

Rafael Wallbach Schwind

REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO

Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas

Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Prefácio



592

Fórum

O tema deste livro é a remuneração do concessionário, questão central no estudo das concessões comuns e parcerias público-privadas. O assunto, que sempre foi de grande interesse teórico e prático, tornou-se ainda mais complexo nos últimos anos, com a prestação de serviços públicos em regime de concorrência, com a utilização da técnica concessória para o desenvolvimento de atividades diversas e com a exploração econômica intensiva de todas as potencialidades do serviço concedido. Essa diversidade de questões justificava a elaboração de um estudo que sistematizasse o tema da remuneração do concessionário à luz da Lei das Concessões, da Lei das Parcerias Público-Privadas e das leis que regulam setores específicos. Aspectos relacionados à cobrança de tarifas, à flexibilidade tarifária, à remuneração do concessionário pelo Poder Público e à obtenção de receitas marginais são tratados em profundidade, inclusive com um enfoque econômico. O autor propõe a revisão de certas concepções e o exame das diversas formas de remuneração dentro da ótica do direito das parcerias.

ISBN 978-85-7700-393-8



9 788577 003938

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
André Ramos Tavares	Gustavo Justino de Oliveira
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	José Nilo de Castro
Carlos Pinto Coelho Motta	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcia Valle Figueiredo (<i>in memoriam</i>)
Clovis Beznos	Luciano Ferraz
Cristiana Fortini	Lúcio Delfino
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Márcio Cammarosano
Egon Bockmann Moreira	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
Flávio Henrique Unes Pereira	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Cida Ribeiro

Ficha catalográfica: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Projeto gráfico: Walter Santos

Capa: Derval Braga

Formatação: Juliana Vaz

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

S398d Schwind, Rafael Wallbach

Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas / Rafael Wallbach Schwind; prefácio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

327 p.

ISBN 978-85-7700-393-8

1. Direito administrativo. 2. Direito econômico. I. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. II. Título.

CDD: 341.3

CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 327 p. ISBN 978-85-7700-393-8.

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A REMUNERAÇÃO DO DELEGATÁRIO

Sumário: 1 A revisão da conceituação clássica da concessão e sua influência no estudo da remuneração do concessionário – 1.1 O surgimento de um “conceito clássico” de concessão – 1.2 A “crise” da conceituação clássica de concessão – 1.3 A reavaliação do conceito no que se refere à remuneração do concessionário – 1.3.1 A ampliação das atividades sujeitas à técnica concessória – 1.3.2 A variabilidade dos modos de remuneração do concessionário – 1.3.3 O reconhecimento de espaços de liberdade na fixação da remuneração do concessionário e sua submissão à regulação econômica – 1.4 Síntese – 2 Fixação de algumas linhas mestras de análise do tema – 2.1 A questão da exploração empresarial de atividades voltadas a necessidades essenciais – 2.2 A relação com a boa-fé e a segurança jurídica – 2.3 Definição política acerca da alocação dos custos – 2.4 A identificação da remuneração como campo fértil para o desenvolvimento de soluções inovadoras – 3 Conclusões parciais

1 A revisão da conceituação clássica da concessão e sua influência no estudo da remuneração do concessionário

1.1 O surgimento de um “conceito clássico” de concessão

1 Embora tenham existido concessões há vários séculos,¹¹ não só por questões ideológicas relacionadas ao liberalismo econômico,¹² mas também como um expediente de natureza financeira para a instalação de infraestruturas à custa de financiamentos privados,¹³ a compreensão da concessão como contrato dotado de um regime jurídico distinto dos demais é historicamente recente.

¹¹ Segundo Pedro Gonçalves, baseado em Jean Dufau, foi por meio de concessões (de obras e de serviços públicos) que, a partir do século XVI, foram construídos canais de navegação, aquedutos, pontes e passagens de água (*A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 101).

¹² Segundo Hauriou, citado por Themistocles Brandão Cavalcanti, “toda a gente reputava os concessionários pessoas a quem as administrações deviam os mais assinalados serviços por haverem afoitado a tentar as contingências de empresas a que elas não eram capazes de arriscar-se” (*Tratado de direito administrativo*, v. I. 3, ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 327). Ou seja, recorria-se ao particular “como a um indivíduo que tudo arriscava para a execução de uma obra”, observando-se que “sendo absolutamente novo o serviço que ia organizar-se, eram desconhecidas ainda as exigências com que se asseguraria uma boa exploração” (*op. cit.*, p. 327).

¹³ GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 103. Acerca do assunto, Odete Medauar ressalta que uma das justificativas para a retomada do instituto da concessão no final do século XX foi justamente a necessidade de “execução de serviços públicos sem ônus financeiro para a Administração” (*O direito administrativo em evolução*, 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 218). Trata-se da incapacidade de financiamento exclusivamente estatal. Segundo Magalhães Collaço, o Estado, identificado com a figura da “nobreza sem fortuna”, não tinha condições de assumir como “sua” a tarefa de construir e operar empresas de tão grande vulto (*apud* GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 103).

Foi a partir do julgamento do caso *Gaz de Bordeaux*,¹⁴ de 1916, que o Conselho de Estado francês desenvolveu um “conceito clássico”, por assim dizer, de concessão de serviço público, baseado na identificação casuística das suas características, o qual se espalhou perante outros ordenamentos influenciados pelo direito administrativo francês.¹⁵

O objetivo do Conselho de Estado era, naquela fase, identificar determinado contrato como de concessão ou não, por meio da constatação de seus traços essenciais — o que teria influência no seu regime jurídico.

2 Nesse contexto, foi forjado um “conceito clássico” de concessão, que pode ser enunciado da seguinte forma: “A concessão é um modo de gestão resultante de um ato denominado de ‘contrato de concessão’, pelo qual uma pessoa administrativa (o concedente) encarrega outra pessoa, física ou jurídica, privada ou por vezes pública (o concessionário), de gerir e de fazer funcionar por sua conta e risco um serviço público, mediante diversas vantagens, notadamente o recebimento de taxas dos usuários”.¹⁶

Portanto, a concessão de serviço público é tradicionalmente concebida como um arranjo que tem como duas de suas características essenciais (pertinentes ao presente estudo) as seguintes: (i) exploração do serviço por conta e risco do concessionário e (ii) remuneração proveniente das tarifas pagas pelos usuários.¹⁷

1.2 A “crise” da conceituação clássica de concessão

3 Entretanto, essa definição clássica das concessões tem sido gradativamente alterada, por conta de ao menos dois fatores. Primeiro, como resultado do aclaramento das imprecisões que o conceito original continha.¹⁸ Depois, como consequência do aperfeiçoamento dos modos de delegação da prestação de serviços de utilidade pública, ocorrido para atender às crescentes demandas socioeconômicas.

Diante desses fatores, hoje não é mais possível aludir “à” concessão de serviços públicos, como se houvesse um conceito único e padronizado para o instituto. Atualmente, a “concessão” pode ser referida como um gênero que

¹⁴ Confira-se em: LONG, Martine; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris: Sirey, 1956, p. 114-120.

¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 58.

¹⁶ AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert. *grands services publics et entreprises nationales*. Paris: PUF, 1969, p. 195. No original: “La concession est un mode de gestion résultant d’un acte, appelé ‘contrat de concession’, par lequel une personne administrative (le concédant) charge une autre personne, physique ou morale, privée ou parfois publique (le concessionnaire), de gérer et de faire fonctionner à ses frais et risques un service public, moyennant divers avantages, et notamment la perception de redevances sur les usagers”. Pedro Gonçalves, baseado na doutrina francesa, assim enuncia o conceito clássico de concessão: “convenção pela qual uma pessoa colectiva de direito público (o concedente) encarregava uma pessoa privada (concessionário) de instalar uma empresa de serviço público e, posteriormente, de a fazer funcionar, explorando o serviço público por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas aos utentes” (*A concessão...*, p. 104).

