

**TARIFAS DAS CONCESSÕES:
UMA GARANTIA NECESSÁRIA AO USUÁRIO E AO CONCESSIONÁRIO**

**TARIFFS OF THE CONCESSIONS:
AN ASSURANCE REQUIRED TO USER AND TO CONCESSIONAIRE**

Maria Marconiete Fernandes Pereira*

RESUMO

O presente artigo analisa a realidade nas atividades econômicas dos serviços públicos, em razão do afastamento do Estado da execução direta e as delegações à iniciativa privada, tendo em vista que os serviços públicos têm passado por uma profunda transformação, em conceitos e diretrizes com fundamentos em princípios socioeconômicos, mas sempre norteados pelo direito público. Por fim, analisa as transformações da concessão comum e das concessões administrativa e patrocinada das parcerias público privadas, buscando demonstrar a conciliação possível do regime tarifário no que se refere à modicidade das tarifas e o serviço adequado, como fator principiológico da ordem econômica constitucional, no cumprimento ao respeito à dignidade humana e à iniciativa privada.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão; Parceria público privada; Tarifas.

ABSTRACT

This article analyzes the economic activities reality of the public services, due to the remoteness of the state of direct execution and delegations to private initiative, given that public services have passed for a profound transformation in concepts and guidelines to socioeconomic fundamentals principles, but always guided by public law. Finally, analyzes the transformations of common concession and administrative concession and sponsored concession of the public private partnerships, seek to demonstrate that it's a possible reconciliation of the tariff regime with regard to the tariff modicity and adequate service as principled factor of brazilian economic constitutional order, in compliance respect to human dignity and to private sector.

KEYWORDS: Concession; Public private partnership; Tariffs.

1. INTRODUÇÃO

A concepção de Estado e suas nuances estão sempre associadas com a vertente de primazia do interesse público em contraposição ao interesse do particular, principalmente quando se aborda a seara contratualista publicista. Essa visão tem como corolário a supremacia estatal, fundamentada numa visão dicotômica do público *versus* privado, com lastro de imposição outrora tão enaltecida, mas que no decorrer dos tempos não encontra mais

* Doutoranda em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharela em Ciências Contábeis/UFPE e Bacharela em Direito/UNIPÊ. Auditora de Contas Públicas da Controladoria Geral da Paraíba.

guarita em face das complexidades das atividades postas a cargo do Estado frente a uma sociedade plural.

No atual contexto de reestruturação das funções do Estado, em que o afastamento estatal torna-se uma realidade na atividade econômica dos serviços públicos. As ideias básicas de uma nova linguagem aflora no ambiente público como mercado, concorrência, privatização, globalização, eficiência e livre iniciativa em gestão de serviços públicos são facetas dessa conjuntura contemporânea.

A consequência da reforma do Estado implicou nas transformações das formas de atuação do Estado através da delegação de serviços públicos. A necessidade de atender ou suprir as demandas da sociedade em infraestruturas públicas permitiu um estreitamento relacional entre o Poder Público e a iniciativa privada, investidos numa concepção jurídica das concessões.

A mudança no regime jurídico de exploração dos serviços públicos identifica um fator complexo a ser enfrentada, a particularidade de modelo tarifário das concessões. A turbulência pelo regime¹ tarifário brasileiro trazido pelas concessões possuem momentos definidos dessa aplicabilidade: primeiro com os contratos acordados de concessão antes da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; depois, com as concessões comuns sob o ápice da Lei n. 8.987/95; e, posteriormente com as parceiras público privadas.

Nessa perspectiva, as normas do Direito Público administrativista devem ser direcionadas a prover o interesse coletivo diante dessa realidade, em que a remuneração deve ser compatível com a utilização do serviço adequado. Esse fator conduz a toda uma conjuntura antropocentróloga do contrato administrativo brasileiro, na sua essência cultural formalista que não pode ser regado a oscilações temporárias para abrandar interesses *sui generis* de atividades consideradas fundamentalmente de serviços públicos, portanto, colocadas a postos para atender as necessidades da sociedade. Por outro ângulo, essas disposições publicistas não podem configurar ideologias alienígenas sem um regramento preciso e de uma realidade globalizada, observando, por sua vez, a sua existência efetiva interna, calcada com explicações da microeconomia em razão de um oportunismo negocial, na assimetria de informação e nos custos de transação.

