o contrato o tornarão instável.

A situação inversa ocorre com muito mais frequência. São as concessões cuja potencial tarifa a ser cobrada dos usuários não conseguirá remunerar suficientemente o concessionário. Como o regime jurídico dos serviços públicos impõe à Administração princípios³⁶ que devem ser respeitados, o equilíbrio tarifa-serviço resta prejudicado – ainda mais quando se tratar de construção prévia da infraestrutura necessária. Se o serviço precisa ser atual, seguro e eficiente – exigindo uma infraestrutura igualmente atual, segura e eficiente – ele não pode exigir dos seus usuários uma tarifa excludente, pois deve ser o serviço universal (dimensão da generalidade) ou mesmo não pode a tarifa ultrapassar a modicidade. Fácil ver que essa conta dificilmente fecha, dificilmente a construção e a oferta de serviços públicos consegue ser remunerado por uma tarifa não excludente e módica.

O reequilíbrio do esquema remuneratório se dá, nessas situações, com a inclusão de elementos alternativos, que irão variar de caso a caso, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas que dispõe o poder concedente no momento de elaboração do contrato (ou mesmo posteriormente, na necessidade de adaptá-lo a problemas posteriores). A Lei Geral de Concessões, que regula as concessões comuns e, subsidiariamente as PPPs, traz dois elementos alternativos ao administrador: as receitas alternativas e os subsídios públicos.

A inclusão de receitas alternativas no contrato de concessão é permitida pelo art. 11 da Lei 8.987/95.³⁷ Trata-se de um dispositivo aberto, que favorece a criatividade do administrador em manejar elementos fáticos e adequar o quadro remuneratório às necessidades públicas. Fala-se em quatro tipos de receitas. As alternativas, as

³⁶ O art. 6º da Lei 8.987/95 impõe o dever do serviço público adequado, sendo essa adequação desdobrada em diversas dimensões, como “regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (§1º).

³⁷ 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.

complementares, as acessórias e as decorrentes de projetos associados. A diferenciação teórica desses quatro tipos é inútil, quis-se apenas alargar as possibilidades. As receitas arrecadadas dessas fontes poderão complementar as tarifas (complementando-as) ou também cumprir todo o papel remuneratório delas (uma alternativa integral às tarifas). Essas receitas também poderão advir de atividades vinculadas diretamente à atividade principal (exploração privativa de espaços comerciais dentro da infraestrutura pública, como restaurantes em aeroportos, constituindo uma concessão de uso de bem público, objeto de estudo do ponto 3 deste trabalho), ou também ter origem em projetos desvinculados fisicamente com o serviço principal (por exemplo, com o uso privativo de um outro bem público, fora da infraestrutura principal, como pelo arrendamento de uma fazenda pública).³⁸ Mais importante que diferenciar os tipos é entender que a inclusão de receitas alternativas não é limitada a partes da remuneração ou mesmo ao serviço principal.

Quando a tarifa não é suficiente para atrair o parceiro privado, as receitas alternativas³⁹ podem viabilizar a concessão. A lei fez bem em não limitar a configuração contratual da concessão a apenas alguns tipos de estruturas alternativas. Uma boa – leia-se eficiente – Administração Pública conseguirá, pela sua criatividade, garantir a oferta de serviços adequados aos usuários (efetivos e potenciais) pela expansão das fontes de receita do serviço.

Ao voltar-se à realidade, observa-se que nem sempre o poder concedente faz uso (adequado) das receitas alternativas. Se a cláusula aberta foi necessária para não limitar a criatividade do administrador, no contrato a situação é diferente: a previsão de receita alternativa deve ser concreta. Deve-se identificar qual o tipo de receita alternativa irá integrar o contrato e prever de que forma ele irá remunerar o particular (se complementar ou integralmente). Isso se pressupõe do parágrafo único do art. 11, uma vez sendo obrigatório considerar essas receitas para se auferir o inicial equilíbrio econômico-financeiro.

³⁸ Embora associadas formalmente com a concessão de serviço público (no que diz respeito à remuneração), estas atividades geradoras de receitas alternativas não terão as mesmas características que a concessão. Serão atividades econômicas em sentido estrito, somente com a diferença de estarem subjugadas às prerrogativas do concedente de controle e fiscalização (GUIMARÃES, 2008, p. 2).

³⁹ Conforme foi observado, não é relevante a diferenciação entre receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. Assim, utilizar-se-á o nome genérico receitas alternativas para designar todas as receitas provenientes da estrutura alternativa fundada no art. 11 da Lei 8.987/95.

Tomando por exemplo o caso da Terceira Etapa de Concessões de Rodovias Federais, realizada pela ANTT, em todos os editais de concessão (bem como em suas minutas de contrato)⁴⁰ a previsão de receitas alternativas é genérica, sem a identificação de seu tipo e nem da forma que irá ser incluído na equação remuneratória.⁴¹ A situação é ainda pior quando a responsabilidade em obter a inclusão de receitas alternativas recai somente ao concessionário. Haveria aqui um conflito de interesses, pois o concessionário não seria incentivado a exigir inclusão de receitas alternativas quando isso importar em reduzir tarifas ou mesmo deixar de reajustá-las. O interesse na inclusão de receitas alternativas deve ser, em primeiro lugar, do poder público, para tentar equilibrar os ônus dos usuários e os custos do serviço.

Outra interpretação do parágrafo único do artigo 11 deve ser confrontada. À primeira vista haveria uma restrição temporal das receitas alternativas. Eles precisariam estar previstas no edital de licitação e consideradas no equilíbrio inicial do contrato, não havendo possibilidade de ulterior introdução. Mas não parece ser a interpretação mais adequada do dispositivo. Como afirma JUSTEN FILHO (2003b, p. 374), tal limitação iria frustrar a própria finalidade do dispositivo.⁴² A justificar sua posição, afirma que a concessão de serviços públicos, sendo um contrato administrativo, está sujeita aos princípios dessa categoria jurídica e entre eles o da mutabilidade.⁴³ Somado a isso, continua, é impossível identificar de antemão todas as possibilidades, o que é agravado pela contínua evolução tecnológica, pelo progresso científico e as inovações econômicas. Assim, se pelo bem do interesse público houver uma necessidade em se instituir uma receita alternativa no curso de uma concessão, não haveria óbices jurídicos. O escopo do art. 11 foi dar ao poder concedente uma ferramenta a favor da modicidade tarifária. Daí não fazer sentido em limitá-la ao momento anterior da concessão.

Tais argumentos procedem. A modificação posterior do contrato em favor da adequação do serviço é um dever da Administração em garantir o acesso dos usuários

⁴⁰ No total, foram 11 editais, no período entre 17.11.2011 e 03.04.2014. Editais disponíveis em: www.antt.gov.br.

⁴¹ Identifica-se como “receita extraordinária” a exploração de faixas de domínio das rodovias. A cláusula presente em todos os contratos indica que essa exploração depende de um prévio pedido do concessionário à ANTT, que poderá aprovar e posteriormente considerar na equação econômico-financeiro do contrato.

⁴² No mesmo sentido, GUIMARÃES (2008, p. 2).

⁴³ “Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público.” (DI PIETRO, 2009, p. 80).

ao serviço (universalidade) e sem que esse acesso os prejudique (modicidade tarifária). Essa possibilidade, se não limitada pelo art. 11 e parágrafo único, é sim limitada pela equação econômico financeira – a inclusão posterior importa em revê-la – e pela regra da proporcionalidade (além dos outros princípios gerais do Direito Administrativo).

Não obstante, por se tratar de cláusula financeira do contrato, a Administração Pública não tem o poder de alterá-las unilateralmente. Para incluir no decorrer do contrato uma receita alternativa, é necessário o consenso entre concedente e concessionário. Não se pode obrigar o particular a explorar outras atividades (coligadas ou não com o serviço público) que tenha, por exemplo, pouca experiência. Seria uma empresa muito arriscada ao concessionário receber, de uma hora para outra e sem o seu consenso, a obrigação de explorar uma nova atividade, em troca de uma redução ou manutenção das tarifas.

Outra questão que se coloca é sobre o objetivo das receitas alternativas. Estaria limitada a tornar as tarifas módicas, devendo toda receita ser destinada em benefício do usuário? GUIMARÃES (2008, p. 4) afirma não ser necessário, e nem aconselhável, a exclusividade de benefício ao usuário. Isso se fundamenta na ideia de gestão eficiente. Ao destinar parte do lucro obtido nas atividades complementares ao concessionário, haveria um incentivo para melhor gestão e, conseqüentemente, melhor desempenho. No final, sairiam todos ganhando: a concessionária, pois obteve mais lucro; os usuários e o concedente, pelo maior benefício decorrente da atuação eficiente do concessionário.

O entendimento, no entanto, não é unânime. JUSTEN FILHO (2003b, p. 370) faz o contraponto, pois acredita que “o concessionário não pode, pura e simplesmente embolsar tais resultados lucrativos, sendo compulsória a reversão desses resultados em prol da prestação do serviço público.”

Quando o parágrafo único impõe a necessária inclusão da receita alternativa no cálculo da equação econômico-financeira do contrato, não está afirmando que toda a receita auferida deverá ser revertida para a concessão. No momento da contratação, serão discriminados os encargos do concessionário e as suas formas de remuneração, compondo o equilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, 2009, p. 97). Se ao concessionário é previsto a exploração econômica de outra atividade, esse seu bônus no contrato será refletido no aumento de seus encargos, ou também na diminuição de

outras receitas, como a tarifária. Assim, o concessionário será incentivado a explorar a atividade fonte de receitas alternativas de forma a superar as expectativas do contrato.

Outra possibilidade aventada pela Lei Geral de Concessões é a previsão de subsídios públicos ao concessionário.⁴⁴ A interpretação a *contrario sensu* do art. 17,⁴⁵ permitiria a existência de subsídios, caso estivesse concretamente previsto em lei e à disposição de todos os concorrentes (DI PIETRO, 2009, p. 109).

O conceito de subsídios públicos não pode ser confundido com a contraprestação prevista para concessões patrocinadas.⁴⁶ São formas diferentes de remuneração e a previsão de subsídios públicos para uma concessão comum não a transforma em concessão patrocinada.⁴⁷

A contraprestação é o pagamento (mesmo que não integral) pelo serviço, devendo estar sempre ligado a ele. Não havendo serviço, não é devida a contraprestação – regra essa imposta pela própria Lei de PPPs.⁴⁸ Subsídio, por sua vez, é “um estímulo a uma atividade revestida de interesse público” (VALIM, 2012, p. 126). Assim, a contraprestação pecuniária não compartilha o conceito de subvenção, que importa afirmar que a Administração poderá optar por uma concessão comum subsidiada ou por uma concessão patrocinada – sendo a escolha extremamente relevante para identificar o regime jurídico aplicável.⁴⁹

Sem retirar as ressalvas feitas à cobrança de um preço público pelo contrato – por meio da disputa de maior lance na licitação – observa-se a incompatibilidade entre

⁴⁴ Mesmo antes da Lei n. 11.079/04, JUSTEN FILHO (2003a, p. 12), afirmava que “é inviável, por isso, reputar incompatível com a concessão a intervenção estatal orientada à implementação do princípio da isonomia, especialmente quando tal importar a necessidade de participação financeira do poder concedente no custeio do serviço público – hipótese que se imporá quando outra alternativa não for viável.”

⁴⁵ Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

⁴⁶ Pelo conceito dessas espécies de concessão que a lei trouxe, concessão patrocinada seria “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2º, §1º).

⁴⁷ Mesmo porque segundo a Lei de PPP, “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 1º, §3º).

⁴⁸ Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

⁴⁹ Há quem discorde desse entendimento, como Fernando Vernalha Guimarães (2008, p. 6). Para o autor, o advento da Lei de PPPs impediu a criação de concessões subsidiadas, devendo a Administração Pública fazer uso da concessão patrocinada.

os subsídios públicos e a cobrança pelo contrato. O mesmo não ocorre com o subsídio e as receitas alternativas, pois é possível imaginar um projeto vinculado à concessão – muito lucrativo – que permita a cobrança, compensando a atratividade.

As estruturas alternativas previstas na Lei Geral de Concessões permitiriam o seguinte esquema:

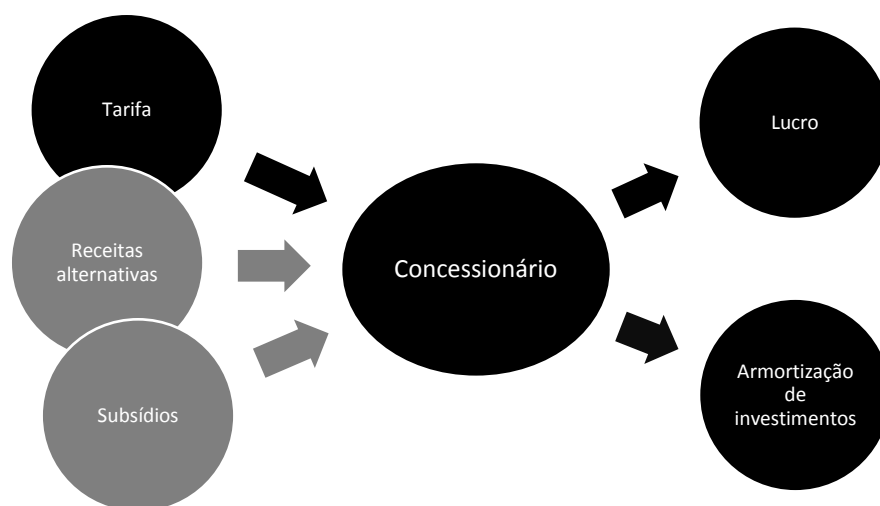


Figura 3 - Estrutura remuneratória alternativa na Lei Geral de Concessões

2.2.3 Estruturas remuneratória da concessão patrocinada

A remuneração de uma concessão patrocinada terá como elementos obrigatórios a tarifa – cobrada diretamente dos usuários do serviço – e a contraprestação pecuniária do poder concedente. Essa estrutura é ditada pelo próprio conceito trazido pela Lei de PPP.⁵⁰ De maneira que a sua estrutura básica já terá um elemento adicional ao se comparar à concessão comum:

⁵⁰ Art. 2º, § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

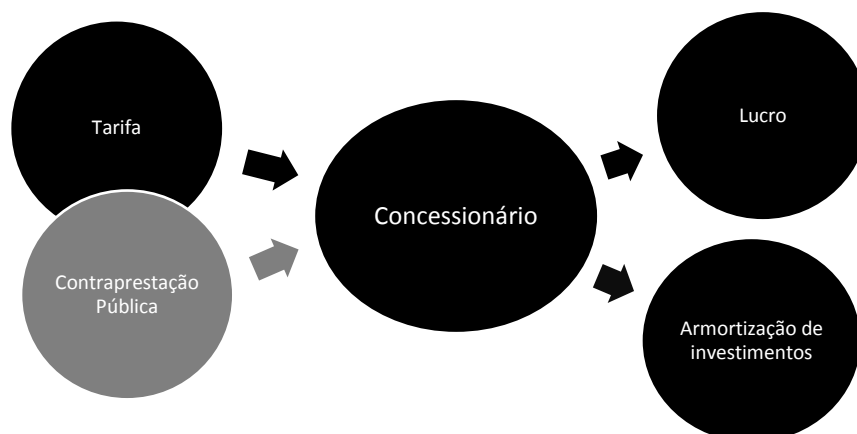


Figura 4 - Estrutura remuneratória da concessão patrocinada

E o que seria essa contraprestação pública, ou nos termos da Lei de PPP, contraprestação pecuniária? Estaria a lei exigindo formas específicas de contraprestação para constituir uma concessão patrocinada? O art. 6º da lei traz um rol exemplificativo de modalidades de contraprestação, entre elas a ordem bancária (I), a cessão de créditos não tributários (II), a outorga de direitos e de direitos sobre bens públicos dominicais (III e IV). Entretanto, não é expresse se todas as modalidades de contraprestação seriam pecuniárias, pois no art. 6º utiliza-se a expressão genérica “contraprestação da Administração Pública.”

De um lado, parte da doutrina entende que o artigo 6º permitiria que a contraprestação da concessão patrocinada fosse feita por qualquer das formas elencadas, ou combinando-as. É o entendimento de FREITAS (2011, p. 289), FERREIRA (2006, p. 57) e de DI PIETRO (2009, p. 150-151), que entende pela possibilidade da contraprestação ser indiretamente pecuniária, podendo fazer uso de qualquer das espécies.

Em contraste com essa posição, há quem interprete de forma mais restrita o dispositivo, como PINTO JÚNIOR (2006, p. 4), NIEBUHR (2008, p. 124-125), MARQUES NETO e SCHIRATO (2011, p. 125) e SUNDFELD (2007, p. 28). Para esses especialistas, a contraprestação pública só será pecuniária se paga diretamente ao concessionário, abrangendo apenas os incisos I (ordem bancária) e II (cessão de créditos não tributários) do art. 6º. Assim, por exemplo, uma concessão que, adicionalmente à

tarifa cobrada do usuário, outorgue direitos sob bens públicos dominicais (hipótese do inciso IV do art. 6º) não será caracterizada como patrocinada, mas uma concessão comum. Sustenta este entendimento a ideia de que o regime jurídico das PPPs (benéfico ao parceiro privado) deve ser reservado àqueles contratos que onerem o orçamento público em longo prazo, e não para qualquer concessão.