¹⁷ A prestação “por conta e risco” do concessionário integra até mesmo o conceito legal de “concessão de serviço público” no direito brasileiro (Lei nº 8.987/95, artigo 2º, inciso II). Para uma crítica ao conceito legal, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 74-75; JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 99-106.

¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco...*, p. 61.

comp
que s

não é
de u
“cris

Toda
deter
cláss

1.3

espe
da n

1.3

de q
ser r
limit
àque
natur

ção e
come
ção.²¹
e ind
teríst

¹⁹ JUST
indica
não é
97). E
“aind
97). C
conce

²⁰ GON

²¹ Segui
não é,
na ép
vez q
sioná
que a
conce

²² BRAC

comporta diversas espécies, com uma pluralidade de configurações, uma vez que são várias as necessidades públicas a serem atendidas.¹⁹

4 Na realidade, essa constante revisão da compreensão acerca das concessões não é recente. Ao menos desde os anos 40 do século XX, apontava-se a existência de uma “crise da concessão” — ou o que os mais prudentes denominavam de “crise da definição clássica de concessão”.²⁰

Assim, não se pode apontar um conceito único e atemporal de concessão. Toda conceituação é em parte o resultado da observação de um objeto em determinada época.²¹ O fato é que praticamente todos os aspectos da “definição clássica” de concessão foram revistos nas últimas décadas.

1.3 A reavaliação do conceito no que se refere à remuneração do concessionário

5 No que se refere à remuneração do concessionário, que é o objeto específico do presente estudo, é importante destacar três pontos de reavaliação da noção clássica de concessão.

1.3.1 A ampliação das atividades sujeitas à técnica concessória

6 Conforme exposto, a definição clássica de concessão compreendia a ideia de que as concessões tinham por objeto a prestação de serviços que pudessem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas junto aos utentes. Com isso, limitava-se a natureza das atividades passíveis de se sujeitar à técnica concessória àquelas que poderiam ser exploradas economicamente, em razão de apresentarem *natureza industrial ou comercial*, bem como aos chamados *serviços uti singuli*.

6.1 A doutrina francesa se preocupa mais do que a brasileira com a distinção entre, de um lado, serviços administrativos e, de outro, serviços industriais e comerciais. Aponta-se que prevalecem os três critérios jurisprudenciais de distinção.²² O primeiro deles é o *objeto do serviço*, que, no caso dos serviços comerciais e industriais, envolve atividades de compra e venda e outras operações características de empresas privadas. O segundo é o *modo de financiamento do serviço*,

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas...*, p. 96. Segundo o doutrinador: “Talvez se pudesse afirmar que a expressão indica um gênero, que contempla inúmeras espécies. A tentativa de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente negativos” (*op. cit.*, p. 96-97). E prossegue criticando a postura de “simplificação” dos institutos e sua inserção em categorias lógico-abstratas, “ainda que tal se faça às custas de ignorar a realidade ou desconstituir a complexidade do mundo real” (*op. cit.*, p. 97). O doutrinador trata da hoje denominada concessão comum, mas a afirmação se aplica de modo geral a todas as concessões.

²⁰ GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 105.

²¹ Segundo Pedro Gonçalves: “A definição de concessão de serviços públicos acolhida nas obras de Jèze ou de Zanobini não é, portanto, a definição de concessão de serviços públicos, mas, mais simplesmente, a representação da concessão na época: uma vez que não havia concessão a entes públicos, dizia-se que a concessão é feita a pessoas privadas; uma vez que o concessionário assumia o risco inerente à exploração do serviço, dizia-se que a *álea financeira* do concessionário é própria das concessões, etc. Tudo isso era rigoroso para as concessões clássicas. Do que aqui se duvida é de que a doutrina tenha razão quando sugere que a definição clássica conjugava os elementos essenciais do conceito de concessão de serviços públicos, que depois terão sido deturpados ou transformados” (*A concessão...*, p. 108).

²² BRACCONIER, Stéphane. *Droit des services publics*. 2. ed. Paris: PUF, 2007, p. 209-217.

que não se relaciona com o orçamento público, e sim com a obtenção de receitas junto aos usuários, por meio da cobrança de tarifas. O terceiro é o das *modalidades de organização e de funcionamento*, que corresponde à ideia de que, nos serviços comerciais e industriais, o prestador é dotado dos instrumentos necessários para atuar no mercado, como se fosse uma empresa privada.

No Brasil, não existe uma preocupação muito grande com a distinção entre serviços administrativos e serviços industriais e comerciais. Entretanto, há quem trate da matéria. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, adota o entendimento de Hely Lopes Meirelles, para quem os serviços administrativos são aqueles que a Administração “executa para atender às suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público”.²³

Já os serviços industriais e comerciais, segundo a doutrinadora, são aqueles que a Administração “executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica”.²⁴ Não se trata de atividades econômicas prestadas em caráter suplementar da iniciativa privada (às quais se aplica o artigo 173 da Constituição Federal), nem de atividades econômicas assumidas pelo Estado em caráter de monopólio (nos termos dos artigos 176 e 177 da Constituição Federal), e sim de atividades assumidas pelo Estado como serviços públicos, que o artigo 175 da Constituição Federal determina que sejam prestados diretamente ou por meio de concessão ou permissão.

6.2 A distinção entre serviços *uti singuli* e *uti universi*, por outro lado, é tratada com maior frequência pela doutrina brasileira.

Os serviços *uti singuli*, ou divisíveis, são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. Já os serviços *uti universi* são prestados à coletividade, sendo que sua fruição pelos usuários se dá apenas de forma indireta.²⁵

Em muitos casos, os serviços *uti singuli* se enquadram no conceito de serviços comerciais e industriais — tal como ocorre com os serviços de energia elétrica, gás e transportes. Entretanto, essa relação não é necessária. Há serviços *uti singuli* que não se confundem com serviços industriais e comerciais. É o caso dos serviços de ensino, saúde, assistência e previdência social.

7 Como o conceito clássico de concessão afirmava que a remuneração do concessionário seria obtida mediante a cobrança de tarifas dos usuários, parecia que somente os serviços industriais e comerciais, bem como os serviços *uti singuli*, seriam passíveis de exploração mediante a utilização da técnica concessória. Serviços administrativos, pelo fato de não serem prestados ao público, não poderiam envolver essa forma de financiamento. A mesma impossibilidade atingiria os serviços *uti universi*, que não poderiam envolver a cobrança de tarifas justamente por não serem passíveis de fruição propriamente individual.

Entretanto, essas concepções restaram ultrapassadas.

Por um lado, são conhecidos, com grande experiência inclusive no direito francês, diversos casos de delegações de serviços nas áreas hospitalar, cultural, de

²³ *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

²⁴ *Direito...*, p. 110.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 111-112.

edu
ser
cor

na
cor
pre
de
dei

das
a d
púl
des
per
res

san
div
arc
de

não

²⁶ PEJ

²⁷ GC

²⁸ Est

sen

²⁹ A c

con

³⁰ Lei

Sist

arti

ser

pes

(cre

educação infantil e de conservação de bens públicos.²⁶ Ou seja, a concessão pode ser um veículo de prestação de determinadas atividades que não se confundem com os chamados serviços comerciais e industriais.