Esse diálogo do regime tarifário não pode ser dissociado no conjunto intersubjetivo das múltiplas normas jurídicas de direito público e do direito privado, para revelar um

¹ Fazendo referência a terminologia “regime” como um dos objetos do sistema administrativo, tendo em vista a importância do macro para compreensão da fatia desse estudo. A linguagem jurídica deve ser embutida de significado lógico

mercado – tarifário – complexo em razão das diversas atividades econômicas embutidas de peculiaridades próprias. Vale acrescentar, a importância das normas instrumentais que fazem parte desse bojo dicotômico público-privado num sistema relacional entre o direito e a economia, calcados de percepções e objetivos em contrastes; por outro lado, a abordagem interdisciplinar visa, no primeiro plano, compreender a aplicabilidade da lei num campo preponderantemente de raciocínio econômico.

Nesse sentido, o reconhecimento de que a economia representa uma metodologia útil para a compreensão racional de tomada de decisão. Para a economia a lei é um estímulo perfeito porque as disputas legais fornecem uma riqueza de material para avaliar teorias comportamentais postas no mercado (racionalidade) e ambas são voltadas com incentivos, tendo em vista que os agentes econômicos agem para maximizar os seus próprios interesses (MICELI, 2011).

Dessa forma, o ambiente jurídico das concessões passa por um processo de inovação cultural, político e econômico, tendo em vista que as prestadoras desses serviços precisam garantir à devida remuneração, diferentemente das empresas estatais que suportavam prejuízos em virtude de deliberação política. Nesse sentido, a presente pesquisa buscará delimitar o objeto a partir do estudo do papel do Estado frente às transformações das atividades econômicas de prestação de serviços públicos, por meio das delegações a iniciativa privada, as concessões, em que pese à apropriada remuneração desses serviços no âmbito da legitimidade dos modelos tarifários adotados no ordenamento brasileiro.

Nessa conjuntura, é preciso conciliar os interesses econômicos modelados as concessões no âmbito do sistema jurídico brasileiro, a natureza jurídica das tarifas em conformidade com a modicidade tarifária e o serviço adequado, com a finalidade constitucional interesse coletivo de atender aos usuários e a justa remuneração do concessionário.

1. O PAPEL DO ESTADO FRENTE À ATIVIDADE ECONÔMICA

A globalização foi um dos fenômenos a contribuir para o Estado se posicionar em novas vertentes, frente aos imperativos internacionais de organização da vida econômica, social, política e jurídica. Segundo CAVALCANTI (1997), a globalização tem o ponto fundamental de alcançar além da abertura de mercados de bens, serviços, telecomunicações e

o abrandamento das fronteiras, também provoca alterações nos atores da atividade econômica se cotejados com posturas tradicionais.

Nesse contexto, o papel do Estado brasileiro começa a ser redesenhado frente à intervenção na ordem econômica, que interfere diretamente na atividade econômica numa concepção da economia de mercado. Um dos fundamentos da ordem econômica da Constituição Federal de 1988 é a projeção da livre iniciativa como agente econômico dentro do balizamento normativo autorizado pelo sistema jurídico, correspondendo o princípio da liberdade de iniciativa econômica (PETTER, 2008, p. 181), em contrapartida, assegura ao Estado o papel de agente da atividade econômica. Diante disso, a intervenção do Estado passa a ser modificada na maneira de atuar sobre a economia, tendo em vista que a exploração das atividades econômicas passa a ser delegada a competência ao particular, enquanto que somente o Estado poderá fazê-la quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (BRASIL, 1988).

Importante destacar que a liberdade de iniciativa econômica é uma realidade de mercado, fundamentada em uma instrumentalidade capitalista que não se confunda com a autonomia privada, conforme assegura AMARAL NETO (1996, p. 230):

A iniciativa privada é conceito, por um lado, mais amplo que o da autonomia privada, enquanto se realiza, além dos negócios jurídicos, também nos atos meramente executivos ou em atividades materiais que não exprimem atuação da autonomia privada, como poder normativo; por outro lado, é conceito mais restrito, porquanto existem negócios jurídicos, e, portanto, atos de autonomia privada, que não entram no âmbito da atividade empresarial.