Mesmo entendendo como necessário o caráter pecuniário da contraprestação pública, a concessão poderá ser remunerada por outros meios (não pecuniários). Isso, porque a Lei nº 8.987/95 é aplicada subsidiariamente (§1º do art. 3º da Lei nº 11.079/04)⁵¹ e seu artigo 11, já citado, permite a adoção de outras fontes de renda (receitas alternativas) para remunerar o concessionário. Elas, no entanto, deverão ser usadas em favor da modicidade tarifária, como é expressamente prescrito. Portanto, a receita alternativa não poderá compensar uma diminuição do prazo da concessão, por exemplo.

É preciso ressaltar, outrossim, os limites impostos pela lei à contraprestação pública. O §3º do art. 10⁵² exige autorização legislativa para concessões patrocinadas cuja contraprestação represente mais de 70% da remuneração do concessionário. Uma clara preocupação com a responsabilidade fiscal da Administração, que demanda um maior controle das concessões de maior impacto orçamentário.

De modo geral, nos serviços concessionados pagos, os usuários deverão remunerar o concessionário por meio da tarifa. Essa, por sua vez, poderá expressar (i) o valor necessário para cobrir todos os custos do empreendimento e ainda gerar lucro ao parceiro privado (tarifa técnica); (ii) um valor menor que a tarifa técnica; ou (iii) um valor acima da tarifa técnica.

Especificamente na concessão patrocinada, seria possível instituir a tarifa técnica? Colocada a questão em outros termos, o regime da Lei nº 11.079/04 permite a coexistência da contraprestação pecuniária estatal e da tarifa técnica? Percebe-se que, na Lei de PPP, não há dispositivo semelhante ao da receita alternativa da Lei Geral de Concessões, que vincula a remuneração a certa finalidade (no caso das receitas alternativas, favorecer a modicidade tarifária). Como a contraprestação não teve sua

⁵¹ “Art. 3º (...) § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.”

⁵² “Art. 10 § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.”

finalidade vinculada expressamente por lei, sua justificativa não pode se limitar à tarifa social. Isso, porque a capacidade econômica dos usuários não é a única preocupação do agente público ao modelar a concessão. Assim, quando a tarifa efetivamente cobrada for equivalente à tarifa técnica, a contraprestação pecuniária não terá a função de favorecer a modicidade tarifária. Seria o caso, por exemplo, de utilizar a contraprestação para diminuir o prazo do contrato.⁵³

Quando o valor da tarifa for menor que a tarifa técnica – caracterizando uma tarifa social –, a contraprestação compensará essa disparidade, permitindo que seja cobrado do usuário uma tarifa não excludente (no sentido de concretizar a universalização dos serviços públicos, permitindo a inclusão de usuários potenciais como usuários efetivos do serviço) e, ainda, remunerando o concessionário de forma adequada.

A terceira hipótese, de a tarifa efetiva representar um valor superior ao da tarifa técnica, mesmo que mais difícil, também pode ser imaginada na concessão patrocinada. Não ultrapassando os limites da modicidade tarifária,⁵⁴ o contrato poderá prever uma cobrança superior a uma classe de usuários, que compensaria a cobrança de um valor menor à outra classe.⁵⁵ Nessa situação, a contraprestação pública poderá cumprir funções que não se relacionem diretamente com a tarifa (como o prazo) ou mesmo ajudar na compensação da tarifa social.

É claro que a contraprestação poderá perseguir várias finalidades em um contrato de concessão patrocinada. O certo é que ela integrará o equilíbrio econômico-financeiro, de modo a permitir uma situação mais atraente ao parceiro privado e mais adequada ao parceiro público.

⁵³ Nessa situação, a amortização pelas tarifas (módicas) era viável, mas o tempo que seria necessário torna desinteressante tal modelagem. Um prazo mais curto favoreceria a estabilidade do contrato, a concorrência entre prestadores (permitindo entrada de novos agentes econômicos), etc.

⁵⁴ A modicidade tarifária não está, necessariamente, ligada ao valor da tarifa técnica. Isso é dizer que a análise do valor da tarifa como módica não está (totalmente) vinculada à análise de custos do serviço. Só assim é possível pensar em subsídios cruzados, em que a exploração de um serviço altamente rentável compense a exploração de serviços não muito rentáveis.

⁵⁵ Como levanta Fernando Vernalha Guimarães (2009, p. 2-3), essa modelagem pode ser considerada inconstitucional, por caracterizar uma tributação indireta. No entanto, entende o autor que é possível, uma vez que já é permitida a tarifação extrafiscal com finalidades regulatórias.

2.2.4 Estrutura remuneratória da concessão administrativa

A principal característica dos serviços concedidos por PPP administrativa é a não cobrança de tarifa dos usuários. Somente assim é possível a concessão de serviços que são constitucionalmente gratuitos – os serviços sociais –; os serviços de fruição direta da Administração Pública; e, também, os serviços públicos econômicos quando não comportarem tarifa pelas características concretas. Se, de um lado, essa lógica de financiamento possibilita novos objetos na lógica concessória, de outra parte, pode representar grande ônus financeiro ao concedente. Ao estruturar o contrato, toda aquela receita que teria como fonte a tarifa terá uma nova fonte: a contraprestação do parceiro público.

A forma mais intuitiva de contraprestação do concedente é a pecúnia, mas não é (e nem deve ser) a única. Na verdade, é plenamente possível estruturar uma concessão administrativa sem contraprestação pecuniária, o que depende da criatividade do administrador público em modelar o contrato. No art. 6º da Lei de PPP há um rol de formas de contraprestação. Assim se encontra:

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

- I – ordem bancária;
- II – cessão de créditos não tributários;
- III – outorga de direitos em face da Administração Pública;
- IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- V – outros meios admitidos em lei.

Trata-se claramente de um rol exemplificativo, como se vislumbra no *caput* e na abertura de possibilidades do inciso V. Dessa forma, vislumbra-se a analogia entre a contraprestação na concessão administrativa e a receita alternativa da Lei de Concessões. O paralelo é tão forte que não há diferenças marcantes.⁵⁶ O art. 11 da Lei nº 8.987/95 afirma que as receitas alternativas devem favorecer a modicidade das tarifas⁵⁷ e não é o mesmo – tomadas as devidas proporções – que acontece com a contraprestação da PPP administrativa? Enquanto a receita alternativa substituirá parte

⁵⁶ “O que a Lei nº 11.079/2004 veio trazer com relevante inovação foi a clara e o detalhamento da forma de implementação de estruturas jurídicas já dantes possíveis.” (MARQUES NETO; SCHIRATO, 2011, p. 123).

⁵⁷ Cabe lembrar o já discutido em capítulos anteriores sobre a função das receitas alternativas. Afirmou-se que independente da lei ter imposto que as receitas alternativas devem visar a modicidade das tarifas, elas visam, na verdade, a saúde da concessão, refletindo também nas tarifas, mas não só.

da remuneração que seria ganha por um valor mais elevado das tarifas, a contraprestação da PPP administrativa substituirá, em sua totalidade, a receita tarifária. Em termos de equação econômico-financeira do contrato, estas duas fontes de remuneração tem idêntica utilidade: estruturar o equilíbrio tirando-se parte (receita alternativa) ou toda (receitas alternativas ou a contraprestação da concessão administrativa) receita que tem como fonte a tarifa. Essa relação só não é adequada quando a contraprestação da concessão administrativa remunerar serviços em que seria impossível ou inconstitucional a cobrança direta dos usuários.

A flexibilidade das formas da contraprestação pública deve ser aproveitada. Além de onerar gravemente o Erário durante um longo prazo, contraprestação unicamente pecuniária gera desperdício potencial da concessão. Concede-se com o pressuposto de que a iniciativa privada é mais eficiente que o Estado ao se organizar economicamente. Seguindo o raciocínio, a contraprestação poderia se valer desta maior eficiência, permitindo ao particular-concessionário utilizar mais uma vez o seu potencial de gestão. Isso ocorreria, por exemplo, na hipótese do inciso VI, do art. 6º. Ao outorgar direitos sobre bens públicos dominicais, o concessionário tem a oportunidade de utilizá-lo de forma mais eficiente que o próprio Poder Público. Isso, porque pressupondo ser a iniciativa privada mais eficiente, um bem gera mais riqueza na mão de um particular do que na mão da Administração Pública.

A busca pela melhor estrutura de contraprestação dependerá da criatividade do concedente para minimizar o impacto do contrato de concessão administrativa na dívida pública. Remonta, outra vez, o já afirmado em receitas alternativas, só que com uma gravidade maior. A inexistência, ou inexpressiva, receita alternativa em uma concessão comum agrava a situação dos usuários daquele serviço, que sozinhos remunerarão o concessionário. Na concessão administrativa, a remuneração total advinda de contraprestação pecuniária afeta toda a sociedade, prejudicaria outras políticas públicas tanto – ou até mais – importantes que o serviço a ser prestado (proporcionalidade).

2.2.5 Análise comparativa da estrutura remuneratória

A forma de remuneração do concessionário é o ponto de maior divergência entre as espécies de concessão. Como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 21),

Temos, então, que num empreendimento de interesse coletivo, importa menos a origem dos recursos necessários à sua implementação e mais quem será o responsável por obter este capital e, principalmente, *de onde deverão sair os recursos para remunerar este investimento*, os custos de sua operação e a retribuição de quem o implantou. (grifos nossos)

Para o autor, existem quatro fontes de remuneração para uma utilidade pública: (i) os cidadãos-contribuintes (quando a utilidade é remunerada por meio de mecanismos fiscais e tributários cobrado de toda a sociedade); (ii) os cidadãos-usuários (no caso de se instituir taxa ou tarifa); (iii) os cidadãos-consumidores (quando remunerada por meio de projetos associados, como na exploração publicitária da infraestrutura⁵⁸); e (iv) os cidadãos-futuros (pelo uso de empréstimos pela Administração Pública, que irá repassar seus custos aos cidadãos-contribuintes de outra geração).

Vale ressaltar a possibilidade trazida às PPPs em vincular a contraprestação ao desempenho do concessionário.⁵⁹ Tal mecanismo não é previsto para concessões comuns, nos quais “independentemente da qualidade dos serviços prestados, ou da eficiência do concessionário, sua remuneração não variará” (MARQUES NETO; SCHIRATO, 2011, p. 138). Sendo potencialmente benéfica a um contrato de concessão, ainda mais administrativa, a discricionariedade da adoção poderia ser questionada. Em outras palavras, se a vinculação melhora a eficiência do contrato, ela pode *não* ser adotada pelo poder concedente?

Existem discussões a respeito do tema. Alexandre dos Santos ARAGÃO (2007 *apud* GUIMARÃES, 2012, p. 204), por exemplo, entende pela impossibilidade de contraprestação fixa ao concessionário, dado que as PPP devem seguir a lógica concessória da Lei nº 8.987/95 (com a autonomia gerencial e a transferência de riscos do negócio). Divergindo, Fernando Vernalha GUIMARÃES (2012, p. 205-206) entende ser prejudicial essa interpretação rígida e que não há óbices para a adoção da remuneração fixa “desde que a eficiência e a racionalização dos custos possam ser alcançadas por técnicas aptas a transferir o risco, por exemplo, de manutenção da infraestrutura ao concessionário etc.”

⁵⁸ Quando a publicidade é explorada em uma infraestrutura pública, o custo final dessa publicidade será repassado aos consumidores dos produtos objeto de publicidade, sendo, portanto, as reais fontes de remuneração do empreendimento.

⁵⁹ “Art. 6º (...) Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.”

Na oportunidade de escolher uma dentre as três espécies de concessão, a Administração Pública deverá identificar quais são as possíveis fontes de recursos para remunerar o serviço.

A princípio, deve-se priorizar o custeio da concessão pelos usuários e cidadãos-consumidores. Os usuários, pois eles serão beneficiados diretamente pela disponibilização do serviço e os cidadãos-consumidores porque a forma como irão remunerar o serviço confunde-se com seus gastos não relacionados com o serviço.

Não havendo possibilidade em remunerar a concessão apenas por essas duas fontes, o poder concedente fará uso do Erário, que é, basicamente composto, pelas receitas entregues pelos cidadãos-contribuintes. Busca-se evitar o uso de tal fonte por dois motivos principais. Primeiro, ele a atual arrecadação é insuficiente para atender a todas as demandas sociais, seja de infraestrutura adequada, seja de serviços públicos. Em segundo lugar, não é possível aumentar a arrecadação ao nível necessário sem comprometer a economia e a sociedade.

Mesmo existindo somente três espécies de concessão, vê-se que suas estruturas remuneratórias são flexíveis. Todas as espécies admitem uma remuneração composta por mais de uma fonte, o que facilita a adequação do equilíbrio econômico-financeiro ao caso concreto.

A maior diferença entre a concessão comum e as PPPs é a contraprestação pública, que pode ser apontado, também, como seu elemento caracterizador (ENEI; FREIRE, 2012, p. 136). Portanto, quando for necessário incorporar a contraprestação estatal no equilíbrio econômico-financeiro, o instrumento escolhido deverá ser uma PPP. Essa necessidade existirá quando o serviço, seja por exigir grandes aportes de investimentos em sua infraestrutura, seja por não ter número suficiente de usuários potenciais, não for autossuficiente (considerando todas as possibilidades de arrecadação de tarifas e receitas alternativas).

A possibilidade de utilizar subsídios como forma de remuneração em uma concessão comum, como é possível observar na tabela, não foi excluída. Caberá à Administração escolher a melhor forma de modelar o sistema remuneratório, observando, também, o regime jurídico que irá se sujeitar (Lei Geral de Concessões ou Lei de PPP) e todas as implicações.

2.3 Posição jurídica do concedente

2.3.1 Posição jurídica do concedente nas concessões comuns

A concessão, como instituto do direito administrativo, envolve a transferência temporária, do poder concedente ao concessionário, de poderes. Decorre que é pressuposto da concessão a titularidade do serviço pelo poder concedente, uma vez que só se pode delegar aquilo que se tem. Por conta disso, uma análise mais precisa da posição jurídica do poder concedente exige dois questionamentos iniciais: 1) o que significa ser titular de um serviço? e 2) quem exerce os poderes do concedente?

O artigo 2º, I,⁶⁰ da LGC identifica nos entes federativos (União, Estado, Distrito Federal ou Município) os poderes concedentes, ou seja, uma vez que a Constituição realiza a repartição de competências (quanto aos serviços públicos) entre os entes federativos, serão esses os titulares dos serviços e, conseqüentemente, quem poderá delegar sua execução aos particulares.

Contudo, há de se considerar a repartição de competências entre a estrutura interna do ente – pelas suas dinâmicas de desconcentração ou descentralização –, restando a uma ou a algumas de suas manifestações as competências diretamente ligadas à concessão.⁶¹ Na prática, haverá um poder concedente fragmentário, contingente à estrutura interna de repartição de competência para a regulação do serviço concedido. Pela impossibilidade de se analisar a estrutura de todos os entes federativos relativa a cada setor de infraestrutura, passar-se-á a uma descrição das possibilidades e limites da repartição de competências.

A despeito das especificidades de cada ente e setor, a reserva de competência do poder legislativo para realizar certos atos é um traço comum em todas as concessões. Pode-se citar os seguintes casos:

- Autorização e fixação dos termos para a concessão de serviços não previstos na Constituição Federal, Estadual, Lei Orgânica do Distrito Federal ou Municipal, com exceção do saneamento básico e limpeza urbana (art. 2º da Lei 9.074/95);

⁶⁰ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;”

⁶¹ Neste sentido, JUSTEN FILHO (2003b, p. 292 e ss), afirma que “parte no contrato é o Estado (...) A condição de *poder concedente* será assumida por uma das manifestações do Estado.”

- Autorização prévia de vantagem ou subsídio ao concessionário (art. 17 da Lei 8.987/05);
- Autorização específica para a encampação (art. 37 da Lei 9.897/95).

A Administração direta, como titular do serviço ou atividade, irá exercer seus poderes como poder concedente sempre que não houver delegação deste poder a outros entes, pela via da descentralização. É o caso da criação das agências reguladoras – que nada mais são do que autarquias de regime especial⁶² - os principais atores da fragmentação do poder regulatório das grandes infraestruturas.⁶³

A depender da forma que se organiza o Estado, as competências relativas aos poderes, direitos e deveres da posição jurídica do poder concedente poderão ser repartidos em diversos entes, públicos ou não.⁶⁴ Mas, a despeito da organização específica das competência do serviço, existem aquelas dependentes, por mandamento legal, de autorização legislativa.

É o caso da agência reguladora ter competência para celebrar e gerir o contrato, mas não ser competente para realizar uma encampação, uma vez ser necessário lei autorizativa específica (art. 37 da LGC).⁶⁵

A concessão de serviços públicos pressupõe a titularidade do serviço pelo Estado. Faz parte do módulo consensual de concessão (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 258) a existência de um direito prévio que será transladado⁶⁶ (temporariamente) ao concessionário.

Na verdade, no estágio anterior à outorga, o Estado tem o poder-dever, por determinação constitucional, de executar e disponibilizar o serviço aos usuários. Os

⁶² Na verdade, a maior novidade dessas autarquias de regime especial é a própria denominação de “agência”, conforme explica DI PIETRO (2011a, p. 476).

⁶³ São responsáveis pela elaboração, contratação e gestão dos contratos de concessão, entre outros: a ANATEL, no setor de telecomunicações (art. 19, VI, da Lei 9472/1997); a ANEEL, no setor de energia (art. 3º, II e IV, da Lei 9427/1996); a ANTT, no setor de transporte terrestre (art. 25, I, II e III, da Lei 10.233/2001; a ANAC, para os serviços aéreos e infraestrutura aeroportuária (art. 8º, XIV e XXIV, da Lei 11.182/2005).