Por outro lado, há uma série de concessões de serviços que não se enquadram na categoria de serviços *uti singuli*, seja por envolverem serviços "sem utentes",²⁷ como no caso da radiodifusão, seja por meio da utilização da concessão para a prestação de serviços aos próprios entes públicos, que devem exigir a prestação de um serviço que beneficia de modo indistinto toda a coletividade, e não apenas determinado conjunto de cidadãos individualmente considerados.

Nesse sentido, segundo Diogo Freitas do Amaral e Lino Torgal:

[E]m oposição ao entendimento tradicional, não é mais verdade que *apenas* sejam susceptíveis de exploração no regime económico de *empresa privada* os serviços públicos 'que se resolvem em prestações a fazer aos indivíduos *uti singuli* mediante o pagamento de taxas calculadas sobre a base da formação normal dos preços no respectivo mercado (...)', quer dizer, serviços públicos *económicos* (ou *industriais* ou *comerciais*, na terminologia francesa) de *prestação individual*.

Efectivamente, conhecem-se, hoje, nas nossas legislação e dogmática administrativas, por um lado, concessões de serviços públicos em que a Administração é a própria utente do serviço. (...) Por outro lado, conhecem-se também inúmeras concessões de serviços públicos *administrativos* (de prestação individual).²⁸

No mesmo sentido, Fernanda Maçãs destaca que "a evolução e sofisticação das técnicas de colaboração entre sector público e privado contribuíram para a diluição das fronteiras entre o modelo tradicional de concessão de serviços públicos e outras formas contratuais vizinhas, constituindo, hoje, um verdadeiro desafio para os quadros dogmáticos, quer a determinação dos critérios que permitam distingui-la de outros contratos próximos, quer a definição do respectivo regime jurídico, sobretudo na fase pré-contratual".²⁹

8 No Brasil, diversas leis municipais, com grande ênfase no setor de saneamento, por exemplo, admitem há vários anos a delegação de serviços não divisíveis, ou até mesmo divisíveis, mas nos quais a remuneração do delegatário é arcada pelo poder concedente. É o que ocorre, por exemplo, com a lei do Município de São Paulo que trata da concessão dos serviços de limpeza urbana.³⁰

Essa possibilidade de delegação à iniciativa privada de atividades que não envolvem cobrança de tarifas, por meio da utilização do mecanismo de

²⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco...*, p. 66.

²⁷ GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 106.

²⁸ *Estudos sobre concessões e outros actos da administração (pareceres)*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 473-474. No mesmo sentido: GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 106 e 107.

²⁹ A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública - I*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 379-380.

³⁰ Lei Municipal nº 13.478, de 30 de dezembro de 2002. O artigo 8º, inciso III, dessa lei, estabelece que é usuária do Sistema de Limpeza Urbana "a Prefeitura Municipal de São Paulo, representando a coletividade ou parte dela". O artigo 10 considera operadores do Sistema de Limpeza Urbana "toda pessoa jurídica que explore economicamente os serviços de limpeza urbana ou quaisquer das atividades que lhes são inerentes", sendo que o §2º esclarece que tais pessoas jurídicas podem ser concessionários, permissionários, autorizatários ou credenciados. Apenas estes últimos (credenciados) desempenham atividades no regime de empreitada regido pela Lei nº 8.666/93.

financiamento típico da concessão, foi reforçada com a edição da lei das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004).³¹

Por essa lei, reforçou-se, por um lado, a possibilidade de concessão de atividades que seriam, em tese, passíveis de concessão mesmo antes da lei, mas que, por não serem rentáveis o suficiente (por razões tanto técnicas quanto sociais), não seriam concedidas à iniciativa privada. Trata-se da figura da concessão patrocinada.

Além disso, a Lei nº 11.079/2004 permitiu a aplicação da lógica de financiamento da concessão a determinadas atividades que não se confundem com serviços públicos industriais ou comerciais, e que, muitas vezes, nem mesmo são passíveis de fruição individualizada. Trata-se da concessão administrativa, em que a Administração é a usuária direta ou indireta de um serviço prestado pelo concessionário, mediante uma lógica de financiamento caracterizada pela aplicação de recursos privados do delegatário ou obtidos junto a financiadores para a constituição de uma infraestrutura — sendo que o concessionário receberá uma remuneração proveniente do parceiro público somente depois da disponibilização do serviço.

Portanto, a técnica concessória se espalhou por diversas atividades que não se restringem aos serviços públicos *uti singuli* ou industriais e comerciais. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld ressalta que a opção por denominar as parcerias público-privadas como concessões não foi apenas terminológica. Segundo o doutrinador: “O que se quis foi empregar em novos objetos a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões. Por isso, os contratos de PPP foram submetidos a essa lei (cf. art. 3º da Lei das PPPs)”.³²

9 Note-se que essa ampliação do objeto das delegações deu-se de modo diverso nos vários países.

Na França, por exemplo, há diversas roupagens para a delegação da gestão de serviços públicos, caracterizadas por “contratos vizinhos” à concessão, os quais não se enquadram propriamente no conceito de concessão pelo fato de o contratado receber sua remuneração diretamente da Administração. É o caso das figuras da *affermage*, *régie intéressée*, *gérance*, *marché d'entreprise de travaux publics* e *bail emphytéotique*, que constituem modalidades contratuais desenvolvidas ao lado da concessão, em virtude da constatação de que a atribuição de todos os riscos ao particular acabava inviabilizando a sua prestação em regime de delegação.³³

Assim, no direito francês, a concessão de serviços públicos propriamente dita passou a ser enfocada como uma modalidade de delegação que excluía a garantia de rentabilidade mínima ou de subvenções por parte do poder concedente.³⁴ Mas

³¹ O contexto de edição da Lei nº 11.079/2004 será tratado com maior detalhamento no Capítulo IV.

³² Guia..., p. 33.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas..., p. 118-119. O doutrinador faz uma análise mais aprofundada do direito francês, bem como de outros países e do direito comunitário europeu (*op. cit.*, p. 114-128). Para os fins do presente estudo, apenas a referência exemplificativa ao direito francês já basta para ilustrar o fato de que o objeto das delegações vem envolvendo atividades que antes não se entendia serem passíveis desse tipo de arranjo contratual.

³⁴ Conforme destaca Jean-Claude Douence, a remuneração do concessionário pelos usuários é o critério utilizado pelo Conselho de Estado francês para distinguir “*marché*” e concessão (*Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération. Revue Française de Droit Administratif*, ano 15, n. 6, 1999, p. 1136). Acerca da distinção entre a concessão de serviço público e outras figuras afins no direito francês, confira-se também: RICHER, Laurent. *Droits des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 354 e ss.; DELAIRE, Yves. *La délégation des services publics locaux*. 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 2006, p. 105 e ss.

isso nã
ativida
que po

conces
gênerc
missão
contra
tais ar
Brasil,
ativida
serviço

I
último:
mico-c
de serv
possibi
aos ser
confirn
um me
serviço
públic

1
de obje
concessi
serviço
com o
do pres

1.3.2 A

1
concess

³⁵ É o que a
de conver
déléguee
affermage
largement
tirés de l'i
stéréotype

³⁶ Reitere-se
em regime
expressões
serão utili
público, n
necessária

³⁷ SUNDFEL
refere, de
empresa e
estatal de

isso não contraria o que foi exposto acima. Afinal, o que importa é que outras atividades também podem ser objeto de delegação à iniciativa privada, ainda que por meio de “contratos vizinhos” à concessão propriamente dita.