Nessa abordagem, é salutar a revogação do art. 171 da Constituição Federal de 1988 e a incorporação do inciso IX do art. 170 quando qualifica as empresas constituídas em território nacional, sob as leis brasileiras no mesmo patamar das empresas nacionais. Neste caso, independe a origem do capital societário. É um acontecimento de abertura de mercado relevante para a exploração de serviços públicos por particulares, anteriormente restritas as empresas estatais.

A instrumentalização adotada pelo Estado como agente da atividade econômica foi o afastamento de sua atuação direta nos diversos serviços públicos, adota, desta feita, a desestatização ou privatização, a partir dos contornos adotados pela Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. O Programa Nacional de Desestatização – PND, instrumento de política pública pela Lei n. 9.491, de 10 de setembro de 1997, adota como um dos objetivos fundamentais “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à

iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (BRASIL, 1997, art. 1º, inciso I).

2. SERVIÇOS PÚBLICOS: conceitos inconclusos

A noção de serviços públicos foi desenvolvida pelo direito francês, em que o fundamento era o interesse econômico geral para satisfazer as necessidades da sociedade, sendo a atividade exercida diretamente ao exercício da função administrativa. Nas últimas décadas, a história econômica e política têm sido totalmente modificadas, provocando rupturas em instrumentos jurídicos do direito administrativo, como a concepção de serviços públicos (GAMBOA, 2003).

Segundo SUNDFELD (1999, p. 161), os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos transmutações. Essa é uma realidade das consequências da globalização que se faz presente nos diferentes setores, aliada a escassez de recursos públicos e pela dificuldade de gestão pelo Estado, o qual assumiu uma gama de setores de serviços em todas as áreas, por conseguinte, refletindo no atendimento em serviço eficiente e adequado.

Para esse fim, é fundamental a abertura do mercado a empresa privada na prestação de serviços públicos, com critérios econômicos baseados na regra de mercado, porém sob a égide de uma flexibilidade legislativa que garanta a tão sonhada eficiência sustentável pelos propugnadores da nova concessão. Pois, existe uma verdade que é a economia de mercado, pois existem diferentes maneiras de interpretação e de constituir economias de mercado que se adaptam a diferentes identidades nacionais.

Pode parecer controverso em relação à prestação de serviços por particulares, quando se tem o fundamento jurídico de uma estrutura jurídica positivista, não obstante, em conformação com o sistema jurídico pátrio. Essa interação deve contribuir com a necessidade institucional, sem contudo, não ultrapassar a tradição jurídica do direito público brasileiro em nome de uma modernidade e inclusão do mercado internacional de interesses complexos.

Por um lado, pode-se imaginar um romantismo jurídico-filosófico ou o impulso de ir além da doutrina tradicional, saindo dos campos franceses e se aventurando na direção do pensamento americano, que de pronto pode não ter similitude a nacional. Por outro lado, a

identidade de serviços públicos deverá buscar uma integração econômica de uma cultura jurídica de acordo com os normativos constitucionais.

No entendimento de JUSTEN FILHO (2005, p. 506) ao interpretar a Constituição Federal, assegura que “o art. 175 não impôs uma disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de serviço público não significou nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras avenças sejam praticadas”.

Nesse sentido, os serviços públicos são tomados no conceito amplo considerado como “todo tipo de atividade estatal correspondente ao direito administrativo e, portanto, a teoria do serviço público conforme uma unidade com a teoria do Estado” (SALOMONI, 1999, p. 24) , como tais: transporte, eletricidade, gás, telecomunicações, radiotelevisão, rodovias, portos, pontes, etc. Porém, a teoria da gestão dos serviços públicos vem evoluindo com os novos modos de gestão; principalmente a gestão dos serviços públicos por particulares, sob diversas formas de concessão de serviço público (GROTTI, 2011) .

Todavia, a inconclusa definição legal de serviço público provoca desdobramentos teóricos com diferenciados critérios na busca de uma conceituação. Assim, no propósito metodológico de sistematizar as variadas concepções de serviço público, a identificação do regime de serviço público será vinculada ao regime do modelo tarifário de remuneração da prestação de serviço público.