⁶⁴ Seria o caso de figurar como poder concedente uma empresa pública. Para tanto, seria necessário, pela via legislativa, que fossem outorgadas (e não apenas delegadas) a titularidade de certas competências da posição jurídica específica do poder concedente. Sobre o tema, cf. GUIMARÃES (2012a, p. 155-162).

⁶⁵ LGC, Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

⁶⁶ Pois “a concessão é um acto *constitutivo*, que cria para o destinatário um direito que deriva de um direito ou poder prévio da Administração” (GONÇALVES, 1998, p. 55).

agentes econômicos não tem acesso livre a esse mercado (podem agir residualmente, por contratos de empreitada, terceirização, fornecimento etc.). A decisão de se conceder um serviço corresponde à escolha de cindir esse poder-dever. Delega-se ao particular o direito de acessar o mercado, e ele deverá disponibilizar o serviço segundo a regulamentação legal e contratual. Ao Estado, o efeito da delegação não o exime da responsabilidade pelo serviço, pois a titularidade se mantém. Por isso o poder-dever se divide: ao particular cabe prestar o serviço – realizando todas as atividades necessárias (e limitadas contratualmente) – enquanto que a Administração continua com a responsabilidade pela existência e qualidade do serviço – exercendo, para tanto, poderes sobre o concessionário.

Depreende-se disso que a Administração tem a responsabilidade pela prestação do serviço antes, durante e depois da concessão. O que muda com a delegação ao particular é o seu papel frente ao serviço, e não sua responsabilidade.

Antes da concessão, duas situações são possíveis. Na primeira, serviço ainda não está sendo prestado, sendo a concessão um instrumento de incremento da atividade pública. Em termos simples, a utilidade não existia e com a concessão passará a existir. A outra hipótese é a transferência da gestão de um serviço já existente para um particular, em um movimento de retração da atuação direta do Estado. Aqui o serviço já existe e é prestado através de um órgão público, uma empresa pública ou por outro tipo de contrato. Em ambas as hipóteses, é indiferente a posição jurídica da Administração. Existindo ou não a atividade, sempre existirá a responsabilidade em se fornecer o serviço de forma adequada.

A diferença de papéis entre o Estado prestador direto e como concedente do serviço representa a própria alteração da noção de Estado prestador para Estado garantidor. Com a delegação do serviço ao particular e a manutenção da responsabilidade pública pelo serviço, cabe ao poder concedente garantir que o concessionário atuará de maneira adequada às demandas sociais. O instituto da intervenção (art. 32 e seguintes da LGC) deixa evidente sua posição de garante do serviço: permite uma tomada temporária dos poderes de controle para assegurar a prestação adequada do serviço.

Como instrumento, a concessão de serviços públicos é um meio para a disponibilização adequada de um serviço. Isto norteará a posição jurídica do poder

concedente, uma posição funcionalizada a equilibrar interesses de prestador e usuário (JUSTEN FILHO, 2003, p. 424). Assim, impõe-se ao poder concedente o dever de respeitar o equilíbrio contratual – não obstante o lucro justo do particular – e também o dever de zelar pela adequação do serviço tendo em vista os usuários – suas necessidades quantitativas, qualitativas e a busca pela universalização.

A elaboração do edital de concessão é o primeiro desafio da Administração, pois exige-se dela um preparo adequado para regulamentação contratual (que já será previamente estruturada) e realizar a licitação. Por conta disso, há uma tendência, como já se aludiu anteriormente, em se transferir a competência da elaboração do contrato para as agências reguladoras, com fundamento na neutralidade e tecnicidade. Esse procedimento de elaboração das normas reguladoras da concessão em concreto, deve-se ressaltar, tem aberturas à democratização, podendo comporta duas etapas, ou níveis, de participação da sociedade na modulação da concessão, pela necessidade de autorização legislativa e pela realização de audiências públicas.⁶⁷

Se bem elaborado o edital, ou seja, convergindo-se os interesses (público e privado) em jogo, o instrumento contratual será, em potência, apto a viabilizar o melhor serviço possível, com o menor custo aos usuários e ao Estado. Trata-se de potencializar o *value of money* das estruturas concessórias; tentar extrair delas a melhor relação custo-benefício.

Na perspectiva das infraestruturas, uma adequada modelagem contratual significa estruturas mais eficazes – ao adequar demanda e oferta – e eficientes – diminuindo custos de utilização.

A Administração dispõe de diversas ferramentas para elaborar o instrumento contratual. Dentre os quais, destacam-se a participação da sociedade, por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).

A participação popular no processo anterior à concessão, além de um instrumento democratizante da prestação de serviços públicos e instalação de infraestruturas, é útil ao poder concedente por dois motivos. O diálogo com os usuários e terceiros da relação permite conhecer suas necessidades e anseios e bem como trazer à tona novos problemas e oportunidades ainda não considerados. Isto é, a complexidade

⁶⁷ Cf. GUIMARÃES (2013, p. 141-143).

da concessão exige a consideração de inúmeros fatores não facilmente observáveis pelos administradores públicos sem um diálogo com os usuários efetivos ou potenciais do serviço.

O Procedimento de Manifestação de Interesses⁶⁸ nada mais é do que “a apresentação de estudos de viabilidade” (LOUREIRO, 2012, p. 1) por particulares. Como argumenta LOUREIRO (2012, p. 1), apesar da regulamentação do PMI estar voltada à aplicação nas PPPs (ou seja, concessões nas modalidades patrocinada e administrativa), ela é de plena aplicação às concessões comuns, pois ele permite uma maior transparência às licitações e dirimir certas assimetrias informacionais entre o poder público e os empresários.

A licitação poderá viabilizar o melhor serviço possível aos usuários e gerar concorrência entre os licitantes. Para tanto, o poder concedente deve agregar duplo conhecimento: jurídico e fático. O conhecimento acerca das necessidades sociais, estatais e das condicionantes fáticas para a estruturação do serviço é essencial para se modelar a melhor concessão ao caso concreto.

O equilíbrio que o poder concedente busca, contudo, nem sempre é encontrado, trata-se de uma tarefa árdua. As experiências em concessões de rodovias demonstram bem este quadro. Por um lado, concessões extremamente vantajosas aos concessionários permitem a cobrança de tarifas com valor claramente afastado do conceito de modicidade. Do outro, as licitações de concessões que muito exigem do concessionário e garantem pouco retorno ficam desertas.⁶⁹

Por se tratar de um contrato em longo prazo e complexo,⁷⁰ a gestão contratual é o papel de maior relevo do poder concedente. Durante todo o prazo contratado, a concessão deverá cumprir seu objetivo de interesse público e a garantia dessa finalidade pode ser cindida em dois tipos de atuação administrativa: estática e dinâmica.

⁶⁸ O PMI não está regulado na LGC (existe apenas uma referência no art. 21) ou na Lei de PPPs. No âmbito federal, foi regulado pelo Decreto 5.977/06. Também existem regulamentações de âmbito estadual, como a mineira pelo seu Decreto 44.465/07 ou a paulista, pelo seu Decreto 57.289.

⁶⁹ É o caso do Edital 01/2013 da ANTT para a concessão de 369 km da Rodovia BR-262, que não teve nenhuma proposta.

⁷⁰ Conforme ressalta JUSTEN FILHO (2003, p. 315), o contrato de concessão será necessariamente complexo, uma vez que “contemplará regras acerca de: a) condições da prestação do serviço; b) relacionamento entre poder concedente, concessionário e usuários; c) relacionamento entre poder concedente e usuários, de modo específico; d) relacionamento entre concessionário e usuários, de modo específico.”

A minuta de contrato anexada ao edital de licitação é um instrumento contratual em potência que, *a priori*, é apto a aos objetivos a que se propõe. Não por outro motivo que se justifica a licitação. Finalizados os procedimento e firmado o contrato com o particular, o poder concedente tem um dever de lealdade, ou seja, deve realizar todas as ações e omissões, previstas ou não no contrato, adequadas para o seu a boa execução contratual. Essa é a sua atuação estática, o esforço do poder concedente para o cumprimento do contrato – uma vez sendo adequado aos interesses públicos. De certa maneira, é uma reafirmação do *pacta sund servanda*, mas com importantes diferenças.

A fiscalização é outro papel de extrema importância. São as características da concessão que elevam esta necessidade de fiscalizar. A relevância do serviço público para a comunidade, como já comentado, exige do poder concedente maior cuidado para a sua prestação adequada. Além disso, tratando-se de monopólio, caso o concessionário não esteja cumprindo o contrato de forma correta, os utentes ficarão prejudicados pela falta de escolha.

A responsabilidade do concedente em fiscalizar a prestação do serviço é tão séria que alguns autores, como CAHALI (1995, p. 150-151) chegam a afirmar que o Estado deve responder solidariamente aos danos que a concessionária causar quando for imputado a ele a culpa na falha de fiscalização.

O poder concedente tem o papel, como foi visto, de atuar no sentido da prestação adequada do serviço. Para tanto, deve estruturar bem a concessão antes de firmado o contrato e, após, deve também zelar para o bom andamento. Com respeito às infraestruturas, um contrato bem modelado, seguido de um cumprimento contratual adequado, pode permitir grandes investimentos sem a necessidade de gastos públicos.

2.3.2 Posição jurídica do concedente na concessão patrocinada

O papel do poder concedente na delegação de um serviço por concessão patrocinada é muito parecido com o seu papel em uma concessão comum, no que tange aos usuários, e com o seu papel em uma concessão administrativa, quanto à contraprestação pública.

Para escolher a concessão patrocinada em detrimento às outras modalidades, o poder concedente deve analisar se o modelo é o que satisfaz de forma mais eficiente os seus objetivos. Por ser serviço público, o primeiro objetivo é a prestação do serviço a

todos os administrados que dele necessitem e da forma adequada. Se o serviço pressupuser uma infraestrutura, o objetivo da concessão será também a sua construção e manutenção. Por fim, há também o objetivo de mínimo envolvimento financeiro do Estado, uma vez que grande parte da justificativa de se adotar a concessão baseia-se na insuficiência estatal de investimento.⁷¹

Quanto ao primeiro objetivo, a concessão patrocinada deve resultar em um serviço prestado adequadamente. A expressão “serviço adequado”, conforme JUSTEN FILHO (2003, p. 305) representa um “conceito indeterminado, a ser especificada por ocasião da sua aplicação, o que se fará em face das circunstâncias”. Explica ainda que a indeterminação resulta “não apenas da amplitude do conceito em si mesmo, mas da variação das circunstâncias do mundo social, que deverão ser tomadas em vista.”

Assim, excluindo os casos extremos,⁷² a qualificação de um serviço como adequado, no caso concreto, é de extrema dificuldade (JUSTEN FILHO, 2003, p. 302-305). Entretanto, isso não dispensa a Administração de, na medida do possível, atender aos critérios legais, elencados no artigo 6º, §1º, da LGC.⁷³

A tarifa cobrada pelo concessionário constitui um fator de exclusão potencial – seja ela total ou parcial⁷⁴. Assim, o “patrocínio” dado pela Administração na concessão patrocinada, diferentemente do que ocorre na concessão tradicional, contribui com a modicidade tarifária e, por conseguinte, causa efeitos inclusivos diretos em benefício da coletividade. A tarifa, nessa hipótese de concessão, terá natureza de preço político, pois a tarifa técnica (que deveria ser cobrada para custear, sozinha, o serviço concedido) não

⁷¹ Ressalta NIEBUHR (2008, p. 162-163) que “parte das experiências estrangeiras com parcerias público privadas amparam-se na busca por aumento nos coeficientes de eficiência da prestação de certas atividades.” Enquanto que, no Brasil, “a parceria público-privada encontraria fundamento na insuficiência de recursos públicos para alocação de investimentos de grande porte, em especial os relativos às obras de infraestrutura.” Mas o objetivo de suprir insuficiências estatais não é próprio do Brasil. Na União Européia, por exemplo, a expressão PPP “se refere, em geral, a formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo *por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço.*” (grifos nossos) (CCE, 2004, p. 3).

⁷² Os casos extremos se referem àquelas situações em que a adequação ou inadequação do serviço é claramente identificada. Acontece que tais casos são difíceis de encontrar, mas não é possível desconsiderá-los.

⁷³ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

⁷⁴ Total quando excluir o administrado de todos os aspectos do serviço. Parcial quando seu poder econômico não permitir a fruição necessária do serviço.

corresponderá à tarifa efetivamente cobrada (GUIMARÃES, 2012, p. 145). Em outras palavras, enquanto a concessão comum se pauta basicamente pela tarifa técnica e mais próxima dos custos reais do serviço, a concessão patrocinada envolve um “preço político”, pois necessariamente menor que o custo real do serviço dados os subsídios financeiros transferidos pelo Estado ao concessionário.

Como o respeito à modicidade tarifária e à generalidade estão diretamente ligadas ao *quantum* da tarifa, em uma concessão comum (que não incorpore em seu equilíbrio econômico-financeiro receitas alternativas ou subsídios) o atendimento dos outros parâmetros do artigo 6º restará muitas vezes limitado pela capacidade contributiva dos usuários em potencial. Em outras palavras, a modicidade tarifária e a adequação técnica do serviço constituirão, não raro, forças contraditórias. Por essa razão, exemplificando, não se compatibilizaria com o interesse público a prestação de um serviço de energia elétrica de última geração que exigisse tarifas extremamente custosas diante da realidade socioeconômica dos usuários. A exigência de tarifas “descoladas” desproporcionalmente ao poder de custeio dos usuários, em primeiro lugar, reduziria a utilização do serviço (contrariando a regra da generalidade) e a redução do número de usuários, por sua vez, acabaria gerando uma redução da receita bruta do concessionário, dificultando suas medidas de tornar o serviço tecnicamente atualizado.

Por isso, a contraprestação pecuniária poderá expressar um papel além da simples instituição de tarifas sociais, para atingir o segundo objetivo da concessão. O aporte público torna possível a instalação de uma infraestrutura mais adequada ao meio, sem que, com isso, a população seja excluída de seu uso.

Não obstante, essa modelagem da concessão (com contraprestação pecuniária proveniente do Estado e que favorece a modicidade tarifária e amplia o grau de acessibilidade da infraestrutura) é limitada pela (in)capacidade estatal de investimento. É por esse motivo que o terceiro objetivo é o menor comprometimento possível das receitas públicas.

O que ocorre é simples. Se o Estado suporta isoladamente os custos financeiros da prestação do serviço (da infraestrutura à prestação material, – seja diretamente, por um contrato administrativo da Lei nº 8.666/93 ou por uma concessão

administrativa), toda a coletividade, presente ou futura,⁷⁵ será responsável pelos custos. Portanto, mesmo que a gratuidade de um serviço represente sua máxima universalização, ela poderá onerar injustamente a parcela de cidadãos não-usuários. É o caso, por ilustração, do transporte urbano de passageiros gratuito e utilizado por pessoas com razoável capacidade financeira. Nesse cenário, os custos do serviço recairiam sobre indivíduos que não fazem uso do serviço. Isso acontece igualmente com os serviços sociais, os quais são gratuitos por força constitucional (como os serviços de saúde e educação) e por força do princípio da solidariedade.

Para realizar a escolha pela concessão patrocinada, a Administração deverá justificar na forma da alínea “a”, I do artigo 10,⁷⁶ o que – vale dizer – não pode ser baseado apenas em opção política.⁷⁷ É preciso que a escolha seja amplamente motivada, inclusive com base em estudos técnicos.⁷⁸

2.3.3 Posição jurídica do concedente na concessão administrativa

Dentre as espécies de concessão, é a administrativa a que mais exige do concedente em termos financeiros. Além do regime jurídico da Lei nº 11.079/04, mais vantajoso ao particular do que o da LGC⁷⁹, a PPP administrativa remunera o concessionário por meio de contraprestação pública. Frente a um papel marcado por

⁷⁵ O custeio será feito pelos cidadãos futuros quando o investimento é feito “mediante o endividamento fiscal inconsequente dos entes públicos.” Essa forma era largamente utilizada no passado e “nos legou malefícios até hoje sentidos” (MARQUES NETO, 2011, p. 21).

⁷⁶ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

⁷⁷ Lembra PRADO (2011, p. 60) que é necessário efetivo interesse do Governo, pois “tentar forçar a implementação de um projeto via PPP, sem forte respaldo governamental, pode significar prejudicar o instrumento indevidamente.” Afirma, logo após, que, no caso de não existir apoio político, o projeto deverá esperar o momento propício ou ser executado por contratos da Lei 8.666/95. A afirmação é coerente, mas exige-se cuidado, pois o contrário pode não ser adequado. Caso o Governo tenha efetivo interesse em realizar contratos de PPP, é necessário, ainda, que esse instrumento seja o melhor no caso concreto. Além disso, o interesse dos usuários também deve ser considerado. No caso de expressiva discordância com a adoção de uma PPP, a Administração deve ser cautelosa ao realizar o empreendimento, pois poderá estar sujeita a pressões políticas que poderão resultar no insucesso do contrato.

⁷⁸ No Brasil, a falta de um banco de dados referentes aos custos de implementação de projetos, pela administração pública direta e indireta, impede uma análise de custos e benefícios de forma quantitativa (como feito pela Inglaterra), devendo-se utilizar critérios qualitativos para a análise (PRADO, 2011, p. 57).