Ou seja, o fato de o direito francês ter criado figuras jurídicas semelhantes à concessão demonstra que a compreensão clássica do objeto das delegações (como gênero) tornou-se muito restrita e, por conseguinte, incapaz de enfrentar as atuais missões da Administração Pública. Em certos países, como na França, criaram-se contratos vizinhos à concessão, sendo que, hoje, até mesmo a classificação de tais arranjos é considerada obsoleta por alguns.³⁵ Em outros países, como no Brasil, a própria concessão acabou abrangendo diversos arranjos e abrangendo atividades de distintas naturezas, que não necessariamente se confundem com serviços industriais e comerciais ou com serviços *uti singuli*.

Isso significa que houve uma *valorização da técnica concessória* ao longo dos últimos anos. Percebeu-se que era necessário permitir a aplicação da lógica econômico-contratual da concessão “tradicional” a outros objetos que não a exploração de serviços públicos econômicos ou serviços *uti singuli*.³⁶ De modo geral, essa possibilidade já era admitida pela legislação pátria (ao menos no que se refere aos serviços *uti universi*, com especial ênfase no setor de limpeza urbana), e foi confirmada com a figura da concessão administrativa, que nada mais é do que um mecanismo destinado a aplicar o modo de exploração típico das concessões a serviços administrativos em geral e a partes destacadas de determinados serviços públicos econômicos.³⁷

10 No que interessa ao presente estudo, cumpre observar que a variedade de objetos das concessões *resultou em uma pluralidade de formas de remuneração do concessionário*, bastante diversas da simples cobrança de tarifas dos usuários do serviço. Afinal, a forma de remuneração do concessionário deve ser compatível com o objeto da delegação, sendo muitas vezes impossível que a remuneração do prestador ocorra, ao menos exclusivamente, pela cobrança de tarifas.

1.3.2 A variabilidade dos modos de remuneração do concessionário

11 Outro tema que foi objeto de reavaliação na conceituação clássica de concessão diz respeito às formas de remuneração do concessionário. Trata-se, na

³⁵ É o que aponta Stéphane Bracconier. Segundo o doutrinador: “La présentation traditionnelle des grandes catégories de conventions de délégation de service public est devenue, au fil du temps, largement inconsistante. Si la gestion déléguée des services publics continue, en pratique, à s’inscrire dans des formes contractuelles connues, concession, affermage, gérance et régie intéressée notamment, force est d’admettre que ces distinctions sont, aujourd’hui, largement obsolètes. (...) Le partenariat entre le secteur public et le secteur privé se développe autour de concepts tirés de l’ingénierie financière, qui remettent en cause les cadres préétablis. Il n’existe plus, aujourd’hui, de contrats stéréotypés” (*Droit...*, p. 500-501).

³⁶ Reitere-se o que foi advertido na introdução deste estudo. Devido à pluralidade de objetos que podem ser prestados em regime de concessão, não se utilizará necessariamente a expressão “serviço público” ao longo da exposição. Outras expressões (como “serviços de interesse coletivo”, “serviços dotados de forte coeficiente social” ou apenas “serviços”) serão utilizadas indistintamente. Não se trata de nenhum posicionamento do autor acerca da conceituação de serviço público, mas apenas uma forma de exposição, considerando-se que as delegações em geral não abrangem apenas e necessariamente “serviços públicos”.

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias...*, p. 21-22. Como “parte” de um serviço público econômico, o doutrinador se refere, de forma exemplificativa, (i) à implantação e gestão de uma estação de tratamento de esgotos para uma empresa estatal de saneamento básico, bem como (ii) ao sistema de arrecadação automatizada para uma empresa estatal de transportes coletivos (*op. cit.*, p. 22).

realidade, como já ficou claro, de questão em parte relacionada com a própria extensão da aplicação da técnica concessória a atividades diversas dos serviços industriais e comerciais e dos serviços *uti singuli*, uma vez que a diversidade de atividades resulta em uma pluralidade de meios de remuneração.

12 Segundo o conceito clássico de concessão, a remuneração do prestador ocorreria por meio da cobrança de tarifas dos usuários. Entretanto, essa concepção evoluiu ao menos em três frentes diversas.

12.1 Em primeiro lugar, passou-se a admitir que o concessionário seja remunerado por meio de recursos provenientes da exploração de todas as potencialidades do serviço, as quais não se restringem à cobrança de tarifas dos usuários.

Conforme destaca Marçal Justen Filho, uma das mais significativas inovações na exploração de serviços públicos diz respeito justamente à apropriação de ganhos econômicos derivados de oportunidades acessórias ou secundárias.³⁸ Trata-se aqui de derivação direta do postulado da eficiência, que propugna a exploração dos empreendimentos por todos os seus ângulos possíveis e economicamente relevantes, como forma de melhorar a qualidade do serviço e reduzir a necessidade de outras fontes de recursos.

A preocupação com a exploração de todas as potencialidades relacionadas com o serviço concedido pode ocorrer de diversas formas. Gaspar Ariño Ortiz qualifica como uma das “liberdades” das empresas gestoras de serviços prestados em regime concorrencial a “libertad para extender sus actividades a nuevas áreas o sectores conexos (diversificación empresarial)”.³⁹

Logicamente, deve ser agregada a essa afirmação do doutrinador espanhol a necessidade de obtenção de eventuais títulos competentes para conferir ao prestador a possibilidade de explorar determinadas atividades diversas do serviço concedido. Há inclusive um problema concorrencial envolvido, derivado da integração de atividades diversas (o que não é objeto deste estudo). De todo modo, a afirmação do doutrinador pode ser considerada um exemplo da concepção segundo a qual a atividade desempenhada pelo concessionário pode se tornar mais complexa, envolvendo uma série de negócios conexos com o serviço delegado.

Dentro desse contexto, interessa ao presente estudo a constatação de que a remuneração do concessionário passou a englobar a obtenção de recursos também por meio de outras fontes que não apenas a cobrança de tarifas dos usuários. Em certos casos, a própria cobrança de tarifas é impossível, ou simplesmente não é exercida por uma série de motivos — como no caso dos serviços “sem utentes”, já mencionado.

Esse contexto torna mais complexa a composição das receitas do concessionário. Cada empreendimento relacionado à prestação de serviços dotados de forte coeficiente social envolve utilidades diversas, o que demanda uma exploração diferenciada e se reflete na composição da remuneração do prestador.

³⁸ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 367.

³⁹ *Principios de derecho público económico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004, p. 617.

Bem por isso, a doutrina pátria de modo geral aponta que o concessionário é remunerado não necessariamente pela cobrança de tarifas, mas pela “exploração do serviço”,⁴⁰ ou seja, pela extração de receita do próprio empreendimento concedido.⁴¹

12.2 Em segundo lugar, pode-se dizer que, a partir de certo momento, a conceituação clássica da concessão, na parte em que pressupunha a assunção do risco integral pelo concessionário, foi sendo atenuada ou mesmo transformada em um regime de “solidariedade financeira” entre concedente e concessionário.⁴² Desse modo, passou-se a entender pela viabilidade da aplicação de ajudas financeiras ou subsídios estatais no âmbito dessas atividades.

Não se trata exatamente de um dever de assistência financeira ou de financiamento que o concedente tenha contratualmente assumido, mas de algo que o desenvolvimento da concessão acabou por exigir, sobretudo em certos serviços que revelavam *déficits* crônicos ou riscos tão elevados que, se fossem compensados pelo aumento de tarifas, resultariam em valores proibitivos aos usuários. A álea financeira do concessionário, elemento essencial da concessão clássica, dava lugar, portanto, a essa “solidariedade financeira”.