Afinal, como destaca CÂMARA (2009, p. 23-24) “o sistema tarifário decorre necessariamente de uma realidade já positivada, pois pressupõe que uma dada atividade já tenha sido submetida, por decisão normativa, a um sistema especial de fixação ou controle de valores praticados como contraprestação ao oferecimento de determinadas comodidades de usuários”. Por fim, a identificação no ordenamento jurídico das atividades caracterizadas de serviço público como formal, isto é, “a submissão a um regime de direito público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 664).

3. CONCESSÕES: concepções normativas brasileiras

Na época de trinta, serviços públicos no modelo brasileiro foram possibilitados por meio de concessões², dentro da ideia de serviços com direito à exclusividade, no intuito de não consentir uma possível concorrência de mercado, diferentemente do sentido abarcado atualmente. A Constituição Federal de 1934 já fazia menção à exploração de serviços públicos por concessão, conforme previsão no artigo 137:

Artigo 137. A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços (BRASIL, 1934)

A outorga da concessão se configura como uma opção acerca do desempenho dos serviços públicos, que abrange regras concernentes à relação entre a iniciativa privada e o Estado no âmbito econômico e a comunidade a quem os serviços são prestados (JUSTEN FILHO, 2005). A prestação dos serviços públicos, embora exercida pelo privado, permeia-se sob a contemplação do direito público, com pontuais ascendências de estratégias de mercado de conotações privatistas. Ademais, os poderes conferidos ao Estado-Administração são instrumentais, com finalidades socioeconômicas e de desenvolvimento.

Esse efeito revalorizado da concessão de serviço público se firma pela edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, constitui um marco dos Direitos das Concessões com propostas de modernização dos serviços públicos consubstanciando a linguagem de serviço adequado e modicidade das tarifas, em que o poder concedente remunera o concessionário por meio de tarifas, e, quando envolver obras, estas serão retribuídas mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. No sentido de como o conteúdo conceitual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Assim, segundo ÁVILA (2012, p. 34), [...] a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto.

Nesse sentido, a demanda das outorgas de concessões e permissões disciplinam

² O primeiro a utilizar o termo concessão de serviço público foi Maurice Hauriou, em 1904, na *Revue Générale D'administration*.

outras áreas abarcadas pelo instituto pelas disposições da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, como vias federais, exploração de obras e serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, estações aduaneiras e serviços postais.

A interatividade de mudanças econômicas e demandas sociais coletivas impulsionaram uma ampliação nas relações entre a sociedade e o Estado, instigando um envolvimento do Estado com o particular nos setores em que se demonstra uma efetiva intervenção para fins de desenvolvimento, não somente econômico, mas também de responsabilidade social.

Os serviços públicos têm passado por uma profunda transformação, em conceitos e diretrizes com fundamentos em princípios socioeconômicos, mas sempre norteados pelo direito público. Por sua vez, há um ponto que tem chamado à atenção: uma exaltação doutrinária ao ambiente favorável para investidor em prestação de serviços públicos. Arranjos linguísticos de mecanismos de mercado de investimentos em direção ao concessionário, decorrentes da abertura de atividades diversas custeadas por meio de recursos privados que deverão ser alocados em empreendimentos estruturantes.

Outro regime de concessões diferente do regime das concessões comuns foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 11.079/2004 institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada, definindo-a como um contrato administrativo de concessão. Vale acrescentar que, a legislação em comento de parceria público privada aponta outras modalidades de concessões, além da patrocinada e administrativa, a comum ou de obras públicas regidas pela Lei n. 8.987/95, e outras concessões definidas e reconhecidas pela contraprestação pecuniária do público ao privado.

Haverá, diuturnamente, uma relação entre a Administração Pública e o particular, pois deveras o Poder Público não disponibiliza recursos orçamentários suficientes para investimentos estruturantes no país. Daí, a explicação de buscar no privado esses aportes financeiros. Porém, verifica-se outro contraponto, o privado tem buscado recursos nas instituições financeiras de investimentos. Pode-se a levar um pensamento, o privado-investidor tem se beneficiado transversalmente de recursos públicos apesar de reconhecer todas as garantias exigíveis pelo sistema bancário.

Nesse pensamento, caberia ao Poder público fazê-la atrativa ao privado-investidor por meio de projetos bem definidos e de viabilidade econômica, verificando os riscos dos negócios. A partir disso, o investidor irá conseguir financiamentos para o negócio das concessões, conforme SOUTO (2004) relacionando o êxito da concessão com o interesse

dos atores envolvidos – Administração, usuário e empresário.