⁷⁹ Para FREITAS (2011, p. 478), as PPPs, dada as vantagens aos parceiros privados, “se revelam versões “blindadas” de contratos administrativos bem conhecidos.”

grandes ônus, o poder concedente precisa analisar cuidadosamente a conveniência desta modalidade de concessão ao caso concreto.

O contrato de concessão administrativa será adequado quando o interesse público for cumprido. Para tanto, a PPP deve: (1) oferecer o serviço adequadamente; (2) construir a infraestrutura, se não existente, ou ampliar/ manter, se já existe; (3) buscar um comprometimento adequado das despesas públicas. Como a contraprestação pública já compromete o Erário, a Administração Pública deve observar, caso a caso, quando tal comprometimento pode ser justificado pelo possível aumento de eficiência na prestação do serviço ou na construção da infraestrutura.

Quando envolver um serviço que somente a espécie da concessão administrativa é possível, a discussão se concentra na conveniência em se prestar diretamente ou indiretamente o serviço. Somente após a Lei de PPP foi possível concessionar os serviços sociais e administrativos. Portanto, a lei de 2004 abriu um campo novo de possibilidades para a Administração.

A conveniência aqui colocada envolve vários fatores. Como a remuneração será feita por contraprestação pública e poderá variar segundo a atuação do concessionário, é necessário calcular sua contraprestação efetiva, de modo condizente à realidade e incentivadora da boa prestação.⁸⁰ Também, faz-se necessário existir a demanda por investimentos na infraestrutura relacionada ao contrato. Toda a sistemática da concessão administrativa – com seu regime jurídico “muitíssimo mais benéfico para o contratado” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 761) – importam em deixá-lo apropriado aos serviços que exigem investimentos em infraestrutura. A concessão administrativa deve servir para financiar infraestruturas, caso contrário, será um desvio de seu uso normal e aconselhável (SUNDFELD, 2007, p. 26).

Por fim, não se pode olvidar que a discricionariedade de adotar esse instrumento de delegação deverá estar pautada na moralidade. Conforme discorreu MARRARA (2012, p. 164-177) sobre o assunto, a operacionalização da moralidade administrativa comporta três parâmetros básicos, que servirá para apontar certos limites às concessões administrativas.

⁸⁰ Caso não seja adequadamente calculada, a concessão poderá perder eficiência. Pode-se citar o caso do Hospital do Subúrbio, cuja remuneração é calculada a partir de indicadores qualitativos e quantitativos. Se os indicativos não forem modelados de forma inadequada, exigindo muito pouco, por exemplo, o concessionário não será incentivado a melhorar o serviço (pois em nada mudaria sua remuneração).

Como moralidade-probidade (primeiro parâmetro), é exigido, ao escolher o modelo de concessão administrativa, que os agentes públicos, em sua margem de discricionariedade, atuem com o “desejo de *apenas* concretizar interesses públicos primários”. Todavia, é importante ressaltar que os interesses públicos podem, e no caso da concessão devem, coincidir com os interesses do concessionário.⁸¹ O que se tenta evitar com a probidade é o modelamento da concessão com vantagens ao particular que não se justificam, mormente na concessão administrativa, a qual pode substituir a concessão comum e contratos da Lei nº 8.666/93 com um regime jurídico mais vantajoso ao parceiro privado.

O segundo, a moralidade-razoabilidade, impõe observar (i) a adequação do ato estatal (“sua aptidão para o fim público que orienta sua prática”); (ii) a necessidade, que significa se “é o ato mais brando dentre os atos adequados”; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, “a medida estatal somente será aceitável caso os benefícios públicos que originar compensarem os prejuízos causados ao particular”. Assim, em primeiro lugar, a concessão administrativa deve ser utilizada para prestar os serviços de forma adequada e melhorar as infraestruturas aderentes a ele e, em um sentido negativo, não pode ser utilizada quando não forem estes os objetivos.⁸² Quando à necessidade, seria o caso, por exemplo, do serviço poder ser prestado eficientemente por um contrato de prestação de serviços, pois não necessita de muito investimento, prazo e mitigação de risco. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, observada na concessão administrativa, importa considerar os impactos financeiros⁸³ frente às utilidades que o serviço/infraestrutura disponibilizará.

O terceiro parâmetro básico trazido pelo autor é a moralidade-cooperação. Por ela, entende-se que a Administração deve trabalhar em conjunto, seja de forma intra-administrativa, inter-administrativa e com cidadão. Para as concessões administrativas, caberia frisar aqui a cooperação inter-administrativa (que envolve mais de uma instituição pública). Como ressaltou FREITAS (2011, p. 478),

⁸¹ Lembra MARQUES NETO (2011, p. 17): “que (i) todo interesse público acaba por se confundir com o interesse privado de parcela dos administradores e que (ii) não existe qualquer contradição em envolver os particulares na promoção de metas e objetivos de interesse público, mormente quando estes se traduzem na produção e disponibilização de utilidades públicas.”

⁸² Nas concessões comuns, temos o exemplo das concessões realizadas nas rodovias paulistas para levantar fundos. Inegável inadequação do instrumento para o fim almejado.

⁸³ Por se tratar de recurso escasso, o comprometimento financeiro do Erário corresponde a um prejuízo causado em um particular, pois, sendo impossível investir suficientemente em todos os setores, o uso inadequado do dinheiro público em um setor prejudica, de certa forma, o investimento em outro.

Precisamos, assim, de clareza solar a respeito de quem fiscaliza, quem declara caducidade, quem arbitra e quem atualiza – é dizer, quem viabiliza, de modo duradouro, a consistência das relações plurilaterais de parceria. Eis questões nevrálgicas, pendentes de adequado e firme esclarecimento se se quiser incrementar, de modo exitoso, as parcerias.

Toma grande importância, assim, a cooperação inter-administrativa (entre o poder concedente, entidade reguladora e outras instituições que possam interferir na concessão) para o sucesso do empreendimento.

2.3.4 Análise comparativa da posição jurídica do concedente

O papel da Administração Pública em uma concessão de serviços públicos, em qualquer modalidade, é a de garantir a prestação adequada do serviço. Assim, sua atuação, ao decidir por delegar um serviço a particulares, começará por escolher a melhor espécie concessória ao caso concreto.

Como já foi afirmado, a escolha deverá se pautar na adequação do instrumento aos seus objetivos. Tratando-se de uma delegação de serviço, o primeiro objetivo é a sua disponibilização de forma e quantidade correspondente à necessidade. O segundo objetivo da concessão é a implementação e/ou manutenção da infraestrutura necessária à disponibilização do serviço⁸⁴ e o terceiro seria a desoneração do Estado na prestação dos serviços.

Para cumprir tais objetivos da melhor forma, o poder concedente deverá analisar todo o contexto em que o serviço se insere, passando pelas características do próprio serviço, sua demanda, o perfil dos usuários e todas as outras circunstâncias que influam pela escolha de uma das espécies de concessão, e sua modelagem dentro do respectivo regime jurídico.

2.4 Posição jurídica do concessionário

Na concessão comum, o papel do concessionário é prestar o serviço adequadamente por sua conta e risco. Mesmo não existindo obra pública atrelada à

⁸⁴ Conforme lembra FRÓES (2011, p. 261), “mas os equipamentos de infraestrutura de um país somente permitem os serviços públicos alcançarem uma boa qualidade e promoverem o desenvolvimento se houver investimentos nestes capitais, mantendo-os em boas condições e na dimensão necessária para atender a uma demanda crescente.”

concessão, o concessionário deverá investir na infraestrutura do serviço – ou a criando ou a mantendo para bem prestar o serviço.

O concessionário é aquele que se interessa pela delegação do serviço, envia sua proposta, ganha a licitação e firma contrato com o poder concedente. Depois, como em qualquer contrato, deve cumprir o que se obrigou a fazer. A obrigação principal do concessionário é prestar o serviço público, mas o seu papel não é limitado a isto. Se assim fosse, concessão de serviço público não seria muito diferente do contrato de prestação de serviço previsto na Lei nº 8666/93. Na concessão existe a transferência da gestão do serviço. O concessionário terá, assim, o papel de gestor. Destarte, dentro dos limites impostos pelo contrato, lei e regulamentos, ele poderá escolher os meios que mais lhe convier para atingir o objetivo, que é a prestação adequada do serviço. Além disso, poderá exercer prerrogativas típicas do poder público, como a execução de desapropriações e outras medidas restritivas da propriedade de terceiros.⁸⁵

Ao se organizar, no entanto, o concessionário não terá um cenário muito parecido com uma atividade econômica em sentido estrito. As características do serviço e do poder público dão prerrogativas ao concedente que não existiriam em um contrato privado,⁸⁶ as quais representam um fator de risco ao concessionário. Coloca-se, também, que a atividade do parceiro privado sofre limites que não se imporiam no caso de uma atividade privada. Sendo a concessão uma ferramenta do Estado para realizar o interesse público, o concessionário será limitado em suas escolhas empresárias. Por exemplo, não poderá interromper o serviço se este deixar de ser economicamente interessante, por conta do princípio da continuidade do serviço público.

Imerso nessas ideias antitéticas que a concessão coloca, como ressalta DI PIETRO (2009, 75-77) o concessionário deve executar a sua parte do contrato. De um lado, o motivo primeiro que trouxe o privado à concessão é o lucro e, de outro, o concessionário deve prestar à sociedade um serviço que a ela é essencial e, por obrigação legal, deve ser prestado de maneira adequada (na forma do art. 6º da LGC). Em suma, pode-se afirmar que o papel do concessionário na concessão é *prestar o*

⁸⁵ Da forma como se encontra na lei: “Art. 31. Incumbe à concessionária: (...) VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;”

⁸⁶ Como afirma JUSTEN FILHO (2003a, 6), não se pode falar que por estas características o concessionário estaria subjugado ao concedente. Existiria, ainda assim, uma igualdade formal entre as partes.

serviço público adequadamente e, para tanto, arrecadas as tarifas dos usuários para cobrir custos e lucro por conta e risco.

A concessão não é possível sem a existência de lucro do parceiro privado, como em qualquer atividade empresária. Se a concessão é uma alternativa para o Estado prestar serviços públicos, ao escolhê-la, o sucesso da parceria é de interesse público. Assim, ligando-se as ideias, chegar-se-ia que o lucro do concessionário nada mais é do que interesse público e deve ser protegido, em certa medida.

A proteção que o lucro demanda por ser essencial ao serviço público concedido não se confunde com a sua garantia. O Estado deve proteger o concessionário contra mudanças na equação econômico-financeira, até mesmo quando for com relação à álea econômica (DI PIETRO, 2009, 103-105), mas não é garantir o lucro e sim manter as condições para que o concessionário seja capaz de auferir lucro. Há diferença, pois mantendo as condições ainda é possível que o privado (por uma falha de gestão) não tenha lucros.

Com relação ao serviço adequado que o concessionário deve prestar, desta forma impõe o *caput* do artigo 6º da LGC: “toda concessão ou permissão *pressupõe* a prestação de *serviço adequado* ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.” Em seguida, nos parágrafos do mesmo artigo, são dados os requisitos para que o serviço prestado seja considerado adequado. Certamente são requisitos muito genéricos, como a segurança e a atualidade, os quais devem ser mais específicos nas normas regulamentares do serviço e no próprio contrato. Além das disposições da lei, deve-se acrescentar outras também, como dispositivos esparsos ou princípios (DI PIETRO, 2009, p. 95).

Ao pressupor que a concessão deverá ter um serviço adequado e devendo o concessionário cumprir o contrato, pode-se afirmar que isto não é somente responsabilidade do privado. Dependendo da forma que o concedente realiza a licitação e o contrato, é possível que, por exemplo, a tarifa não seja módica. Em uma situação desta, a culpa não será do concessionário ao cobrar uma tarifa não-módica, mas do concedente, que isto permitiu. A Administração, teria agido contra o interesse público, dando aos particulares direito de defesa contra este desvio de legalidade (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 184-186).

Portanto, o concessionário tem o papel de prestar o serviço adequadamente em colaboração com o concedente, sendo que um ou outro pode dar causa a um serviço inadequado.

2.4.2 Papel do concessionário – concessão patrocinada

O papel do concessionário em uma concessão patrocinada não se diferencia muito do que foi anteriormente dito. Basicamente, ele deverá investir e prestar o serviço de forma adequada.

Os seus investimentos serão amortizados pela tarifa cobrada dos usuários, pela contraprestação pública estatal e por possíveis receitas alternativas.

Como a tarifa pressupõe a fruição do serviço pelos seus usuários, não há possibilidade de uma cobrança anteriormente ao uso. Portanto, o concessionário só poderá recebê-las após efetuar todos os investimentos necessários para disponibilizar o serviço – mesmo que de forma parcial. Com essa restrição, pretende-se ainda evitar que o vencedor da licitação para a celebração de uma PPP patrocinada utilize o valor oriundo das tarifas dos usuários em vez de seus recursos próprios na execução da infraestrutura a que se comprometeu por força do contrato.

Nessa linha, também quanto à contraprestação pecuniária, a lei proibiu expressamente a sua antecipação. Entretanto, como bem ressaltou VALIM (2012, p. 129-130), é necessário ter uma ideia clara da extensão do artigo 7º da Lei nº 11.079/04, a seguir transcrito:

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Decorre do artigo que as receitas identificadas como contraprestação (segundo o artigo 6º) não poderão ser entregues ao concessionário antes da disponibilização do serviço. Do outro lado, o concessionário poderá receber a receita identificada como alternativa (embasada na LGC) antes da disponibilização do serviço.

Em decorrência do limite temporal à contraprestação, o financiador terá um papel fundamental em projeto de PPP, recebendo um tratamento privilegiado na lei.⁸⁷

O financiamento do projeto não pode, todavia, ser confundido com a sua remuneração. Isso, porque enquanto o primeiro “diz com a responsabilidade do custo de formação de uma infraestrutura”, o segundo se refere à fonte para “repor o capital investido na sua formação” e “remunerar o custo de operação desta infraestrutura” (MARQUES NETO, 2011, p. 19). Colocada a diferença, entende-se que o artigo 7º não se estende ao financiamento, sendo permitido que o Estado, como agente da ordem econômica, seja o financiador de projetos de PPP, dispensando-se, até mesmo, a lei autorizativa do artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal,⁸⁸ conforme entende VALIM (2012, p. 131).

2.4.3 Papel do concessionário da concessão administrativa

Sendo responsável pela gestão do empreendimento, o parceiro privado deve ser incentivado a ser mais eficiente ao atuar. Para tanto, é necessário que o concessionário tenha (i) autonomia empresarial e (ii) que sua remuneração tenha ligação direta com a quantidade e/ou qualidade do serviço disponibilizado (ARAGÃO, 2011, p. 43-44). O primeiro corresponde a um dos motivos clássicos da parceria com o particular, a crença na gestão mais eficiente que a pública, além de viabilizar a vinculação de sua remuneração ao seu desempenho. Esta é essencial ao alinhamento de interesses, pois quanto mais e melhor o parceiro prestar, mais ele será remunerado.

Uma das obrigações que recai sobre o concessionário é a exigência de uma sociedade de propósitos específicos (SPE).⁸⁹ Tal exigência não existia para as

⁸⁷ Conforme se observa no §2º do artigo 5º: “Art. 5º (...) § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.”

⁸⁸ “Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou débitos de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.”

⁸⁹ “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”

concessões comuns.⁹⁰ Conforme MENEZES DE ALMEIDA (2011, p. 101), a SPE tem importância para afastar os riscos de insucesso do particular nos suas outras atividades e na fiscalização da execução do contrato. Lembra também DI PIETRO (2009, 121), que a mistura de recursos públicos e privados pode gerar problemas, como em uma provável recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Firmado o contrato de concessão administrativa, o concessionário será responsável em “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço”, conforme o inciso VIII do artigo 31. Como a sua remuneração só ocorrerá com a disponibilização total, ou parcial, do serviço, o particular deverá construir toda a infraestrutura (se for o caso), antes de começar amortizar seus investimentos.

Mesmo não estando expresso na Lei de PPP, o concessionário tem o dever de prestar o serviço adequadamente. Isso é um pressuposto de toda e qualquer delegação de serviço público e é parte essencial do objeto desse contrato. Um contrato de concessão que não exigisse do particular o serviço adequado faltaria uma de suas características imprescindíveis: a função pública (DI PIETRO, 2011, p. 265).

Não obstante, ARAGÃO (2011, p. 45) entende que as disposições da LGC (como as relacionadas à prestação adequada do serviço) somente serão aplicadas quando “não contrariarem a natureza das PPPs”. A consequência disso, continua o autor, seria, em um exemplo, a inaplicabilidade do parágrafo único do artigo 39 da LGC às parcerias,⁹¹ pois a contraprestação financeira do parceiro privado resultaria na aplicação do art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93.⁹²

⁹⁰ Para esse modelo, a Lei 8.987/95 apenas faculta ao concedente exigir: “Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.”

⁹¹ Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

⁹² Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

2.4.4 Análise comparativa da posição jurídica do concessionário

O papel do concessionário, em qualquer das espécies de concessão dependerá, basicamente, do contrato firmado com o poder concedente. Nele estarão as suas obrigações e os seus direitos, principalmente o equilíbrio econômico-financeiro, o qual o concessionário tem o direito em manter.

Contudo, é comum para o concessionário, em todas as espécies: (i) o investimento anteriormente à sua remuneração⁹³; (ii) a prestação adequada do serviço; e (iii) a remuneração vinculada ao seu desempenho na execução do contrato.