Isso obviamente tem reflexos sobre o aspecto remuneratório da concessão, uma vez que as receitas do prestador passam a envolver também a percepção de recursos do próprio Estado — seja de ordem pecuniária, seja por meio da assunção pelo poder concedente de determinadas obrigações que, de outra forma, teriam de ser assumidas pelo delegatário para a viabilização do serviço.⁴³

Note-se que a aplicação de subsídios estatais às concessões já era possível mesmo antes da Lei das PPP, inclusive com caráter de perenidade.⁴⁴ Tratava-se de um mecanismo destinado a evitar que a dimensão dos riscos assumidos pelo prestador se traduzisse em encargos excessivamente onerosos, que acabariam por impedir até mesmo a possibilidade de concessão — pois afastariam os interessados ou resultariam em tarifas proibitivas aos usuários.

Nesse sentido, tratando do tema, Marçal Justen Filho conclui que “a imposição de um figurino absolutamente inalterável, padronizado e uniforme pode gerar a impossibilidade do atendimento a necessidades públicas relevantes”, uma vez que o instituto da concessão “ficaria restrito a certos segmentos, em que a exploração econômica é mais fácil e simples”.⁴⁵

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 74 e 107; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 697.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 623.

⁴² O termo “solidariedade financeira” é utilizado por Pedro Gonçalves (*A concessão...*, p. 106). Outros doutrinadores também tratam do tema e dão vários exemplos. Confira-se: LAUBADERE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1983, p. 296; GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 125; LLORENS, François. *La définition actuelle de la concession de service public en droit interne*. In: BRÉCHON-MOULÉNES, Christine. *La concession de service public face au droit communautaire*. Paris: Sirey, 1992, p. 24.

⁴³ Esse tema será desenvolvido no Capítulo IV. Destaque-se desde logo, no entanto, que a assunção de determinados custos ou investimentos pelo poder concedente é bastante comum, o que leva Alexandre Santos de Aragão a afirmar que a concessão patrocinada já era conhecida do direito brasileiro há muito tempo, bem antes da edição da Lei nº 11.079/2004 (*Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 614).

⁴⁴ Essa questão será tratada com maior detalhamento no Capítulo IV do presente estudo.

⁴⁵ As diversas..., p. 129.

A possibilidade de a remuneração do prestador ser composta por subsídios estatais, portanto, foi um dos fatores que afastou a afirmação, contida no conceito clássico de concessão, de que a obtenção de receitas pelo concessionário deveria envolver a cobrança de tarifas dos usuários. Com a superação desse entendimento clássico, passou a ser possível a utilização da técnica concessória a serviços não autossuficientes do ponto de vista financeiro.

12.3 Em terceiro lugar, passou-se a reconhecer também que a Administração poderia assumir o encargo de efetuar pagamentos de forma direta ao concessionário, sem que isso desvirtuasse a utilização da técnica concessória.

Note-se que essa questão é distinta da aplicação de subvenções estatais, uma vez que, na hipótese ora tratada, o Estado assume a obrigação de remunerar o concessionário efetuando repasses de valores ou transferindo-lhe direitos, em operações que têm a natureza jurídica de *pagamento*. Já as subvenções não configuram propriamente uma contrapartida direta por parte da Administração.⁴⁶

13 No direito francês, conforme visto, a assunção de pagamentos pelo poder concedente descaracteriza a concessão, levando a avença a ser considerada um “contrato vizinho” à concessão — que, de todo modo, tem a natureza jurídica de delegação.⁴⁷

Contudo, nos sistemas jurídicos em que não há uma variedade de denominações para os contratos de delegação de serviços — como ocorre no Brasil —, a própria figura da concessão assume figurinos diversificados, sem qualquer impedimento a que o concessionário seja remunerado diretamente pelo poder concedente. Não existe vedação nem mesmo a que o prestador seja remunerado integralmente pelo Poder Público, sem que haja qualquer cobrança de tarifas junto aos usuários.

Um dos exemplos mais citados nesse contexto é o do pedágio-sombra, que consiste na remuneração do concessionário pelo poder concedente vinculada à quantidade de utilização dos serviços. Nesses casos, por uma série de razões, normalmente relacionadas com a inconveniência em termos sociais de se cobrar pedágio diretamente dos usuários,⁴⁸ opta-se por uma sistemática em que o próprio poder concedente remunera o prestador com base na quantidade de veículos que utilizam a via concedida.⁴⁹

Há ainda outros casos distintos do pedágio-sombra, que igualmente comprovam a possibilidade de o poder concedente realizar pagamentos ao concessionário. Nessas situações, inclusive é possível atrelar à prestação do serviço uma cobrança de taxas dos utentes. Nessa hipótese, note-se que a remuneração

⁴⁶ É o que estabelece o §2º do artigo 12 da Lei nº 4.320/64. As subvenções são uma forma de o Estado custear as despesas da entidade beneficiada, mas sem uma contrapartida direta por parte desta. Essa questão será tratada com maior profundidade no Capítulo IV.

⁴⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *Os riscos...*, p. 80.

⁴⁸ Pense-se, por exemplo, na inconveniência de se cobrar um pedágio em determinadas áreas urbanas, situação que ao menos por enquanto ainda não se tornou um hábito.

⁴⁹ Segundo Pedro Gonçalves, “ao contrário do que se verifica noutros ordenamentos jurídicos (v.g., francês e espanhol), não há no direito português nenhum princípio ou norma jurídica que impeça de qualificar como concessão de serviço público o acto que ‘concede’ a uma entidade o ‘direito de gerir um serviço público’ e que estabelece como contrapartida do gestor uma remuneração suportada exclusivamente pelo concedente” (*A concessão...*, p. 141). O mesmo entendimento se aplica ao direito brasileiro.

do prestador continua sendo proveniente do Poder Público, e não propriamente dos usuários. A instituição da taxa constitui, na realidade, uma forma de o Estado obter recursos, bem como um mecanismo para a promoção de outros objetivos, como o uso consciente da utilidade que é ofertada aos concessionários.⁵⁰

As figuras das concessões patrocinada e administrativa, instituídas pela Lei nº 11.079/2004, confirmam a possibilidade de o concessionário receber contraprestações (com natureza de pagamento) pelo poder concedente, conforme prevê o seu artigo 6º.

14 Portanto, as distintas formas de remuneração do concessionário demonstram que há uma busca por alternativas de remuneração que viabilizem a prestação de determinadas atividades *em regime de concessão*, ainda que tais atividades não sejam autossustentáveis do ponto de vista econômico. A concepção da cobrança de tarifas dos usuários como um componente da conceituação da concessão restou ultrapassada.

1.3.3 O reconhecimento de espaços de liberdade na fixação da remuneração do concessionário e sua submissão à regulação econômica

15 O terceiro ponto de revisão da conceituação clássica das concessões que tem pertinência ao presente estudo refere-se ao reconhecimento de espaços de liberdade para que o concessionário fixe a remuneração cobrada, o que envolve a submissão da concessão à regulação econômica.⁵¹

16 Tradicionalmente, os serviços públicos eram concebidos como atividades refratárias à livre iniciativa e à concorrência. Pensava-se que a instituição de um serviço público configuraria uma decisão no sentido de afastá-lo da lógica do mercado, o que significaria a vedação da concorrência na sua prestação. Imaginava-se que a relação dessas atividades com os direitos fundamentais e a solidariedade social não poderia conviver com a lógica privada do lucro e do mercado.⁵²

⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 321. Com isso, segundo o doutrinador, é possível dissociar o interesse do concessionário do aumento da demanda. Cesar A. Guimarães Pereira destaca o cabimento de PPP na prestação de serviços de limpeza urbana, com base nos mesmos fundamentos (Financiamento dos serviços de limpeza urbana: campo adequado para as parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 141-153).