Na concepção de MARQUES NETO (2011) ainda persiste, de certa forma, aquela herança brasileira de desconfiança em relação à participação da iniciativa privada em atividades de serviços públicos e de que a consecução do interesse público somente poderá ser exercida por agentes públicos. Nessa abordagem, ainda enfatiza MARQUES NETO, (2011) o interesse público acaba se interrelacionando com o interesse privado quando da promoção de interesses coletivos, tendo em vista a concepção de operacionalidade concedida ao princípio, como por exemplo, os serviços de saúde em que se verifica a relevância pública, mas são executados também pelos particulares, sem retirar a condição do interesse público da atividade. Além de considerar, na jurisprudência dos juízos de razoabilidade e proporcionalidade quando reiteram a inexistência de um interesse único, uniforme e monista.

Outra perspectiva enfatiza JUSTEN FILHO (2003, p. 76-77) quando reconhece a heterogeneidade dos interesses públicos e privados, considerados complexos e heterogêneos, envolvidos na relação para atividades de concessão de serviços públicos, e que, “[...] antes de tudo, a consagração da concessão reflete a decisão política de admitir a exploração empresarial lucrativa de empreendimentos [...] é da essência da concessão de serviço público a obtenção do lucro pelo concessionário”.

Essa vertente econômica é intrínseca de todo negócio, não se pode separar os empreendimentos públicos como um negócio sem ganhos econômicos para aqueles que assumem a exploração dessa atividade de serviços de concessão. Na verdade, é uma ideia romancista de que a exploração da concessão não faz parte de um sistema de distribuição de riquezas inseridas de novas relações empresariais. Afasta-se, na verdade, a usurpação da lucratividade, mas o interesse coletivo se encontra presente dentro de uma sistemática da economia de produção de serviços e de seus resultados tais como: serviço adequado com a cobrança de tarifas e o lucro do negócio para o concessionário.

A estrutura contratual das concessões contempla no normativo uma previsão de “de risco do negócio”. Isso perfaz a estrutura central econômica dos contratos para prestação de serviços públicos com repercussões factuais na adoção da política tarifária aplicável, em relação ao tempo do retorno dos investimentos, a amortização e a depreciação pela exploração do serviço de concessão. Esses itens estão interligados com a matriz de riscos de cada empreendimento na busca de maximização da eficiência econômica do contrato com repercussões no equilíbrio econômico-financeiro do contrato (RIBEIRO, 2011).

A abordagem dessa relação jurídica da concessão adotado para exploração de atividades de serviços públicos confere valores específicos para cada área, em que as partes contratantes num encontro negocial acordam os interesses de cada um, sem negligenciar a importância do interesse público. Numa concepção do interesse do conjunto social, ou seja, dentro de uma dimensão dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade. [...] O interesse público só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 60-61).

Nas relações econômicas, o risco se faz presente. Na oportunidade de desembaraçar a dissociação de incertezas e de riscos, torna-se relevante trazer à baila a concepção da Teoria da Incerteza, discorrida por SOUSA (2003, p. 151), para quem a economia não se movimenta dentro de uma competição perfeita em que haja pleno conhecimento de mercado.

A concepção das incertezas está ligada à condução do negócio. Noutras palavras, a visão empresarial compreendida em todos os seus envolvimento de mercado. O autor em referência revela que:

A incerteza é quem explica o sucesso ou não do empresário, [...], tem o poder de criar e inovar para sobressair com sua empresa, que caminha dentro de uma estrutura da crise, e de *boom*; [...] Quanto mais a economia vive num clima de incertezas e riscos, mais o empresário deve mostrar a sua capacidade de administrar os recursos escassos que lhe são disponíveis, e que devem proporcionar retornos suficientes para acumulação e sucesso em seu empreendimento (SOUSA, 2003, p. 155).

Na clássica visão da teoria econômica, KNIGHT (2005), explicando o problema do lucro no contexto entre a competição perfeita e a concorrência real, enfatiza a premente necessidade em discernir a noção de risco ou incerteza e as ambiguidades nelas ocultas. Esclarece que a incerteza deve ser tomada num sentido radicalmente distinto da noção familiar de risco, a partir do qual nunca foi adequadamente separado. Com isso, o fator risco significa a possibilidade de medição, enquanto o conceito de incerteza se restringe para os casos do tipo não-quantitativo.