Tratando-se de uma PPP, o concessionário, obrigatoriamente, deverá criar uma sociedade de propósitos específicos, obrigação não existente no regime de concessão comum.

2.5 Riscos e garantias

2.5.1 Riscos e garantias nas concessões comuns

Todo contrato envolve riscos, maiores ou menores a depender das partes que contratam, do objeto contratado e das circunstâncias de contratação. Na concessão de serviços públicos, os riscos terão grande impacto na modelagem da equação econômico-financeira do contrato. Para analisar a questão dos riscos na concessão comum, serão comentadas as fontes de risco na concessão e a responsabilidade econômica de cada tipo de risco.

O cálculo do risco é um papel que primeiro cabe ao poder concedente, uma vez que é uma variável que não pode faltar ao se modelar o contrato. Riscos geram custos⁹⁴ e tais custos podem ser decisivos para tornar uma concessão insustentável somente por meio da tarifa. O poder concedente deve calculá-los e criar a concessão coerente com eles. Enquanto isso, ao concessionário, cabe estudá-los, quantificá-los e inseri-los nos cálculos iniciais da proposta (MOREIRA, 2007, p. 2). É imprescindível, que, já no edital, avaliem-se os riscos do empreendimento.

⁹³ Mesmo sendo composta apenas por contraprestação estatal, o concessionário não pode recebê-la antes da disponibilização do serviço, por força do art. 7º da Lei nº 11.079/04. Vale ressaltar que os subsídios são uma exceção, podendo ser entregue ao concessionário antes do início da prestação do serviço.

⁹⁴ “Daí se segue que a ampliação dos riscos de um empreendimento qualquer se traduz na ampliação de seus custos. Até se poderia dizer que o empresário realiza uma espécie de seguro informal, em que o aumento dos preços reflete a elevação dos riscos.” (JUSTEN FILHO, 2003b, p. 334).

São diversos os fatores de riscos em uma concessão de serviço público, ainda mais se envolver construção ou manutenção de grandes infraestruturas.

Em geral, o concessionário deverá realizar altos investimentos para então disponibilizar os serviços aos usuários (o que se agrava se a infraestrutura for inexistente). O grande vulto dos investimentos importa em longos prazos para sua amortização, o que, por sua vez, aumentam os riscos da ocorrência de casos fortuitos, força maior, mudanças na demanda, alteração dos humores políticos e outros eventos prejudiciais à concessão.

A natureza do serviço é outro fator que incrementa os riscos da concessão. Por se tratar de um serviço essencial à coletividade, estará mais sujeito a alterações na estrutura contratual (mutabilidade), pois poderá sempre ser adaptado às reais demandas sociais.

Há também um risco muito grande ao concessionário em relação à criação de concorrência no serviço público por ele prestado. É um dos encargos do concedente (art. 29, XI) criar a concorrência, mas o problema é que, em tais atividades, a concorrência será artificial, sendo construída a “golpes de regulação” (MOREIRA, 2007, p. 3).

O próprio conceito legal de concessão de serviços públicos⁹⁵ deixou claro que a exploração do serviço pelo concessionário seria feito sob seu risco. Todavia, dada a impossibilidade de transferir todos os riscos do empreendimento ao parceiro privado, é importante identificar quais serão os riscos suportados economicamente pelo concessionário.

Feita a delegação do serviço público ao concessionário, haverá uma repartição de riscos entre eles. Tradicionalmente, os riscos são divididos em áleas, a saber: a ordinária e a extraordinária (DI PIETRO, 2009, p. 99-106).

Os riscos naturais da atividade empresarial (de gestão, demanda, etc.) serão suportados pelo concessionário, é a chamada álea ordinária. Conforme afirma JUSTEN FILHO (2003b, p. 400):

Essa ideia pode ser expressa pela concepção de que a parte tem o dever de diligência de acautelar-se contra os riscos do negócio. Obviamente, esses

⁹⁵Art. 2º 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;

deveres refere-se aos riscos ordinários, inerentes à atividade e que se entranham com o seu desenvolvimento usual.

Opostamente a ela tem-se a álea extraordinária, que, por sua vez, subdivide-se em álea administrativa e álea econômica. Em contraste com a álea ordinária, nesta se encontram os riscos que um empresário de uma atividade econômica em sentido estrito não está sujeito – por conta da especificidade do cocontratante ser um ente público – ou não está parcialmente sujeito (no caso de evento estranho a ambas as partes, como é o caso das alterações econômicas). Na álea administrativa insere-se ao fato príncipe e o fato da Administração, dois institutos de responsabilidade estatal.

O fato do príncipe engloba, como já sustentado em outro trabalho, o exercício de poderes públicos extracontratuais pela entidade concedente, cujos efeitos incidem de forma direta, especial e significativa no contrato de concessão, e levam à sua modificação ou resolução e gera ao concedente o dever de indenizar ou modificar o contrato em favor do particular, garantindo a equação econômico-financeira (GASIOLA, 2014, p. 71). Assim, trata-se da sujeição do concessionário às medidas de ordem geral, à alteração ou resolução do contrato pela modificação das normas que regulam seu objeto. É o caso da proibição do trânsito de ônibus nas vias que não os comportam – seja pelo peso, seja pelo tamanho – que altera a concessão de serviço de transporte público municipal, levando à sua alteração (quando possível trocar a rota) ou a resolução (quando o objeto tornar impossível). Nesses casos, o efeito no contrato deverá ser direto – nexo de causalidade entre a medida de ordem geral e a mudança contratual –, especial – pois afeta o contrato de diferente com relação aos outros agentes econômicos – e significativa – uma vez que pequenas alterações não implicam em dever de reparar. Esses requisitos permitem tornar o fato do príncipe um instituto com maior operatividade, dando maior segurança ao concedente e concessionário. Configurado o fato do príncipe, o concessionário terá o dever de compensar os danos sofridos pelo particular, seja indenizando, seja com uma segunda alteração contratual (GONÇALVES, 2007, p. 40-41).

O fato da Administração é a atuação ilícita da entidade concedente, como parte do contrato⁹⁶ e geram responsabilidade contratual, devendo o concessionário ser integralmente recompensado dos danos suportados. É o que ocorre quando a

⁹⁶ Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO (2009b, p. 641) e GUIMARÃES (2010, p. 3).

administração não cumpre suas obrigações contratuais, tornando inviável a execução do contrato – como a não disponibilização de objetos que ela se obrigou contratualmente a disponibilizar.

Já a álea econômica, abrange as mudanças da estrutura econômica como um todo, não sendo possível identificar um agente responsável. Em outras palavras, como já afirmou SANTOS (1995, p. 188), nenhuma das partes de causa à alteração. Trata-se da teoria da imprevisão. Não existe nexo de causalidade entre os atos das partes, seja como contratantes, seja como particulares ou como Poder Público, e a concretização do risco. Por conta disso, como defende também DI PIETRO (2011, p. 288), a restituição deverá ser parcial, devendo as partes compartilhar o risco. Desse modo, rejeita-se a ideia de um dever de indenização integral na ocorrência da imprevisão, posição defendida por BANDEIRA DE MELLO (2009a, p. 632), uma vez que, não é razoável e não existe fundamento legal para que a Administração suporte alterações contratuais estranhas aos seus atos.

Na concessão comum, não há uma estrutura complexa de garantias entre o concedente e o concessionário. A LGC somente cita, no art. 23, V, que as garantias são cláusulas essenciais no contrato, mas não se aprofunda. Ao alertar sobre a aplicação dos limites da Lei n. 8.666/93 em uma concessão comum, afirma DI PIETRO (2009, p. 339) que:

A inexistência de norma específica sobre o montante de garantias exigíveis não poder ser razão única para resolver-se aplicar a norma 56 da Lei nº 8.666. A lei de concessões omitiu-se sobre vários aspectos e nem por isso as autoridades administrativas terão que omitir-se na solução dos casos concretos.

Conclui a autora que os limites que a Lei nº 8.666/93 coloca às garantias, em seu artigo 56, somente serão aplicados em um contrato de concessão quando fizerem referência a situações análogas aos contratos de obras, serviços e compras – como é o caso de garantia feita em uma concessão a respeito da execução de uma obra.

Quando às garantias que o concessionário poderá dar aos financiadores, o art. 28 da lei permite oferecer os direitos emergentes da concessão (“até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço”). Além disso, a Lei nº 11.196/05 permitiu que, em contratos de mútuo de longo prazo, “as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros” (art. 28-A).

2.5.2 Riscos e garantias nas concessões patrocinadas

De forma sintética, a questão dos riscos nas concessões patrocinadas pode ser resumida nesses pontos: (i) não há critérios legais para a alocação do risco, sendo matéria reservada ao contrato; (ii) há divergência doutrinária sobre a possibilidade de alocar certos riscos ao particular e vice versa; e (iii) a alocação deverá buscar a eficiência, ou seja, deve comportar o risco quem pode melhor administrá-lo.

O sistema de garantias de uma concessão patrocinada é regrado pela Lei nº 11.079/04, cabendo-lhe os mesmos comentários que serão realizados com relação à concessão administrativa.

Com efeito, haverá três formas de garantia em uma concessão patrocinada: a garantia do concessionário ao concedente (de que investirá e prestará o serviço); a garantia prestada pelo concedente ao concessionário (protegendo o recebimento das contraprestações pecuniárias); e a garantia prestada pelo concedente aos financiadores do projeto (que os protegerá da inadimplência do concessionário).

Apenas é importante ressaltar que a garantia prestada pelo concedente ao concessionário terá menor relevância na concessão patrocinada. Como a tarifa incorporará o cálculo do equilíbrio econômico-financeiro, o peso da contraprestação pecuniária será⁹⁷ menor que em uma concessão administrativa. O risco de inadimplência do parceiro público será menor e a terá menores impactos econômicos caso ocorra, necessitando de menor proteção no contrato.

2.5.3 Riscos e garantias nas concessões administrativas

Como na concessão comum e patrocinada, o contrato de concessão administrativa envolve muitos riscos. No entanto, o inciso III do artigo 5º da Lei de PPP introduziu uma dinâmica diferente na alocação dos riscos da concessão. Prescreve o dispositivo o seguinte:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...)

⁹⁷ Dependerá do modelamento do contrato no caso concreto, pois nada impede que uma concessão administrativa dependa menos da contraprestação do concedente (através de receitas alternativas, por exemplo) que uma concessão patrocinada (com mais de 70% da remuneração feita por contraprestação pecuniária). No entanto, a diferença das espécies permite pressupor que, em geral, o concessionário de uma concessão patrocinada dependerá menos do concedente do que em uma concessão administrativa.

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Como consequência, não há critérios legais para a alocação do risco nas concessões administrativas, sendo matéria que deverá ser regulada pelos contratos (SUNDFELD, 2007, p. 39) com auxílio das fontes doutrinárias especializadas. Para PINTO (2006, p. 3), o legislador escolheu uma posição intermediária, não sendo prescrita a distribuição dos riscos pela lei e também não deixando exclusivamente à doutrina e a jurisprudência.

O contrato deverá, portanto, disciplinar a divisão objetiva dos riscos. Não obstante, como afirma DI PIETRO (2009, p. 156), certos riscos não poderão ser repartidos, como os decorrentes de fato da Administração e de fato príncipe. A impossibilidade de se dividir tais riscos estaria fundado, no caso de fato da Administração, no artigo 186 do Código Civil⁹⁸ e, no caso do fato príncipe, no artigo 37, §6º, da Constituição⁹⁹.

Ao divergir com a professora, PINTO (2006, p. 18-19) defende que alguns riscos decorrentes de fato príncipe podem ser compartilhados entre o parceiro público e o privado, já que:

De um lado, ele [o compartilhamento de riscos] incentiva o parceiro privado a se adaptar de forma mais eficiente às novas leis e regulamentos e, de outro, fornece um seguro parcial contra riscos que não encontram cobertura no mercado.

Enquanto os riscos de mudança unilateral no contrato não podem ser alocados para o particular,¹⁰⁰ não se pode excluir, *a priori*, a possibilidade de transferir ou compartilhar com o particular certos riscos de mudança genérica no ordenamento jurídico.

Lembra GUIMARÃES (2012, p. 297) que a divisão dos riscos em uma PPP não precisa ser equivalente, mas sim eficiente. A flexibilidade existente na repartição dos

⁹⁸ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁹⁹ “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: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹⁰⁰ Caso o particular fosse responsável por esses riscos, o concedente seria incentivado a realizar mudanças sem se preocupar com os seus resultados. Para suportar esses riscos, o particular exigiria grandes recompensas, significando um contrato muito prejudicial à Administração Pública.

riscos deve favorecer a sua viabilidade econômica, deixando a alocação de cada risco ao parceiro que tem mais capacidade de lidar com o risco, seja por controlá-lo, seja por ser capaz de minimizar suas consequências a menores custos. É linha que sugere o *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships* (2003, p. 17), da Comissão Européia:

The overall aim of PPPs is therefore to structure the relationship between the parties, so that risks are borne by those best able to control them and increased value is achieved through the exploitation of private sector skills and competencies.

O sistema de garantia instituído pela Lei nº 11.079/04, para as duas espécies de parceria, é composto por três tipos (DI PIETRO, 2009, p. 157):

(a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público. (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.

A primeira forma de garantia, não muito diferente das existentes nos outros contratos administrativo. Ela é uma cláusula essencial no contrato de PPP, prevista no artigo 5º, inciso VII¹⁰¹. Esse mesmo inciso já prescreve os limites da garantia a ser prestada pelo concessionário que, na concessão administrativa, referem-se aos da Lei nº 8.666/93, §§ 3º e 5º do artigo 56.¹⁰²

A garantia que o concedente prestará ao concessionário, segunda forma de garantia, veio em resposta à forma de remuneração da PPP. Na concessão administrativa, principalmente, o adimplemento das obrigações do parceiro público terá extrema importância durante toda a concessão, uma vez que o parceiro privado remunerar-se-á pela sua contraprestação. Assim, as garantias do poder concedente em favor do concessionário serão determinantes ao sucesso do empreendimento.

¹⁰¹ Art. 5º - As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

¹⁰² § 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. § 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Tratando-se de PPP que envolva grandes projetos de infraestrutura, mais importantes serão as garantias. Os investimentos do parceiro privado terão sua amortização dependente do fiel cumprimento dos encargos da Administração Pública. Um atraso nas receitas ou o recebimento por precatórios pode representar um grande risco de insucesso da parceria. De certa forma, SCHIRATO (2011, p. 147) não exagera ao afirmar que são as garantias que retiram as PPP do mundo ideal para a realidade, já que o Estado brasileiro é geralmente visto como mal pagador.

Não obstante sua importância na modelagem da PPP, essas garantias sofrem pesadas críticas. DI PIETRO (2009, p. 144-145), considerando que o objetivo da lei fora permitir projetos de infraestrutura, os quais a Administração não tinha capacidade de investir, as pesadas garantias geram um paradoxo, “porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar as obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada.”

Desta forma, a lei prevê diversas garantias para proteger o parceiro privado. No artigo 8º, a lei apresenta um rol não exaustivo¹⁰³ de garantias que o parceiro público poderá oferecer:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Para a Administração Pública federal, a Lei de PPP previu a criação do Fundo Garantidor de Parcerias que, mesmo não impedindo a adoção de outras, poderá representar a principal forma de garantia do parceiro público ao privado, conforme afirma SCHIRATO (2011, p. 171).

¹⁰³ Não exaustivo, pois em seu inciso VI a lei abre as possibilidades para todas as formas de garantias admitidas em lei.

A terceira garantia que existirá é a que será prestada pelo concedente ao financiador do projeto, as quais estão previstas no §2º do art. 5º da Lei de PPP. Tais garantias poderão estar no contrato, podendo prever a transferência do controle da SPE (I); a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública (II); e a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas (III).

2.5.4 Análise comparativa dos riscos e garantias

A Lei nº 11.079/04 inovou no campo da repartição de riscos. Nas concessões comuns, a locução “por sua conta e risco” expressava a ideia de uma divisão natural de riscos. Se o risco fosse enquadrado na álea ordinária, o concessionário deveria arcar com as consequências econômicas, se enquadrado na álea extraordinária, o concessionário teria direito ao reequilíbrio total (no caso de álea administrativa) ou parcial (álea econômica) da equação econômico-financeira.

Já nas PPPs, seja ela patrocinada ou administrativa, a lei prescreveu a existência da repartição objetiva dos riscos do empreendimento¹⁰⁴. Dessa forma, a divisão de riscos poderá ser feita de modo a priorizar o ganho de eficiência da concessão.

Com relação às garantias, o sistema previsto na Lei nº 11.079/04 tem relação direta com as características dessas parcerias. Como as obrigações do poder concedente terão grande impacto no contrato, são previstas garantias ao concessionário, em face da Administração Pública. Além disso, previu-se garantias aos financiadores, pelo poder concedente, por conta dos grandes vultos de investimentos que as PPPs demandam.

3. Concessão de uso de bem público

Ainda dentro do módulo consensual da concessão e ao lado das concessões de serviços – que incluem as concessões comuns, patrocinadas e administrativas, anteriormente analisadas – há as concessões para a exploração e uso de bem público. Trata-se de um “contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação” (DI PIETRO, 2014, p. 110). Depreende-se do conceito suas características essenciais, comentadas a seguir.

É um contrato administrativo, o que implica na fixação do prazo da outorga, essencial para garantir a estabilidade do concessionário.¹⁰⁵ De forma que, como ressalta DI PIETRO (2014, p. 111), é a figura mais adequada quando envolver “atividades de utilidade pública de maior vulto”. O razão é clara: se não há segurança, o particular não vai querer investir na exploração ou uso do bem.