⁵¹ Sobre o tema da regulação econômica, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-93, jan./mar. 2003. Do mesmo autor: *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 157-170. Em estudo mais recente, o doutrinador faz um interessante exame do tema, ressaltando que a atividade regulatória pressupõe equilíbrio, em que a autoridade “[e]m vez de se relacionar com os agentes privados exclusivamente pelo vetor vertical, impositivo e unilateral, interage com eles num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas” (MARQUES NETO, Floriano de. *Regulação econômica e suas modulações*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 27-42, out./dez. 2009, p. 28). A procedência desse raciocínio será confirmada abaixo ao se tratar da flexibilidade tarifária, no Capítulo III. Conforme será demonstrado, a flexibilidade tarifária é uma manifestação da regulação econômica de índole negocial, em que o Estado deixa de impor tarifas unilateralmente, conferindo alguma margem de liberdade ao prestador.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59, jan./mar. 2003; DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 74-75.

Além de razões ideológicas, havia também motivos de natureza técnica para essa compreensão. Como grande parte dos serviços públicos constituía-se em monopólios naturais,⁵³ a sua prestação no regime concorrencial não seria economicamente viável.⁵⁴

Entretanto, nas últimas décadas, compreendeu-se que era possível introduzir uma lógica concorrencial a determinados serviços dotados de forte coeficiente social, sem prejuízos à satisfação dos usuários. Na realidade, a prestação em regime de concorrência poderia resultar até mesmo em maiores benefícios aos utentes, que poderiam receber serviços de melhor qualidade, mediante o pagamento de tarifas mais reduzidas.

17 Ocorre que a introdução do regime concorrencial na prestação de serviços públicos faz com que os concessionários aumentem a sua agressividade competitiva com vistas à ampliação do número de usuários — o que, aliás, constitui precisamente um dos objetivos da instituição da concorrência. Os prestadores utilizam uma série de mecanismos como forma de ampliar o número de usuários, em um fenômeno que pode ser denominado de “clientelização” dos serviços.⁵⁵

Essa problemática guarda estreita relação com a remuneração do concessionário, ao menos sob dois ângulos.

17.1 Em primeiro lugar, no regime concorrencial, um instrumento útil de competição consiste na atribuição ao prestador de maior flexibilidade na fixação das tarifas cobradas dos usuários, diferentemente do que ocorre na maioria dos casos, em que o concessionário não pode alterar unilateralmente o valor das tarifas. Em certas situações, portanto, o delegatário tem a faculdade de conceder descontos tarifários, realizar promoções, adotar práticas de fidelização, enfim, exercer uma série de decisões de caráter empresarial destinadas a conquistar um número crescente de usuários.

Observe-se contudo que, nessas situações, as concessões acabam por se sujeitar a uma regulação de natureza econômica. O Estado não se limita a fiscalizar a correta prestação do serviço. Passa a regular a atividade também do ponto de vista concorrencial, a fim de impedir e punir eventuais práticas de abuso do poder econômico — o que torna mais complexa a atividade regulatória do Poder Público.

Assim, ainda que o concessionário tenha relativa liberdade na organização da prestação do serviço, inclusive no que se refere à determinação concreta dos valores que serão cobrados dos usuários, suas opções empresariais se sujeitam a uma regulação complexa e multifacetária — que atinge o exercício das decisões empresariais tomadas pelo prestador no que se refere à definição de sua remuneração.

⁵³ Marco Antonio S. Vasconcellos e Manuel E. Garcia explicam que o monopólio puro ou natural “ocorre quando o mercado, por suas próprias características, exige elevado volume de capital” (*Fundamentos de economia*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79). Nesses casos a duplicação de estruturas e prestadores reduziriam os ganhos de escala e resultariam na necessidade de cobrança de valores mais elevados dos usuários, uma vez que o custo de produção é muito inferior quando apenas uma empresa serve o mercado.

⁵⁴ ARACÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos...*, p. 59-60.

⁵⁵ O tema da “clientelização” dos serviços públicos é examinado por Stéphane Braconnier (*Droit...*, p. 358). Relaciona-se com a vontade dos prestadores de propor tarifas que atendam as situações concretas de sua “clientela”. Retornar-se-á a essa questão no Capítulo III, ao se tratar da flexibilidade tarifária.

17.2 Em segundo lugar, a prestação de determinados serviços em regime de concorrência multiplica os riscos envolvidos de uma forma inovadora em relação aos serviços prestados em monopólio.

Mesmo com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, o fato é que o prestador assume riscos maiores. Isso ocorre para o bem e para o mal, ou seja, a contrapartida da assunção de maiores riscos consiste justamente na expectativa de percepção de ganhos mais elevados.

Assim, não se pode aceitar de modo acrítico, nos tempos atuais, a tese de José Horácio Meirelles Teixeira, que defendia a ilegitimidade de grandes lucros dos concessionários na medida em que a eles eram outorgados "direitos e privilégios de inestimável valor" — tais como a existência de um mercado assegurado (pelo caráter essencial do serviço), a proteção contra empresas concorrentes, entre outros.⁵⁶ Ainda que essa observação seja aplicável a grande parte das concessões ainda hoje, o fato é que a existência de espaços de "liberdade empresarial"⁵⁷ e a possibilidade do exercício de uma "política comercial"⁵⁸ de remuneração, (que é de responsabilidade do prestador) implicam a assunção de riscos mais elevados e, portanto, justificam a percepção de lucros mais significativos — ainda que devam ser respeitados os direitos dos usuários e deva ocorrer a repressão ao abuso do poder econômico.

Atualmente, portanto, a análise da remuneração do delegatário na concessão não pode deixar de considerar os espaços de liberdade conferidos ao prestador para que exerça decisões de política comercial.

1.4 Síntese

18 Do exposto até aqui, resulta que a reavaliação da técnica concessória como instrumento de viabilização da prestação de determinados serviços conduz à necessidade de um maior aprofundamento do estudo das formas de remuneração dos concessionários. É o que o presente estudo se propõe a realizar nos capítulos que se seguem.

2 Fixação de algumas linhas mestras de análise do tema

19 Antes disso, contudo, é necessário lançar desde logo algumas linhas mestras, ainda de caráter introdutório, que orientarão a exposição do tema nos próximos capítulos.

⁵⁶ Os serviços..., p. 15-22.

⁵⁷ A expressão é utilizada por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara e consiste, segundo eles, no elemento distintivo básico entre os modelos reguladores "político" e "técnico" (Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 55-62, abr./jun. 2009). Essa questão será examinada no Capítulo III, que tratará da flexibilidade tarifária.

⁵⁸ O termo "política comercial" para se referir à flexibilidade do concessionário na fixação de tarifas é utilizado por Floriano de Azevedo Marques Neto (As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "Telefone Social". *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 75-115, abr./jun. 2006, p. 89-90).

2.1 A questão da exploração empresarial de atividades voltadas a necessidades essenciais

20 As concessões constituem uma forma de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada⁵⁹ que tem por finalidade a prestação de serviços dotados de forte interesse social.

Nas concessões, portanto, estão envolvidos interesses conflitantes e de certa forma antagônicos.