RIBEIRO e VIANNA (2008, p. 177), discorrendo acerca dos contratos empresariais, elaboram uma distinção singular sobre risco e incerteza, na qual o risco, numa visão econômica, faz parte intrinsecamente da relação jurídica, conhecido e valorado pelo contratante; diferente da incerteza, instigada pela instabilidade econômica de um determinado país, decorrente da inconsistência de suas estruturas sociais. Para os referidos

autores, a atividade econômica e, especialmente os contratos empresariais são indissociáveis do risco e não, da incerteza.

Portanto, as incertezas não têm o condão de serem auferidas, enquanto os riscos poderão ser calculados e passíveis de diagnósticos futuros. Nesse contexto, o risco deve ser compreendido como fator que provoca impactos no contrato, devendo ser avaliado como algo previsível. Previsibilidade conferida ao papel do planejamento estatal, por outra face, a sociedade de incertezas é subordinada à concepção do risco. O ponto central da concepção do risco é a existência de algo que não existe ainda, algo que não aconteceu, mas pode vir a acontecer (FERNANDES, 2005).

A concessão prevista na Lei n. 8.987/95 envolve a exploração de serviços e obras, mas o risco do empreendimento cabe ao concessionário e a delegação, em contrapartida, possibilita a exploração econômica por meio de cobrança de tarifas aos usuários e outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Nas concessões previstas na Lei n. 11.079/2004, patrocinada e administrativa, no primeiro caso, os serviços ou obras serão custeados adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários em contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, já no segundo, os serviços serão remunerados pela própria Administração Pública como usuária direta ou indiretamente. As concessões, entretanto, terão os riscos compartilhados com a concedente.

Nessa compreensão, MARQUES NETO (2011, p. 14) traz uma concepção do instituto de concessão vinculado ao risco do negócio: “O instituto da concessão remete ao negócio jurídico pelo qual o ente titular de um bem ou atividade delega a outrem a exploração desta utilidade para que o faça dentro de parâmetros pré-estabelecidos e assumindo o delegatário parcela de risco inerente a esta exploração”.

Nesse caso, a relação quadrilateral da concessão identifica os atores envolvidos no processo: o concedente, o concessionário, o regulador e o usuário. Assim:

O concedente, a quem cabe a titularidade sobre o direito de firmar contratos de concessão, como deve defender a sua legitimidade para firmar contratos de concessão, de forma a obter a confiança do administrado de que o objeto do contrato vai ser cumprido.

O concessionário, aqueles que atendem a convocação do edital e geralmente se organizam sob a forma de Sociedade de Propósito Específico.

O regulador, uma agência de autoridade administrativa técnica, independente e despolitizada da busca do ponto de equilíbrio entre os agentes envolvidos.

O usuário, é uma categoria jurídica distinta dos consumidores (para o autor usuário não é sinônimo e nem uma subespécie de consumidores; entende ainda que não se aplica o CDC). (SOUTO, 2005, p. 156)

Os desdobramentos dessa relação de serviço público por meio das concessões, no âmbito das normas contratuais, tem conteúdo econômico, portanto, a viabilidade financeira do negócio tem que ser demonstrada e assegurada pela via de demanda da disponibilidade da prestação e da remuneração. Portanto, a remuneração da prestação de serviços públicos admite-se a aplicação do regime tarifário, independentemente do risco do negócio, conforme assegura a Carta Constitucional por meio de uma política tarifária.

4. REGIME TARIFÁRIO DAS CONCESSÕES

A importância da concepção de serviços públicos está diretamente vinculada as formas de remuneração dos serviços concedidos, que, em regra, são custeados pelos usuários das concessionárias.

No entanto, nas últimas décadas, os mecanismos de intervenção do Estado em atividades econômicas têm provocado mudanças substanciais à caracterização de uma atividade como serviço público. Por conseguinte, a assunção de atividades por particulares tem sido cada vez mais acentuada, em detrimento do Estado quando se encarregava de prestar diretamente. Essas delegações foram formatando um novo contorno de competição nas áreas até então de monopólios, aliadas a novos arranjos jurídicos de exploração econômica, assegurando diversidades de retorno do investimento por meio de uma política tarifária definida a partir de cada formatação contratual.