Não existe um fundamento normativo geral para essa espécie de concessão. Isso se dá pela competência que cada ente da federação guarda para a gestão de seus bens públicos. Dessa forma, conforme MARQUES NETO (2009, p. 351), cada ente poderá editar normas gerais para as concessões de uso ou, também, disciplinar seu regime jurídico em cada contrato. Caso não exista nem lei geral, nem regulação contratual, entende o autor serem aplicadas as normas da Lei Geral de Concessões.

No âmbito federal, a Lei n. 9.636/98, que disciplina o regime jurídico dos bens imóveis da União, trata da concessão de uso em alguns dispositivos. O art. 18 da lei traz a hipótese da cessão do uso que, quando realizada com um particular, será formalizada mediante um contrato – no caso, um contrato de concessão, como entende MARQUES NETO (2013, p. 393).

Ao conceder o bem, o particular terá o direito ao uso privativo, o que, recorrendo mais uma vez à DI PIETRO (2014, p. 29), é o direito de exercer com exclusividade o uso de determinada parcela de bem público. Além disso, o uso deverá ser conforme a destinação do bem, ou seja, de acordo com a sua afetação, o que remete à clássica

¹⁰⁵ Os outros instrumentos de direito público que podem conferir ao particular o direito ao uso do bem não se formaliza por meio de contrato. Tanto a permissão de uso, quanto a permissão de uso tem natureza de ato unilateral da Administração (DI PIETRO, 2014, p. 81 e 96).

divisão dos bens públicos feita pelo Código Civil, art. 99, em bens de uso comum, de uso especial e dominicais.

A afetação dos bens de uso comum implica em uma utilização geral pelo povo, o que abrange não apenas as pessoas físicas, mas também empresas, prestadoras ou não de serviço público, e entes estatais. Conforme afirma MARRARA (2007, p. 60), os bens dessa categoria têm um potencial de uso múltiplo, ou seja, possibilitam diversas utilizações fáticas. Dentre essas utilizações, pode haver a concessão de exploração de parcelas do bem para o uso privativo. Em uma praça, por exemplo, sem prejuízo da utilização comum como área de lazer, poderão ser concedidas certas áreas para a instalação de bancas de jornal, locais para venda de comida, etc. O importante para a concessão de uso nesses bens é que se privilegie o uso comum, não podendo o particular exercer o uso privativo em detrimento do uso indiscriminado do povo.

Os bens de uso especial são aqueles destinados à prestação de um serviço público (em sentido amplo, abrangendo serviços sociais e administrativos). Ou seja, quem fará uso do bem não será o povo indistintamente, mas apenas os funcionários públicos vinculados ao serviço e os utentes do serviço. Como nos bens de uso comum, parcelas também poderão ser concedidas para o uso privativo – concessão de uma área de uma universidade pública para um restaurante ou uma agência bancária.

Já os bens dominicais são os bens públicos sem afetação. Mas essa característica apenas indica que a gestão do bem será mais flexível, não significa dizer que não deverá atingir um interesse público (primário ou secundário). Na verdade, a falta de afetação insere esses bens no comércio jurídico de direito privado – permitindo-se fazer dele objeto de contrato privado, como o de locação ou compra e venda – e não há uma proteção jurídica dos fins que deverá atingir. Não obstante, também poderá ser objeto do contrato administrativo da concessão de uso.

Como visto, nas três espécies de bens públicos é possível a concessão de uso. Nos bens de uso comum, a concessão será limitada a uma parcela do bem, pois é inerente à sua natureza o uso livre, anônimo. Nos bens de uso especial será possível a concessão de parcelas do bem, desde que não seja incompatível com a sua afetação, ou mesmo a concessão integral do bem, quando seu uso deverá corresponder exatamente à finalidade do bem.

3.1 Objeto

Na concessão de uso de bem público, o objeto será o uso privativo. Esse bem poderá ser imóvel (mais comum) ou móvel (como lembra MARQUES NETO (2013, p. 394), a concessão de uso do potencial hidrelétrico, “que não se confunde com o bem imóvel onde ele se situa e pode ser objeto de exploração autônoma para geração de energia elétrica”); pode também ser de uso comum (desde que parcial e para fins de interesse público (DI PIETRO, 2014, p. 113), de uso especial (que poderá ser parcial, como uma área de um estabelecimento público para a instalação de um restaurante, ou total, no caso de um museu, por exemplo).

MARQUES NETO (2013, p. 395) ressalta que a concessão de uso pode ter dois objetivos. O uso privativo que será exercido pelo particular ou será “empregado numa finalidade diretamente coincidente com um interesse geral”, o que significa dizer que a concessão irá propiciar utilidades públicas, ou esse uso terá como objetivo “atender um interesse fiscal do Estado”, pela remuneração que será cobrada pelo uso.

Diferencia-se, contudo, a concessão de uso com a concessão de serviços públicos (aqui entendida como gênero), pela inexistência de um serviço público prestado pelo concessionário. Existirá sim uma ligação necessária entre a atividade realizada pelo particular e um interesse geral, o que não significa afirmar que haverá uma finalidade pública direta, pois se admite “que tal finalidade seja indireta, inclusive com o objetivo de amealhar rendas para o poder público” (MARQUES NETO, 2013, p. 399). Dessas conclusões não se exclui a possibilidade de existir, de forma acessória à concessão de serviço público, a concessão de uso de determinados bens públicos que ou serão necessários à prestação do serviço – por exemplo, a concessão de uso de um prédio de propriedade da União para a prestação dos serviços de saúde, segundo o contrato de concessão administrativa (como ocorreu na concessão do Hospital do Subúrbio, em Salvador/BA).

Quando à concessão de obra pública, indica-se a diferença, como faz MARQUES NETO (2013, p. 395), que na primeira, o concessionário deverá produzir ou requalificar o bem a ser posteriormente explorado, enquanto que o segundo já existe posteriormente, sendo a concessão de uso de um bem pré-existente. A diferença, contudo, não é tão clara. Em primeiro lugar, poderá haver a produção ou requalificação de um novo bem em ambas as modalidades. A concessão de uma área de um aeroporto

para a instalação de pontos comerciais não indica que a estrutura necessária para a instalação já esteja pronta. Em segundo lugar, parece artificial, e sem fundamento legal, a diferenciação entre as duas espécies. A existência / necessidade de uma obra depende do caso concreto. Havendo obra, o que implica em investimentos do concessionário, maior deve ser sua proteção no caso de resolução do contrato antes do preço firmado. Não importa se o particular construiu todo o imóvel ou realizou investimentos irrecuperáveis em um bem pré-existente para torná-lo útil, a Administração deverá igualmente respeitar a equação econômico-financeira do contrato – que no caso, de modo simplificado, relaciona-se o investimento realizado e, em contraposição, o prazo contratual necessário para a amortização desses investimentos.

Com relação à incorporação posterior das benfeitorias realizadas pelo concessionário (podendo se tratar de uma obra ou qualquer alteração para a utilização econômica do bem), nas concessões de obra elas sempre serão transferidas ao concedente ao término da concessão. Mas isso também não as diferencia totalmente da concessão de uso. Como gênero mais amplo, a concessão de uso abrange concessões cujas benfeitorias não sejam incorporadas ao término da concessão, mas também pode haver casos em que a benfeitoria deva ser incorporada, ou mesmo, como lembra MARQUES NETO (2013, p. 404), devam ser desfeitas. De igual maneira quanto à necessidade da produção de um novo bem, a análise será desenvolvida caso a caso.

Decorre do raciocínio acima que, se existir o bem público – seja um terreno, seja um imóvel – a concessão será de uso de bem público (que comportará, ou não, obra). Admite-se a hipótese de concessão de obra nas situações em que o bem público não existir, ou seja, o concessionário deverá adquirir o bem – que não estava no domínio do Estado – e a partir dele produzir o objeto do contrato, explorando-o e, ao fim da concessão, devolvê-lo ao concedente.

3.2 Remuneração

Nas concessões de uso em que o particular irá exercer uma atividade econômica em sentido estrito, a remuneração será a própria exploração dessa atividade. Uma banca de jornal irá se remunerar com a venda de seus produtos, um restaurante pela comida e serviço, etc. Como ressalta MARQUES NETO (2013, p. 402), essa remuneração terá

natureza de preço privado¹⁰⁶ (não sendo nem preço público e nem taxa), mas poderá sofrer regulação contratual, como pela fixação de limites aos preços, por exemplo.

3.3 Posição jurídica do concedente

O poder concedente irá facultar o uso de parte ou da totalidade de um bem público a um particular, que irá explorá-lo segundo o contrato.

A escolha pela concessão de uso de um bem público está atrelada ao princípio da eficiência, no caso, na gestão dos bens públicos. Quando a finalidade afetada do bem não é prejudicada, a concessão de parcelas do bem para a disponibilização de utilidades ou comodidades aos usuários do bem é sempre recomendável. Também, quando a concessão envolver interesses fiscais, estes preferem ao abandono do bem, à sua subutilização.

Cabe a cada ente público a gestão de seus bens, que deve ser feita de modo a melhor realizar os interesses públicos. No caso dos bens de uso comum, por exemplo, como sua utilização admite diversos usos a sua gestão deve objetivar a compatibilização dos usos. Para tanto, dispõe de diversos instrumentos, como a regulamentação do uso (que irá atingir a todos os usuários, de forma geral), autorização, a permissão e a concessão de uso (para as hipóteses de cessão de uso privativo).

Assim, a posição do poder concedente na concessão de uso é, antes, uma posição de gestor do bem. Para conceder, é preciso que o proprietário do bem estude as possibilidades de cessão e os objetivos que são pretendidos. Esses objetivos, necessário ressaltar, nem sempre serão fiscais. Apesar da possibilidade de cobrar pelo uso privativo, não é uma exigência, mesmo nos casos em que a atividade exercida pelo particular seja estritamente econômica. Isso, porque a concessão também poderá ter como objetivo o fomento da atividade econômica ou o fomento à disponibilização de utilidades ou comodidades à população. A conta é simples, uma vez onerada a concessão de uso, o valor arrecadado pelo ente público será repassado aos consumidores

¹⁰⁶ Ressalta MARQUES NETO (2013, p. 402) que quando a exploração do bem realizada pelo particular for correspondente à sua afetação, tratar-se-ia de um preço público.

do serviço. Quando restar provado que a viabilidade econômica depender da não oneração da concessão, não existem óbices à concessão gratuita.¹⁰⁷

Como gestor do bem, o poder concedente poderá exercer seus poderes extracontratuais que poderão alterar o contrato, ou mesmo levar à sua rescisão. O concessionário estará sujeito à regulação exercida sobre o bem, que significa dizer que o seu contrato administrativo poderá sofrer com a mutabilidade.

Como cocontratante público, o poder concedente tem as prerrogativas típicas do regime público dos contratos administrativos, como o poder de modificar/rescindir unilateralmente o contrato, nas hipóteses previstas em lei, de fiscalizar o cumprimento, aplicar penalidades, etc.

3.4 Posição jurídica do concessionário

O particular que firmar contrato de concessão de uso com a Administração agrega em sua esfera de direitos o de usar privativamente um bem público, segundo as normas que regulamentam o bem e, também, o contrato.

A extensão do uso privativo que será concedido ao particular irá depender da situação concreta. Afirma DI PIETRO (2014, p. 29) que o conceito de uso privativo abrange um conteúdo variável, podendo faculdades de ocupação, de transformação ou mesmo de disposição (como com o aproveitamento da água de um rio). De forma que a análise dos direitos transferidos dependerá do caso concreto, que podem variar, segundo MARQUES NETO (2013, p. 399), “consoante o tipo de bem concedido e a finalidade associada à concessão”.

O direito ao uso privativo tem natureza real, ou, nas palavras de MARQUES NETO (2010, p. 350-351) um “direito real administrativo”. Decorre disso que o particular concessionário poderá “se opor contra terceiros que pretendam impedir ou turbar esse uso, bem como confere direitos em face do próprio poder concedente.” Enquanto estiver válido e vigente o contrato, o particular terá o direito ao uso privativo, oponível *erga omnes* (o que não limita, contudo, a prerrogativa do concedente em alterar o contrato ou mesmo rescindi-lo).

¹⁰⁷ No mesmo sentido MARQUES NETO (2013, p. 401-402). Importa destacar, contudo, que a Lei 9.636/98, art. 18, §5º, afirma que a “cessão, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei.”

3.5 Riscos e garantias

Os riscos nas concessões de uso são encarados de forma diversa, em decorrência do seu objeto. Por se assemelhar mais a uma atividade econômica em sentido estrito, os riscos que o particular estará sujeito são muito semelhantes. De forma que a álea ordinária do contrato será totalmente suportada pelo concessionário, não havendo possibilidade em repartição desses riscos.

Por não ser serviço público, a atividade exercida pelo particular irá sofrer menor incidência de poderes exorbitantes do concedente, mas isso não o exclui. Em qualquer concessão de uso o concedente permanecerá em sua posição de gestor do bem, podendo regular seu uso. É possível dessa maneira a incidência de atuações administrativas extracontratuais que afetem o contrato de modo direto, especial e significativo, ou seja, configurando o instituto do fato do príncipe. Tais atuações não devem ser suportadas pelo concessionário, o que cria um dever de indenizar ou modificar o contrato em favor do particular.

Também é possível observar a inobservância das obrigações assumidas pelo poder concedente, configurando fato da Administração, o que da mesma forma cria um dever de indenizar o concessionário.

Quanto à álea econômica, deve-se entender que o concessionário irá suportá-la. Aqui não incide o princípio da continuidade do serviço público, os riscos suportados pelo particular tem a mesma extensão dos suportados pelos agentes econômicos em sentido estrito.

Não havendo normas gerais sobre a concessão de uso, inexistente previsão expressa de prestação de garantia no contrato de concessão de uso. No entanto, quando a concessão envolver o oferecimento de comodidades ou utilidades à população ou mesmo tiver apenas fins fiscais, não existiria óbice à exigência de garantia do concessionário pela execução do contrato. Essa garantia deverá estar prevista no contrato e segue os limites dos §§ 2º e 3º do art. 56 da Lei 8.666/93.

4 A infraestrutura

4.1 Importância e características

Infraestrutura é um termo polissêmico, adquirindo diferentes significados, a depender da área de conhecimento ou mesmo entre os pesquisadores da mesma área. Não havendo, tampouco, critérios legais de classificação, o conceito pode variar entre os dois extremos.

No primeiro, em que o conceito adquire um universo vastíssimo, encontramos infraestrutura no seu sentido mais comum: toda estrutura da qual dependem outras. Neste sentido, ter-se-ia tudo que fosse fundamental para a função estatal e as atividades econômicas, ou seja, todos os recursos humanos ou aparatos físicos (materiais e imateriais), como salienta MARRARA (2012b, p. 95) que estejam sob a responsabilidade estatal de prover ou garantir. Um conceito tão amplo, porém, aparece despido de operabilidade. Sem um devido corte, que identifique os setores que compartilham características problemáticas específicas à regulação (no caso, contratual), perder-se-ia o foco do presente trabalho.

Em outro extremo, com um universo muito mais delimitado, se situaria o conceito de infraestrutura como um subconjunto dos setores em rede.¹⁰⁸ Assim, todos os setores de infraestrutura seriam, consequentemente, setores de rede.¹⁰⁹ Tal corte não tem a necessária precisão, uma vez que deixa de fora estruturas que poderiam ser incluídas no conceito.¹¹⁰

Portanto, à partir de um conceito de infraestrutura como o “conjunto de elementos físicos materiais e imateriais, contínuos ou descontínuos, necessários a uma atividade econômica, ou serviço público de caráter econômico-industrial ou social” (MARRARA, 2012b, p. 95), tenta-se destacar as atividades que cabem ao Estado prestar ou garantir e que são fonte de certas dificuldades, inerentes aos setores de

¹⁰⁸ Neste sentido, GÓMES-IBANEZ, (2006, p. 4) e FRÓES (2011, p. 259).

¹⁰⁹ Os setores em rede são aqueles que dependem de componentes estruturais para atuar e sua configuração tem relação direta com os seus efeitos econômicos específicos, cf. LOBO (2009, p. 37 e ss.)

¹¹⁰ Com respeito ao próprio setor elétrico, considerado um setor de rede, Gonçalves (2008, p. 121) já alerta que, em tempos de desverticalização, há de se separar as infraestruturas de rede – como é o caso do transporte e distribuição da energia elétrica – e as outras infraestruturas – no caso, a estrutura de produção de energia.

infraestrutura. Importante ressaltar que não se busca com isso um conceito definitivo de infraestrutura, mas apenas aquele que seja útil a presente análise.

Do que foi delimitado como infraestrutura, ainda é possível dividir seus tipos: (i) energética (usinas hidrelétricas, por exemplo); (ii) logística (como as rodovias); (iii) social (hospitais, universidades, etc.); (iv) ambiental (saneamento ambiental) (MARRARA, 2012b, p. 96-97). Outra divisão é possível, como apresenta YESCOMBE (2007, p. 1), cindindo em infraestruturas econômicas e sociais, podendo estas serem “hard” (prédios ou qualquer estrutura física) ou “soft” (os serviços, utilidades disponibilizadas).