De um lado, as concessões se relacionam com a prestação adequada de serviços de interesse social. Estão em jogo os *interesses coletivos* que o Estado tem o dever de perseguir. Disso derivam duas consequências: (i) a Administração exerce sua autoridade sobre o serviço, por meio de amplos poderes — como a encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais, aplicação de sanções, entre outros; e (ii) o concessionário deve se sujeitar aos princípios inerentes à prestação dos serviços de interesse público — que, em certos casos, traduzem-se na continuidade, mutabilidade e igualdade entre os usuários — como forma de se garantir a satisfação dos objetivos sociais buscados com a prestação. Há inclusive, em determinadas situações, o estabelecimento de metas de universalização, que devem ser cumpridas ainda que o atendimento a certos segmentos de usuários não seja rentável ao prestador.

De outro lado, as concessões envolvem a *exploração empresarial* da atividade delegada, por uma empresa capitalista que visa à obtenção do maior lucro possível. Ou seja, o delegatário não presta um serviço por mera benemerência. Disso resulta que as concessões envolvem a aplicação de princípios que não são característicos do âmbito estritamente estatal de atuação. Têm relação com as concessões a problemática da livre iniciativa e da liberdade de meios disponíveis ao concessionário, a tutela à propriedade privada e, em certos casos, até mesmo a tutela à livre concorrência.⁶⁰

21 Essas duas ideias antitéticas⁶¹ envolvidas nas concessões — de um lado o serviço que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração e, de outro, o interesse privado dos agentes econômicos a quem se atribui o

⁵⁹ Nem sempre o concessionário é representante propriamente da iniciativa privada. Há também as concessões impróprias, em que o concessionário integra a Administração (nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral...*, p. 117). O fato de o concessionário não ser sempre um ente privado é destacado pela doutrina em geral (por exemplo, GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 105-106; PEREZ, Marcos Augusto. *O risco...*, p. 61-62, entre outros). Entretanto, essa possibilidade não invalida a afirmação ora feita.

⁶⁰ Reitere-se que a preocupação com a livre concorrência não é antitética à ideia de prestação de serviços de interesse social. Em excelente estudo acerca das restrições da regulação à concorrência, Eduardo Ferreira Jordão destaca o seguinte: "Tradicionalmente, o direito antitruste preocupa-se de forma prioritária (e quase exclusiva) com restrições concorrenciais de origem *privada* — i.e. concentrações empresariais e condutas anticompetitivas, como a predação e a colusão. É fato, entretanto, que limitações concorrenciais semelhantes ou ainda mais intensas podem advir de ações estatais, em especial das medidas regulatórias" (*Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17). Dentre essas limitações à concorrência instituídas pela regulação, ainda segundo o doutrinador, estão as barreiras à entrada e as restrições à liberdade tarifária (*op. cit.*, p. 20). A essa questão se retornará no Capítulo III. Para ampliar a consulta acerca do tema tão instigante: BERNERT, Juliano Meneguzzi de. Direito concorrencial no cenário brasileiro: isenção de atividades econômicas à legislação antitruste. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 29-40; LEBBOS, Carolina Moura. A atuação do CADE perante normas reguladoras setoriais anticoncorrenciais. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 435-465.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 75-77.

encarg
remune

I

a remu
ao aces
das tar
justam

I

não en
um ser
levar e
o servi

C

uma re
mas ta
contrár
que co
realiza

2

viço e o
Eventu

seguint

I:

de rent
da gest
existên
inerent

2.2 A

2

em vist
faz pres

P

sensível

C

repressi
às licita
ser rigo

⁶² Nesse cor

⁶³ A afirmaç
o concess
(mas não
1946, p. 3

⁶⁴ Note-se q
da Lei nº
critério de

encargo de prestar o serviço — refletem-se diretamente sobre a temática da remuneração do prestador.

Para que a concessão possa atingir os objetivos sociais buscados pelo Estado, a remuneração do concessionário não pode constituir-se em um impedimento ao acesso dos usuários ao serviço prestado. Seria um contrassenso que o valor das tarifas impedisse o acesso dos utentes ao serviço, uma vez que isso afastaria justamente a consecução dos objetivos sociais buscados com a sua prestação.⁶²

Entretanto, apenas o acesso adequado dos usuários às facilidades disponíveis não encerra a problemática da remuneração do prestador. Nas situações em que um serviço é prestado em regime de concessão, a remuneração do delegatário deve levar em conta também que o fator que motiva o concessionário a desempenhar o serviço consiste justamente na perspectiva de sua exploração econômica.⁶³

Ou seja, o concessionário deve ter condições de atuar de modo a obter uma remuneração que não apenas cubra os custos da prestação do serviço, mas também lhe proporcione um retorno justo em termos de lucratividade. Do contrário, o interessado investiria seus recursos e seu tempo em outra atividade que considerasse mais vantajosa, o que tornaria economicamente inviável a realização da concessão.

22 A verdade é que a remuneração adequada, que envolve os custos do serviço e o retorno do concessionário, é essencial para o êxito de qualquer concessão. Eventual remuneração insuficiente inviabilizaria a prestação do serviço e, por conseguinte, impediria a consecução dos objetivos buscados pela Administração.

Isso não significa, contudo, que o concessionário deva ter uma garantia de rentabilidade. A ideia geral é a de que o concessionário assume a realização da gestão do serviço. Há, portanto, um negócio a ser gerido, o que implica a existência de certo grau de autonomia aliado à assunção de determinados riscos inerentes à atuação empresarial.

2.2 A relação com a boa-fé e a segurança jurídica

23 Como visto, o concessionário desempenha a prestação do serviço tendo em vista o retorno do investimento. A sua remuneração constitui o móvel que o faz prestar determinada atividade.

Por decorrência, o campo da remuneração do concessionário é bastante sensível à atuação estatal.

O Estado deve zelar pelo respeito à ordem econômica, o que passa pela repressão ao abuso do poder econômico. Isso traz reflexos inclusive no tocante às licitações, tendo em vista que as propostas firmadas pelos interessados devem ser rigorosamente cumpridas.⁶⁴

⁶² Nesse contexto, insere-se a temática da modicidade tarifária, que será tratada no Capítulo II.

⁶³ A afirmação rigorosamente não contém nenhuma novidade. Guido Zanobini já afirmava há mais de meio século que o concessionário tem o direito de obter as vantagens econômicas da gestão do serviço, referindo-se principalmente (mas não exclusivamente) aos valores pagos pelos usuários (*Corso di diritto amministrativo*, v. 3, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1946, p. 313).

⁶⁴ Note-se que o valor da tarifa representa um dos critérios de classificação dos licitantes (artigo 15, incisos I, III e V, da Lei nº 8.987/95 e artigo 12, inciso II, da Lei nº 11.079/2004). O valor da contraprestação pública também constitui critério de seleção (artigo 12, inciso II, alínea "a", da Lei nº 11.079/2004).

24 Entretanto, qualquer atuação do poder concedente que impeça o recebimento de uma remuneração justa e adequada (i) afeta o principal interesse do concessionário, ou seja, o retorno financeiro decorrente da exploração do serviço, bem como (ii) compromete a própria prestação da atividade.

Com relação ao primeiro aspecto, note-se que não há nada de errado em o concessionário buscar os lucros almejados. Não existe nenhuma comprovação de que a prestação direta pelo Estado resulte em serviços mais baratos. Na prestação direta, aliás, o Poder Público se utiliza com frequência de pessoas privadas (contratados) para a sua prestação, as quais igualmente visam ao lucro nas contratações com a Administração.

No que se refere ao segundo aspecto, eventuais barreiras criadas pelo Estado à remuneração adequada do concessionário gera efeitos deletérios sobre a própria prestação do serviço. Pode-se comprometer a cobertura dos custos do prestador, o que coloca em risco a correta prestação e impede a realização dos investimentos necessários.