As concessões comuns e de parcerias público privadas abrangem diversos ajustes em função dos variáveis objetos representativos entre o Poder Público e os concessionários, vinculado à contratualização (MEDAUAR, 2003). O instrumento jurídico terá o condão de definir a tarifa específica ao caso, em razão do objeto, prazo, demanda, investimentos, retorno, perfil dos usuários, riscos, etc., em consonância com política pública a ser desenvolvida (MOREIRA, 2010).

A definição das tarifas deve procurar observar alguns princípios: (a) Objetividade, em relação à metodologia do cálculo do serviço ofertado; (b) Transparência, livre acesso a metodologia; (c) Simplicidade, informações ao alcance de todos; (d) Previsibilidade, mínimo grau de incerteza na metodologia empregada; (e) Eficiência e suficiência econômica, contemplar a viabilidade do projeto e acesso com qualidade e preços módicos; (f) Eficiência alocativa, o usuário deve arcar com os custos do serviço prestado (ROMERO, 2001 apud MOREIRA, 2010, p. 330).

4.1 Constitucionalidade do regime tarifário

O ordenamento da disciplina da prestação de serviços públicos assegurada pela Constituição Federal de 1988, conforme dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária; (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal brasileira não explicita a forma de contraprestação tarifária da concessão, apenas remete a uma “política tarifária” disciplinada por lei infraconstitucional, desta forma, podendo ser utilizada como modo de intervenção do Estado no segmento, em função ao resguardo do interesse do usuário, no aspecto socioeconômico, ou seja, é, sem dúvida, um instrumento de política pública.

A concessão comum disciplinada pela Lei n. 8.987/95 estabelece uma relação contratual entre o poder concedente e o concessionário é de natureza bilateral, em que a remuneração estipulada advém de tarifas previamente estipuladas, ou melhor, propostas por meio de oferta em procedimento licitatório.

Destarte, para configurar o tipo jurídico da concessão patrocinada de parcerias público privadas, Lei n. 11.079/2004, o instrumento contratual deverá prever: (I) gerenciamento do serviço público pelo parceiro privado; (II) tarifa cobrada dos usuários; (III) contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já no âmbito da concessão administrativa delimitou-se como contrato de prestação de serviços de que a

Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, abrangendo ou não a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, sendo aplicada adicionalmente à Lei nº 8.987/95 e à Lei nº 9.074/95.

Aspecto fundamental e que deve ser destacado quanto ao usuário da concessão administrativa de parcerias público privada. O parceiro privado terá como usuário direto o próprio Poder Público. Desse modo, o serviço prestado dentro desse molde poderá vir a ser ampliado, considerando as possibilidades trazidas por essa modalidade, que constitui, na verdade, uma inovação no sistema brasileiro de contratos administrativos, podendo também ocorrer que a própria Administração venha custear o serviço, excluindo a cobrança tarifária, visto que os usuários poderão usufruir desses serviços sem que haja uma contraprestação pessoal do contribuinte. Dessa forma, configura-se uma tarifação zero do ponto de vista do usuário.

Merece destacar a distinção das formas de remuneração de serviços públicos de tarifa e preço, pois, segundo CÂMARA (2009, p. 59), a razão de ser da diferença de regime jurídico entre tarifa e preço envolve o próprio campo de atuação do Estado na prestação de serviços públicos. Sustenta TÁCITO (2002, p. 801) que a tarifa é um preço de serviço:

A tarifa não é, pois, uma taxa, mas, como apropriadamente a designa Themístocles Cavalcanti, um preço de serviço. Em sua elaboração, que se vai traduzir no valor unitário a ser pago pelos usuários, muitos são os elementos computados, desde o custo de produção e melhoramento dos serviços, ou a amortização progressiva dos bens patrimoniais, até a margem razoável de lucro do concessionário, como renda do capital invertido.

Por fim, a tarifa deve ser considerada instituto autônomo, com características próprias, posto que submetida à lei que define a política tarifária do setor, podendo ser regulada e em consonância com o princípio da modicidade (ALMEIDA, 2009).