A responsabilidade do Estado em atuar ou regular estes setores decorrem de diversas motivações. Elas são sempre condicionamentos de outras atividades econômicas ou serviços públicos. Ao olhar para a economia, a falta dessas estruturas, como também a falta do respectivo investimento adequado, são geralmente relacionada à existência de pontos de estrangulamento¹¹¹ – capazes de gerar impactos negativos na economia.¹¹² Para os agentes econômicos, portanto, a infraestrutura torna-se uma clara condição do exercício de seu direito de livre-iniciativa.

Na questão social, as infraestruturas não perdem importância, pois podem significar condicionamento de direitos. Na verdade, cada vez mais o exercício de direitos fundamentais e sociais necessita da adequada infraestrutura. É o caso, por exemplo, do direito à saúde e a existência de um sistema de saúde que atenda, com qualidade, desde o caso mais simples até os de alta complexidade ou, também e deixando mais tênue (mas ainda sim relevante) a relação, entre o transporte público municipal e o direito à educação, quando os habitantes de determinada região necessitam se locomover de ônibus, ou outro meio de transporte público, para chegar à escola e ter acesso ao ensino público de qualidade.^{113 114}

¹¹¹ Pontos de estrangulamento “são dificuldades estruturais em setores cujo não-desenvolvimento impede a fluidez e/ou a instalação de atividades econômicas.” (MOREIRA, 2007, p. 120).

¹¹² O exemplo singular é o chamado “custo Brasil”, ou seja, o custo adicional que se considera para se produzir no Brasil por conta do déficit de infraestrutura, principalmente logística.

¹¹³ Dessa maneira, conclui MARRARA (2012b, p. 98) que “de nada adiantaria (...) reconhecer juridicamente direitos fundamentais sem que, em realidade, a respectiva infraestrutura não fosse ofertada ao público, tornando possível a concretização desses direitos.” No mesmo sentido, entende FRÓES (2011,

Se estas são algumas das motivações para encarregar o Estado no provimento das infraestruturas, basta identificar de que forma a ordem jurídica impõe este dever. No artigo 175¹¹⁵ da CF/88 encontra-se a referência dos serviços públicos, os quais a Administração deve prestar de forma direta ou indireta – por meio de concessão ou permissão –; e estes são os serviços, conforme MODESTO (2005, p. 4), em que o Estado atua de direito próprio e com encargo original, enquanto os particulares atuam em caráter excepcional, delegados do Poder Público. Nesta categoria encontra-se boa parte das infraestruturas públicas, como, por exemplo, dos serviços de energia elétrica,¹¹⁶ o serviço local de gás canalizado¹¹⁷ ou o transporte público coletivo municipal.¹¹⁸

Em contraposição aos serviços públicos, em que o Poder Público tem titularidade e o particular só atua por delegação, nas atividades econômicas em sentido estrito a situação é praticamente invertida: nestas, os particulares atuam de direito próprio, enquanto que a atuação estatal tem um caráter excepcional, a partir de autorização legal e atuando em regime de empresa privada (MODESTO, 2005, p. 5). Estes são os serviços que a CF/88 refere em seu artigo 173. Porém, certas atividades econômicas são excepcionadas pela CF/88, ao criar um regime de monopólio do Estado, como acontece nos artigos 176 e 177 – exploração do petróleo, recursos minerais etc.

Por fim, há os serviços de relevância pública (ou serviços públicos impróprios, de acordo com DI PIETRO (2011, p. 114)), sendo os serviços em que atuam de direito próprio a Administração e os particulares. Além disto, a Administração tem o dever de prestar e o particular, para exercer a atividade, necessita de autorização e sofre forte controle do Estado. Os exemplos destas atividades são a educação, a assistência à saúde, cultura, desporto, meio ambiente, etc.

p. 261) que “a falta ou a precariedade de infraestrutura (...) implica um baixo padrão na qualidade de vida do cidadão.”

¹¹⁴ Elencam-se outros motivos pelos quais o Estado está encarregado de prover infraestrutura pública, como a maior facilidade do Estado, utilizando seus poderes públicos, em disponibilizar os terrenos e áreas necessárias à instalação e as externalidades positivas que as infraestruturas apresentam. Cf. GÓMES-IBANEZ, (2006, p. 4 e SS); e também PÊGO FILHO, CÂNDIDO JÚNIOR e PEREIRA (1999, p. 6 e SS.).

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Competência federal, artigo 21, XII, e), da CF/88.

¹¹⁷ Competência estadual, artigo 25, §2º, da CF/88.

¹¹⁸ Competência municipal, artigo 30, V, da CF/88.

As infraestruturas públicas aparecem como incumbência do Estado nas três categorias e a forma em que será concretizada dependerá da categoria em que se encontra – além, é claro, da escolha política a ser feita dentro destas possibilidades legais e das possibilidades fáticas.

A conclusão anterior não permite, e é importante essa ressalva, entender que toda infraestrutura será um bem público. Ou seja, não é possível confundir o dever de garantir o acesso à infraestrutura com sua natureza pública. Sobre esse ponto, são necessários alguns esclarecimentos.

Todo bem público pertence a uma pessoa jurídica de direito público, é o critério subjetivo CC/02 (em clara disposição do art. 98). Entretanto, o critério civilista não resolve os problemas inerentes às infraestruturas. Se a caracterização de bem público implicasse na aplicação, ou não, de um regime jurídico público, ter-se-ia duas situações extremadas. Quando o ente público prestasse certo serviço diretamente, como um hospital, pertencendo a estrutura ao ente prestador, a infraestrutura seria pública, recaindo sobre ela todo o regime atinente aos bens públicos. No outro lado, quando prestado por um particular cocontratante da administração (por uma concessão administrativa) para prestar o mesmo serviço de saúde, o hospital e todos os seus equipamentos seriam bens privados, excluída a aplicação de um regime jurídico publicista.

Sendo imprescindíveis para as atividades econômicas ou para os serviços públicos, o Estado assume a responsabilidade da existência e disponibilização adequadas à demanda de certas infraestruturas. E esta responsabilidade, que se projeta em uma intervenção direta ou em uma forte regulação, além de motivadas pelas razões já destacadas (o condicionamento de direitos econômicos e sociais), é justificada pelas características problemáticas que os setores de infraestrutura costumam apresentar.

Em primeiro lugar, as infraestruturas envolvem, na grande parte das vezes, economias de escala.¹¹⁹ Isto é dizer que a disponibilização de determinado serviço só se torna economicamente viável se produzido em grande quantidade e esta produção precisa encontrar, também, uma demanda correspondente. Por isso, muitas infraestruturas geram situações de monopólio – quando a demanda pelo produto é tal

¹¹⁹ Em economia de escala, “o custo total médio de longo prazo declina à medida que o produto aumenta.” (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 174).

que apenas comporta um produtor para manter o preço a níveis adequados – ou oligopólio – quando a demanda já é maior e comporta um número maior, mesmo que reduzido, de agentes econômicos. Esses monopólios são denominados monopólios naturais e têm, como ressaltava POSNER (1999, p. 1), relação direta com a tecnologia de produção.

A existência de monopólio pode, no entanto, ter motivação diversa ou complementar da economia de escala. Acima já foram citados os casos em que a CF/88 excepciona, das atividades econômicas do artigo 173, certos monopólios em razão de segurança nacional – quando envolver um interesse estratégico do Estado, como é o caso da energia nuclear – ou interesse coletivo – para assegurar a disponibilidade no caso de os agentes privados não poderem ou não quiserem prestar, conforme lembra NESTER (2006, p. 242). Seria o caso, por exemplo, do transporte de petróleo ou gás natural que faz referência o inciso IV do artigo 177 da CF/88.

O terceiro motivo para a existência de monopólios é a impossibilidade física da competição. Isto acontece, no caso das infraestruturas, pois as estruturas necessitam de muito espaço gerando conflitos na organização dos centros urbanos e na sua convivência com o meio ambiente (MARRARA, 2007, p. 6).

Para além da exclusão de concorrentes pela impossibilidade física da duplicação da estrutura, as infraestruturas, pela sua ocupação do território, leva a outros conflitos. Estes podem ocorrer entre novos agentes e o incumbente; entre agentes econômicos que atuam em mercados não verticalizados; e entre os interesses de diversos entes da federação.

O agente que tenta ingressar em um mercado de infraestruturas encontra, muitas vezes, barreiras de acesso. Estas barreiras podem ser de ordem física, quando a estrutura não pode ser duplicada, mas também econômica.¹²⁰ Pelas suas características, grande parte do investimento em infraestrutura é do tipo irrecuperável (*sunk costs*), ou seja, o incumbente não pode transferir o que foi investido para outra atividade sem grandes prejuízos e, por isto, o agente ingressante irá exigir certa estabilidade do preço e da

¹²⁰ O problema da impossibilidade de duplicação da infraestrutura também poderá ser uma barreira econômica, quando esta impossibilidade decorrer dos custos em se duplicar somada à ineficiência gerada pela duplicação.

demanda para fazer os vultosos investimentos (que precisam de longo prazo para amortização). Para o agente incumbente, a entrada de novos agentes é uma ameaça à sua posição monopolista e, uma vez já realizado os investimentos irrecuperáveis, este praticará uma concorrência agressiva, a fim de eliminar os concorrentes e regressar ao monopólio.

No conflito entre agentes econômicos de mercados diversos aparece o chamado compartilhamento de infraestruturas. Nestes casos, a atividade de um determinado agente econômico depende da utilização das estruturas físicas ou da área ocupada de outro agente em mercados não verticalmente estruturados. Exemplo comum é a utilização de postes de transmissão de energia elétrica por empresas de telecomunicações¹²¹ ou também a utilização de faixas de domínio administradas por concessionários de rodovias.¹²²

Já o conflito entre os diversos entes traz o desafio federativo, a causa disso está, como ressalta MARRARA (2007, p. 104-106), na competência legislativa e executiva que é muitas vezes compartilhada e uma vez que a criação, manutenção e operação das grandes infraestruturas afeta interesses comuns. Por conta disto, não é raro encontrar uma situação de caos regulatório, o que implica em riscos e incertezas aos incumbentes e para os que se utilizam de alguma forma da infraestrutura.

Por fim, o problema da infraestrutura também está atrelado à sua rápida dinâmica, ou melhor, nas rápidas e constantes alterações de demanda. Neste sentido, lembra MARRARA (2007, p. 6) que na ocorrência de alterações demográficas, a infraestrutura local ou se torna insuficiente para a demanda, no caso de aumento populacional, ou pode ser subutilizada, elevando-se os custos aos respectivos usuários, em zonas de retração populacional.¹²³ Além disso, tais projetos sempre estão rodeados de interesses diversos, muitas vezes incompatíveis, como afirma Marrara (2007, p. 6):

¹²¹ Lembra NESTER (2006, p. 293), o caso TV Cidade v. Light.

¹²² Como o caso Telesp v. DER/SP, MC 9.565/2005, Rel. Min. Eliana Calmon.

¹²³ Além disso, tais projetos sempre estão rodeados de interesses diversos, muitas vezes incompatíveis, como afirma Marrara (2007, p. 6), “a par desta discussão, existe uma problemática que se pode dizer comum a diferentes áreas urbanas. Neste caso, as infraestruturas de serviços se apresentam, por exemplo, como fontes de conflitos relativos à administração do uso do espaço urbano e à convivência ambiental.”

4.2 A concessão de serviços e a infraestrutura

Mais do que um instrumento de delegação do serviço, o instrumento da concessão caracteriza-se por ser uma forma de regulação estatal da atividade. E é sob esse prisma que será feita as próximas análises: o contrato (de concessão) como instrumento regulatório das infraestruturas.

Para analisar a existência de uma regulação contratual das infraestruturas, é necessário delimitá-la entre as outras formas de regulação administrativa. GÓMES-IBANEZ (2006), em um extenso trabalho sobre o assunto, faz um corte, separando a regulação contratual do que ele chama de regulação discricionária (*discretionary regulation*). É a partir dessa ideia que será possível entender as características da regulação exercida pela concessão de serviços.

A diferença entre as duas formas de regulação seria baseada, em um primeiro momento, na flexibilidade regulatória (GÓMES-IBANEZ, 2006, p. 30-31). No contrato, ou melhor, no momento em que se estrutura o contrato, a regulação precisará prever o quadro regulatório de determinada atividade, enquanto que a regulação discricionária teria maior flexibilidade para se adaptar às mudanças econômicas e sociais. Isso, porque a primeira estaria baseada em um contrato firmado entre o regulador e o agente econômico, em uma relação consensual, e a segunda é baseada em uma atuação unilateral pelo regulador, impondo as regras que afetam os agentes econômicos de forma estatutária.

De maneira simplificada, a regulação contratual se daria – no caso das infraestruturas principalmente – através dos contratos de concessão e a regulação discricionária seria exercida pelas agências reguladoras. No entanto, ambas as comparações são imprecisas, já que nas atividades concessionadas há também regulação discricionária e esta regulação, seja no âmbito das infraestruturas, seja em outras atividades, não pressupõe uma agência reguladora para existir.

Assim, apesar das imprecisões, a função operativa desta diferenciação – contrato de concessão e regulação por agência – para o desenvolvimento do trabalho se encontra na tutela do agente econômico que atua (ou pretende atuar) em mercados de infraestrutura – como nos efeitos que a diferença de tutela causa. Independentemente da existência de um contrato prevendo o tratamento regulatório ou de um quadro

regulatório feito por uma agência, sempre poderá ser necessário rever a regulação para adequá-la às contingências, afetando a situação do particular.

Na relação contratual que se forma na concessão, a entidade pública concedente ainda mantém uma supremacia jurídica sobre o concessionário, a “lógica da função”,¹²⁴ ou seja, quando o concessionário identificar que o cumprimento contratual (da forma em que está prevista) não atinge o interesse público, este tem o poder-dever, como explica JUSTEN FILHO (2005, p. 499), de alterar (ou resolver) o contrato.

Não obstante, o concessionário é tutelado das alterações impostas autoritariamente pela Administração a partir da “lógica do contrato” (GONÇALVES, 2003, p. 122), por meio da reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal previsão é feita, no regime da concessão comum, no parágrafo 4º do artigo 9º,¹²⁵ nos casos de alteração unilateral pelo concedente. Aqui, a consequência da modificação unilateral do contrato pela Administração é a reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (GONÇALVES, 2007, p. 41) em favor do concessionário, uma vez que a álea administrativa não é por ele suportada. Esta é uma das formas que poderá ser concretizada a alteração do quadro regulatório previsto no contrato¹²⁶, nos casos em que a necessidade de modificação regulatória se dirige especificadamente à atividade do particular em concreto.

Porém, não é apenas através dos poderes de conformação contratual que a Administração poderá alterar a regulação contratual. Nas hipóteses de fato do príncipe, a Administração, fazendo uso de seus poderes gerais, afeta diretamente o contrato, mesmo sem o ter como objeto. Por ser uma atuação geral e abstrata, a modificação regulatória aqui concretizada visa todos os agentes que atuam no setor (mesmo que, na situação real, exista apenas o monopolista).

A alteração da regulação contratual não se confunde com o exercício de poderes regulatórios conforme o contrato, já que este, além de prever regras regulatórias

¹²⁴ “O facto de ela [a Administração Pública], estar “amarrada” a um contrato não pode paralisar o seu dever constante e permanente de servir o interesse público.” (GONÇALVES, 2003, p. 104).

¹²⁵ Art. 9º, § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

¹²⁶ No entanto, a alteração unilateral do contrato poderá não representar uma alteração regulatória, como é o caso, por exemplo, da prorrogação do prazo do contrato.

concretas – como o modo específico de prestação ou construção da infraestrutura – poderá prever o tratamento regulatório, ou seja, prever o modo pelo qual será exercida a regulação sobre determinados aspectos (política tarifária, atualidade do serviço, fiscalização, etc.). Como defende BAKOVIC, TENENBAUM e WOOLF (2003, p. 16), é uma maneira de limitar a discricionariedade do regulador, diminuindo o risco regulatório para o concessionário, mas garantindo, ainda sim, flexibilidade necessária para adequar as regras ao tempo. Quando ocorre uma atuação do regulador conforme o previsto no contrato, considerar-se-á mantidas as condições do contrato e, portando, mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (artigo 10 da LGC¹²⁷).

Analísado o regime geral das concessões, o foco passará ao regime da Lei das PPPs. Conforme afirmam alguns autores, o regime das PPPs representaria (apenas) uma “blindagem”¹²⁸ dos contratos de concessão já existentes, ou seja, é um regime jurídico que oferece maior proteção ao cocontratante particular e aos financiadores do projeto. E o que justifica esta proteção elevada seria o alto risco que envolve as PPPs. Além de serem, necessariamente, contratos de longa duração e de alto investimento, há o risco acrescido pela (parcial ou total¹²⁹) contraprestação estatal, pelo risco da inadimplência (especialmente no Brasil, considerado um Estado mal pagador).

Há um esforço claro no regime das PPPs em tornar os contratos mais estáveis, através da previsão contratual de tratamentos regulatórios. Enquanto a inclusão de um mecanismo de revisão tarifária é uma possibilidade da concessão comum (art. 9º, §2º)¹³⁰, nas PPPs torna-se regra, cláusula essencial do contrato (art. 5º, IV)¹³¹. Além da atualização valores, é obrigatória a previsão de mecanismos para a preservação da atualidade do serviço (art. 5º, V)¹³²; dos critérios objetivos de avaliação de desempenho

¹²⁷ Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

¹²⁸ Termo empregado por FREITAS (2011, p. 478). Também, no mesmo sentido, MARQUES NETO e SCHIRATO (2011, p. 123). Em sentido contrário, afirmando que as PPPs são novas modalidades contratuais, FALCÃO, *et al.*, (2011, p. 53 e ss.).