Marçal Justen Filho sintetiza bem essa problemática. Segundo o doutrinador, “impedir a cobrança de tarifas justas e adequadas não afeta apenas e estritamente o interesse do concessionário. De um modo direto, afeta-se o interesse econômico do empresário. Mas, em termos indiretos, infringe-se o interesse público. Coloca-se em risco a dignidade das pessoas que, no futuro, não terão possibilidade de fruir de serviços públicos adequados e satisfatórios”.⁶⁵

25 Portanto, é necessário que o poder concedente veja a concessão como uma forma de viabilizar a prestação de determinados serviços pela iniciativa privada, para o que é necessário zelar pelos direitos do concessionário no que se refere à remuneração devida.

Mais do que isso, a ausência de observância dos direitos do concessionário acaba por gerar uma situação de instabilidade que prejudica não apenas o prestador e o serviço concedido, mas também a realização de futuras concessões. Afinal, como afirma Marcello Caetano, “ninguém (salvo algum aventureiro), consentiria em tomar à sua conta a onerosa exploração de um serviço público sem a garantia de um mínimo de segurança na retribuição”.⁶⁶

Por isso, há várias décadas, Francisco Campos já fazia a seguinte advertência:

[A] prudência e a ponderação em determinar as tarifas dos serviços públicos são requisitos que as autoridades investidas dessa delicada função nunca devem perder de vista. O fato de serem as tarifas de serviços públicos sujeitas a revisões periódicas cria para os capitais neles investidos novo fator de risco, que contribui para aumentar as suas exigências. Se a política tarifária não for conduzida com grande espírito de retidão e, particularmente, de compreensão dos fenômenos econômicos, (...) tenderão a agravar-se as dificuldades de obter novos capitais indispensáveis à expansão e melhoramento dos serviços, redundando em prejuízo do público as aparentes vantagens de tarifas inferiores às que deveriam, efetivamente, vigorar,

⁶⁵ *Teoria geral...*, p. 69.

⁶⁶ *Manual de direito administrativo*, v. II, 10. ed. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1084.

se levados em conta todos os fatores econômicos que concorrem para a formação normal de preços.⁶⁷

No mesmo sentido, Caio Tácito, em clássico estudo sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões, também destaca o impacto das decisões estatais sobre a atração dos particulares. Segundo ele, “a garantia de lucro razoável não é senão um meio de possibilitar a constância e a expansão do serviço adequado. Não é outro o motivo pelo qual a concepção norte-americana da razoabilidade das tarifas classifica, entre as condições básicas, a atração de novos capitais”.⁶⁸

26 Como será demonstrado ao longo do presente estudo, a remuneração do particular, principalmente no que toca ao recebimento de tarifas dos usuários, constitui tema sensível a atuações demagógicas de governantes. Entretanto, o concessionário não deve ser visto como um antagonista, mas como um parceiro ao qual se deve propiciar um ambiente de estabilidade para que possa realizar a gestão da atividade da melhor forma possível.

2.3 Definição política acerca da alocação dos custos

27 Mesmo sendo um tema que deve ser tratado de forma técnica, não se pode negar que a definição das fontes de receita que serão responsáveis pela remuneração do concessionário também reflete uma opção política do Poder Público.

A adoção de determinada forma de remuneração do prestador reflete uma decisão clara do Estado sob o ponto de vista distributivo.

As tarifas representam uma opção do Estado por onerar, ao menos como regra geral, aqueles que mais se utilizam do serviço concedido.

Já a aplicação de recursos públicos para a remuneração do concessionário significa o emprego, na maior parte das vezes, de receitas obtidas por meio de mecanismos tributários. Assim, atinge-se um grupo maior de pessoas, de acordo com a capacidade contributiva dos contribuintes. A situação, portanto, é diferente da que ocorre com a cobrança de tarifas, uma vez que a maior utilização do serviço pode derivar simplesmente da maior necessidade de sua fruição, e não de uma específica condição econômica do usuário.

Há ainda a possibilidade de onerar aqueles que se utilizam das atividades geradoras de receitas marginais, os quais não necessariamente se confundem com os usuários do serviço delegado.

28 Entretanto, é importante fixar desde logo a ideia de que não há uma precedência por onerar um ou outro grupo de pessoas. A colocação do problema sob essa óptica constituiria mera simplificação.

Existem diversos fatores que devem ser ponderados pelo Poder Público na definição das condições concretas de remuneração do prestador. Trata-se de uma

⁶⁷ *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 157.

⁶⁸ O equilíbrio econômico-financeiro na concessão. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 1997, p. 249.

decisão complexa, que não pode ser reduzida à aplicação de um único critério. A esta questão se retornará nos Capítulos II e IV.

2.4 A identificação da remuneração como campo fértil para o desenvolvimento de soluções inovadoras

29 Por fim, outra linha que orienta o presente estudo constitui-se no entendimento de que a temática da remuneração do concessionário representa um dos campos mais férteis para o desenvolvimento de soluções inovadoras nas concessões.

De modo esquemático, pode-se afirmar que a instituição de certas parcerias é antecedida de complexas construções de engenharia financeira, a fim de (i) possibilitar a busca de recursos provenientes não apenas dos usuários, (ii) maximizar a exploração de fontes de receitas marginais, (iii) permitir que a criatividade empresarial do concessionário desenvolva formas de remuneração que atendam melhor os usuários e gerem maiores retornos financeiros, (iv) possibilitar uma adequada garantia ao agente financeiro envolvido e (v) garantir a exploração satisfatória do empreendimento.

Portanto, não há a simples existência de fontes diversas de remuneração do particular. Cada uma das formas de obtenção de receitas admite soluções diversas, que devem propiciar ao mesmo tempo o melhor proveito econômico de cada empreendimento e a maior satisfação dos objetivos buscados pelo Estado com a prestação do serviço.

Assim, uma mesma forma de remuneração pode funcionar concretamente de modo diverso em diferentes concessões. Isso também demanda um aprofundamento do estudo das várias formas de remuneração, as quais apresentam potencialidades diversas. Basta pensar, por exemplo, que uma concessão caracterizada pela flexibilidade tarifária funciona de modo significativamente diverso de uma concessão em que o prestador não tem qualquer liberdade na fixação das tarifas. Apesar de se eleger a mesma forma de remuneração (cobrança de tarifas dos usuários), as concessões nesses dois casos são desenvolvidas de maneiras radicalmente diversas, o que gera efeitos inclusive na alocação dos riscos do empreendimento.

3 Conclusões parciais

30 Diante do exposto neste capítulo, pode-se afirmar que a superação da conceituação clássica de concessão gera efeitos diretos no estudo da remuneração do concessionário.

A aplicação da técnica concessória a outras atividades diversas dos serviços industriais ou comerciais e dos serviços *uti singuli* fez surgir a necessidade de novas formas de remuneração. Do contrário, a aplicação da lógica contratual das concessões não poderia ser aplicada a essas situações.

Além disso, superou-se a concepção de que o concessionário deveria ser remunerado necessariamente pela cobrança de tarifas dos usuários. Outras formas

de remuneração podem ser adotadas, inclusive afastando-se completamente a cobrança de tarifas, sem desnaturar a natureza contratual e a lógica econômica da concessão.

Outro fator relevante diz respeito ao reconhecimento de determinados espaços de liberdade aos concessionários, o que gera efeitos concretos no regime jurídico de sua remuneração.

Assim, a temática da remuneração do concessionário apresenta uma série de complexidades. Este é o objeto do presente estudo, que envolverá, nos capítulos que se seguem, a verticalização da análise de cada modo de remuneração do prestador.