¹²⁹ Será parcial nas concessões patrocinadas e, total, nas concessões administrativas.

¹³⁰ Art. 9º § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

¹³¹ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

¹³² Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

do concessionário (art. 5º, VII)¹³³; e a realização de vistorias dos bens reversíveis (art. 5º, X).¹³⁴

Se a estabilidade da regulação contratual é buscada na proteção do equilíbrio econômico-financeiro e no estabelecimento de limites regulatórios, pela previsão de tratamentos regulatórios, a estabilidade da regulação por agência é criada por uma relação de confiança, informal, entre regulador e regulado. Isso, porque através da independência,¹³⁵ ou despolitização, as decisões regulatórias se formariam com um caráter mais técnico. Dessa forma, seria afastado o risco político da regulação, ou seja, o risco da alteração do quadro regulatório fundamentado em decisões políticas.

Sobre a tutela do particular perante uma alteração da regulação discricionária, não existiria uma proteção especial dos agentes, devendo estes suportar as mudanças, havendo compensação por parte do Estado apenas em situações bem específicas.¹³⁶

Ao optar que particulares se encarreguem de alguma (ou todas) as fases do ciclo de vida da infraestrutura, o Estado tem a responsabilidade de garantir, por meio da regulação, a existência e a adequada disponibilização aos utentes de um serviço público ou às empresas que dependem da infraestrutura para o desenvolvimento de suas atividades. E a estratégia regulatória¹³⁷ escolhida pelo Estado é, em grande parte dos casos, a figura do contrato¹³⁸, colocando, de um lado, o ente responsável (pela prestação direta ou regulação da infraestrutura) como contraente público e, do outro lado, o agente econômico que irá atuar no setor, como cocontratante privado.

¹³³ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...)VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

¹³⁴ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

¹³⁵ A falta de independência das agência é apontada como a principal causa da ineficiência de sua regulação, acontecendo principalmente nos países da América Latina, cf. BAKOVIC (2003, p. 13 e ss.).

¹³⁶ Importa ressaltar que a regulação discricionária não é entendida, aqui como “contrato implícito”, sobre o assunto, cf. GONÇALVES (2012, p. 22 e ss.).

¹³⁷ Sobre o contrato como alternativa ou complementação da regulação por agência fazer parte de uma estratégia regulatória do Estado, cf. GONÇALVES (2012, p. 34).

¹³⁸ A realização de concessões para criar e manter infraestruturas não é característica do Estado Regulador. Na verdade, o Estado brasileiro, já no início do século XX, por influência do modelo norte-americano, realizava contratos de concessão com objetivos regulatórios, cf. TÁCITO (1996, p. 12). No mesmo sentido, afirmando que o contrato regulatório “não representa mais do que um novo nome para uma velha realidade”, cf. GONÇALVES (2012, p. 35).

A escolha pela estrutura contratual, pela concessão de serviços públicos, estaria baseada nas já citadas características dos setores, ou seja, o contrato daria melhor conformação jurídica frente às dificuldades regulatórias encontradas na provisão de infraestrutura.

E a concessão sempre teve um papel relevante na dança do pêndulo serviço público e empresa privada (TÁCITO, 1996, p. 11-18). Não dispondo o Estado de condições para investir, esse contrato teve seu germe no final do século XIX, como forma de amortizar e remunerar o capital privado investido nas obras públicas. A despeito de altas e baixas no uso do instituto da concessão no decorrer de crises e conjunturas políticas diversas, hodiernamente, essa forma de parceria entre os interesses públicos com os interesses privados vem sendo exaltada pelo governo.¹³⁹

Tendo elencado algumas características problemáticas das infraestruturas e o diferente modo de ação de dois tipos de regulação, será comparada algumas capacidades ou vantagens do uso da regulação contratual nos setores de infraestrutura.

A questão do monopólio da infraestrutura – que como visto, pode ter várias origens – implica, geralmente, a contratualização da atividade. E isso porque, em situações de monopólio, a existência de apenas um agente econômico, ou de poucos, no caso de oligopólio, facilita a previsão regulatória contratual, pois é uma situação comparativamente menos complexa. Também, para a escolha do agente que irá atuar no setor, a licitação para o contrato é uma forma de trazer a concorrência *para* o mercado (ao invés da concorrência *no* mercado). Além disto, estando a disponibilização controlada por apenas um agente, o regulador deverá criar uma situação de estabilidade, incentivando o agente a investir e evitando os preços monopolísticos.

No entanto, também por haver apenas um agente, a infraestrutura será mais sensível ao interesse público, pois qualquer alteração nas demandas sociais ou econômicas que justifiquem a modificação de determinada infraestrutura – seja ampliação, duplicação, virada tecnológica, etc. – repercutirá no contrato. Portanto, mais

¹³⁹ Destaca-se o pacote de concessões de rodovias e ferrovias, apresentado pela Presidenta no dia 15/08/2012, que pretende realizar a concessão de 10 mil quilômetros de ferrovias e de 7,5 mil quilômetros de rodovias, prevendo um investimento de 133 bilhões de reais. Sobre o programa, cf. <http://blog.planalto.gov.br/programa-de-concessoes-de-ferrovias-e-rodovias-tera-investimento-de-r-133-bilhoes/>.

importante que prever as regras regulatórias (que prescrevem condutas em concreto ao agente), são as regras de tratamento regulatório, ou seja, as regras que regulam o exercício da regulação. Tenta-se, desta forma, atingir um equilíbrio entre a regulação contratual e discricionária (BAKOVIC, 2003, p. 8).

Mais do que a previsão do tratamento regulatório, a estabilidade do contrato poderá ser fortalecida pelo sujeito que irá administrar o contrato. Tentando-se valer da independência das agências, passar a administração dos contratos de concessão para elas pode ser uma alternativa para afastar os riscos políticos durante a execução do contrato. É o que acontece em alguns setores de infraestrutura, como nas concessões de rodovias, em que a Lei 10.033/11, que institui a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), em seu artigo 26, incisos VI e VII,¹⁴⁰ prevê que a elaboração e fiscalização dos contratos de concessão de rodovias será feita pela agência.

Quando, em um dado mercado, existem barreiras de acesso a novos agentes e a Administração Pública pretende fortalecer a concorrência deste mercado, ela deve fazer uso da regulação assimétrica, isto é, deverá regular de modo a permitir o ingresso de novos agentes, favorecendo-os. Aqui, o contrato se revelará imperfeito, uma vez que não será possível prever de antemão se o mercado terá capacidade para comportar novos agentes e de que forma será feita a abertura do monopólio.

Nos casos de compartilhamento de infraestrutura, a concessão também pode apresentar fragilidades, principalmente quando o compartilhamento não era previsto. Em outras palavras, se há compartilhamentos já esperados – como pode ser, por exemplo, o caso da utilização dos postes das empresas de transmissão de energia pelas empresas de telecomunicações – sempre poderá haver novas possibilidades de compartilhamento – pode-se citar o caso da utilização de faixas de domínio das rodovias para os cabos de fibra ótica, tecnologia inexistente no momento em que se realizou a concessão.

¹⁴⁰ Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: (...)

VI – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros;

VII – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infra-estrutura.

Por tudo quanto foi dito, a regulação de infraestrutura por meio de contrato aparenta ser a melhor alternativa, mesmo que ainda existam certas fragilidades, principalmente nas hipóteses não previstas no contrato. Para mitigar tais fragilidades decorrentes da incompletude contratual, recomendar-se-ia um sistema regulatório, que envolva o contrato e, de modo previamente estipulado, a regulação discricionária. Assim, busca-se aperfeiçoar a regulação da infraestrutura, ao criar uma estabilidade no setor, pelo incremento da tutela do particular pelo contrato, mas permitindo, também, uma flexibilidade necessária para adequar o serviço ao tempo.

4.3 A concessão de uso e a infraestrutura

Nem sempre a concessão de serviços irá envolver a construção da infraestrutura, haverá casos em que já existe o bem público, sendo a concessão o instrumento para transferir a gestão do serviço a partir desse bem. Em tal caso, conjuntamente à concessão de serviços será realizada a concessão de uso (do bem público de suporte). Apesar da diferença entre os objetos do contrato – um concede a execução de um serviço de titularidade pública e o outro concede o direito a um uso privativo de bem público – geralmente o contrato de concessão de serviços absorve a concessão de uso, coexistindo no mesmo instrumento contratual.

Isso não tira a importância da concessão de uso para o desenvolvimento das infraestruturas. Em primeiro lugar, a concessão de uso realizada em favor do particular concessionário poderá, posteriormente, ser subconcedida, como permite o art. 26 da LGC.¹⁴¹ Ao ser possível subconceder parcialmente a concessão de uso, o concessionário poderá explorar de maneira eficiente o bem público. Exemplo disso é a concessão de partes de um terminal rodoviário para a instalação de lanchonetes e lojas, ou mesmo a concessão de espaços para a publicidade. Importa dizer que a concessão de uso de partes do bem público significará receitas alternativas que irão integrar a equação econômico-financeira do contrato.

Mas a utilização da concessão de uso vai além da possibilidade de integrar estrutura remuneratória do contrato de concessão de serviços. Nas infraestruturas

¹⁴¹ Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. § 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência. § 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

geridas diretamente pelos entes públicos também poderão ser exploradas parcialmente por tais concessões, podendo, ou não, terem finalidades fiscais.

Como nem toda infraestrutura corresponde a um serviço público, quando a Administração tiver interesse em fomentar uma atividade de interesse público, é possível a concessão de uso de bem para a sua gestão e disponibilização do serviço. É o caso de um museu, cuja administração é concedida a particulares, que deverão investir na manutenção das atividades e se remunerar pela cobrança dos usuários.

De forma que, mesmo não se confundindo com a concessão de serviços, ora a concessão de uso integra a outra concessão, para delegar o direito privativo de uso de uma infraestrutura pré-existente, ora é utilizada pelo concessionário como receita alternativa, ou ora é utilizada autonomamente pela poder público para explorar partes ou o todo de um bem público, afetado ou não.

5 Conclusões

A concessão, seja ela de serviços público, seja ela de uso de bem público, está intimamente ligada à ideia de infraestrutura. Elas figuram como suporte de serviços públicos (de titularidade estatal), de serviços públicos sociais (de titularidade compartilhada com a iniciativa privada) ou mesmo suporte de utilidades públicas.

Nos dois primeiros casos, a concessão de serviços é o instrumento hábil a transferir ao particular a execução do serviço. A depender do caso concreto, o particular deverá construir a infraestrutura necessária à disponibilização do serviço ou, por meio de uma concessão de uso de bem público, utilizar-se de uma estrutura pré-existente.

A forma como o concessionário irá se remunerar pela execução do serviço irá variar de acordo com a espécie de concessão e com a modelagem contratual dada pelo concedente. Poderão remunerar a concessão os próprios usuários, por meio da tarifa (casos em que a concessão será comum ou patrocinada); o poder concedente (por meio de subsídios, na concessão comum, ou por meio de contraprestação pública, nas concessões patrocinadas e administrativas); ou pelos consumidores de serviços que constituem receitas alternativas à concessão (possível nas três modalidades).

Quando a Administração Pública busca os particulares para atuarem no setor, é necessário que a regulação da atividade crie um equilíbrio entre três interesses; o interesse da empresa privada, de auferir lucro; o interesse dos usuários, sejam eles agentes econômicos ou pessoas frente a um serviço público, de receber um serviço de qualidade a um preço razoável; e o interesse do Estado Garantia, que é o de compatibilizar com os dois últimos, mas, também, os diversos interesses públicos (meio ambiente, segurança, etc.).

A regulação contratual enfrenta, portanto, uma tarefa hercúlea de equilibrar os interesses em uma atividade que, como vimos, é dotada quase sempre de alta complexidade. Assim, a incompletude dos contratos regulatórios é um problema que põe em jogo todas as vantagens que a concessão poderia trazer, já que a renegociação de contratos é sempre ariscada ao regulador.

Portanto, se a figura contratual, nomeadamente o contrato de concessão de serviços públicos, permite atrair os investimentos necessários nas infraestruturas, pela maior tutela do cocontratante e, conseqüentemente, maior garantia de estabilidade ao

investidor e financiador, ela deve ser estruturada de forma a permitir, de maneira segura a ambas as partes, a flexibilidade.

A partir da previsão do tratamento regulatório, a limitar, assim, a discricionariedade regulatória, o Estado poderá equilibrar o quadro regulatório sem afetar muito a estabilidade necessária. Além disso, a administração do contrato, ou a regulação de sua fiscalização pode ficar a cargo à agência reguladora, afastando, ou tentando afastar, o risco político na execução do contrato administrativo, gerando contratos regulatórios mais eficientes.

Também mostrou-se relevante, para o desenvolvimento da infraestrutura urbana, a utilização da concessão de uso de bem público, não só coligada a uma concessão de serviços, mas nas hipóteses de subconcessão e de aproveitamento eficiente de bens públicos, permitindo a disponibilização de utilidades públicas ou mesmo na busca por objetivos fiscais.

6 Bibliografia

ALVARENGA, Gustavo Siqueira. *Estudo do impacto do pedágio no aumento do tempo de viagem, no consumo de combustível e na emissão de poluentes*. 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Mecânica) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as concessões administrativas, in MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard; WOOLF, Fiona. *Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution?* WASHINGTON: The World Bank, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro, in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009a.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009b.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2011b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ENEI, José Virgílio Lopes; FREIRE, André Luiz. Concessão comum subsidiada e PPPs. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan/jun 2012, p.135-143.

FALCÃO, Joaquim; *et al.* *Novas Parcerias entre os setores público e privado*, v. 1. Rio de Janeiro, FGV, 2011.

FERREIRA, Luis Tarcísio Teixeira. *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica, in: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

FRÓES, Fernando. Infraestrutura pública: conceitos, importância e a intervenção governamental, in: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

GASIOLA, Gustavo Gil. O instituto do fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos, *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*, v. 1, n. 1, 2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GÓMES-IBANEZ, José A. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

GONÇALVES, Pedro. A relação jurídica fundada em contrato administrativo, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 64, 2007.

GONÇALVES, Pedro. *Contratos administrativos, uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *Regulação administrativa e contrato*. 2012, Disponível em: http://www.fd.uc.pt/~pgon/PDF/regulacao_administrativa_contrato.pdf.

GONÇALVES, Pedro. *Regulação, eletricidade e telecomunicações*. Coimbra: Coimbra, 2008.

GONÇALVES, Pedro. Relação jurídica fundada em contrato administrativo. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*, n. 21, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais, in: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 368-405.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviço público no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan/mar 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?vw=S&pdiCntd=52603> Acesso em: 20 de Agosto de 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão administrativa: um novo modelo para os contratos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul/set 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?vw=S&pdiCntd=69229> Acesso em: 20 de Agosto de 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O custeio do serviço público: a concessão patrocinada como via à implementação de tarifas sociais. *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan. 2009. Disponível em:

<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?vw=S&pdiCntd=56977> Acesso em: 20 de Agosto de 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan/mar 2003a. Disponível em:

<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?vw=S&pdiCntd=12713> Acesso em: 23 de Agosto de 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003b.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elviesier, 2007.

LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em rede: regulação para a concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009.

LOUREIRO, Caio de Souza. Procedimento de manifestação de interesse (PMI): avanços e necessidades. *Portal Migalhas*, 30 de Janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148799,61044->

Procedimento+de+manifestacao+de+interesse+PMI+avancos+e+necessidades

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. (Tese de Titularidade) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental, in: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 276-235.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein. As formas de pagamento da contraprestação pública, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. São Paulo: Fórum, 2007.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade, in: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012a.

MARRARA, Thiago. Regulação local de infra-estruturas e direitos urbanos fundamentais. *Revista Jurídica Virtual*. Presidência da República, v. 8, p. 1-15, 2007.

MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan/jun 2012b, p.59-94.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. PPP – execução dos contratos: aspectos gerais, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas in: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-Privadas*, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 433-486.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, Egon. Riscos, incertezas e concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte*, ano 5, n. 20, out/dez 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?vw=S&pdiCntd=49831> Acesso em: 23 de Agosto de 2011.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias público-privadas: perspectivas constitucionais*. Fórum, 2008.

PÊGO FILHO, Bolívar; CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo; PEREIRA, Francisco. *Investimento e financiamento da infra-estrutura no Brasil: 1990/2002*. Brasília: IPEA, 1999.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Parcerias público-privadas. Antigas e novas modalidades contratuais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte*, ano 4, n. 13, jan/mar 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?vw=S&pdiCntd=34592> Acesso em: 20 de Agosto de 2011.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006.

POSNER, Richard. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999.

PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos, in GARCIA, Maria (coord.). *Estudos sobre a Lei de Licitação e Contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

SCHIRATO, Victor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Danilo Tavares da. Licitação na Lei nº 11.079/04, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Pedro. Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde. Coimbra: Almedina, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas, in: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-Privadas*, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15-44.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, abr/mai/jun 1996, p. 13-18.

VALIM, Rafael. Notas sobre o financiamento e a remuneração de concessões comuns e de parcerias público-privadas. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan/jun 2012, p. 121-134.

WALD, A. A luta contra o déficit da infra-estrutura e a concessão de obra como instrumento de modernização da economia brasileira. *Revista de Direito Público*, n. 98, ano 24, 1991.

YESCOMBE, E. R. *Public-private Partnerships – Principles of policy and finance*. Oxford: Elsevier, 2007.