4.2 Natureza Jurídica das Tarifas

A natureza jurídica das tarifas tem sido enfatizada na doutrina especializada, tendo em vista a abundância de contratos de concessão de serviços nos últimos tempos, principalmente de parcerias público privadas. Pois, as alterações tarifárias estão diretamente

vinculado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Posições doutrinárias têm colaborado nesse sentido, de um lado, a posição de BANDEIRA DE MELLO (1987, p. 39), em que enfatiza “as tarifas, especialmente, não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual – e que por isso não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público – é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras”. Na concepção CÂMARA (2009, p. 48), [...] que, muito embora as tarifas façam parte da equação econômico-financeira das concessões, elas podem vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, assumindo, por este prisma, caráter regulamentar, e não contratual”.

Apesar das opiniões divergentes, a contribuição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello vem sedimentar o entendimento no sentido de que a natureza jurídica das tarifas nas concessões assume uma posição híbrida: parte é contratual, parte é regulamentar. A posição contratual vincula-se ao equilíbrio econômico-financeiro, em razão de não se sujeitar a total possibilidade de alterações unilateralmente pelo poder concedente. Ainda esclarece, “contratual é tão-somente o acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira desses atos jurídicos, porque inalterável pelas partes, que se obrigam a respeitar o ajustado a respeito” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 687-689)

4.3 Modicidade das Tarifas e Serviço Adequado

As concessões de serviços públicos, como matéria intrínseca do direito público, são regidas por princípios explícitos e implícitos. Na ausência de uma regra específica para regular dada situação, a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios (SUNDFELD, 2008, p. 148).

A legislação de concessão de parceria público privada não especifica explicitamente à necessidade da modicidade das tarifas, diferentemente do normativo de concessão comum. Neste caso, o tratamento mais adequado é considerar a Lei n. 8.987/95 como norte em matéria de regime jurídico de prestação de serviços mediante concessão, aplicando, desta feita, a analogia em virtude da similitude das situações. Segundo GRAU (2000, p. 117), “os princípios gerais do direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento”.

Na verdade, os princípios regem as diretrizes do serviço público, principalmente em matéria de política tarifária, permeando uma proteção aos usuários desses serviços. Neste caso, a modicidade da tarifa torna-se um instrumento fundamental de valores e interesses constitucionalmente expressivos da ordem econômica em consonância com os ditames da justiça.

A tarifa módica abrange duas dimensões e atores: o concessionário em busca da remuneração factível e o usuário em função da sua capacidade econômica. Por um lado, a proteção à iniciativa privada em função dos custos do negócio e a receita devida de justa remuneração do capital, por outro lado, há um interesse coletivo do usuário em obter o serviço e pagará por ele, desde que seja compatível com a sua realidade. Sintetiza a situação com excelência CAVALCANTI (1958, p. 300) afirmando:

A fixação das tarifas talvez seja o problema mais difícil de quantos ligados ao regime de concessões. Os interesses em jogo deformam muitas vezes o verdadeiro sentido, e transformam uma questão que envolve essencialmente o interesse público num problema em que o critério comercial sobreleva ao estritamente econômico e social.

Os custos fazem parte de qualquer serviço, inclusive o público, neste caso, a modalidade da concessão conforme disciplinamento do Estado estipulará a forma de sua remuneração, caso seja a concessão comum o usuário pagará diretamente a prestação, caso seja a concessão administrativa o serviço seja custeado não diretamente pelo usuário que irá usufruí-lo, mas através de impostos visto que o desembolso ocorrerá pela própria Administração, ou se for a concessão patrocinada o usuário pagará uma parte e o restante será adicionalmente custeado pelo Poder Público.

Nesse sentido, o princípio da modicidade das tarifas estimula a atuação administrativa no sentido de garantir o equilíbrio tarifário dos serviços. Para isto, utiliza-se de instrumentos de políticas tarifárias para fins de reduzir o impacto dos custos aos usuários, bem como atender a população carente, por exemplo, além de considerar a manutenção da rentabilidade do investimento por parte do concessionário. Um dos mais usuais instrumentos utilizados pelo Estado é a prática de *subsídio cruzado*, em que “consiste na transferência de recursos obtidos num determinado segmento para outro, a fim de que o segmento beneficiado possa pagar valores mais baixos”(CÂMARA, 2009, p. 79). Outro instrumento que foi bastante polêmico foi a *sobretarifa*, na época do racionamento de energia, em que

consistia na cobrança de um valor adicional à tarifa caso ultrapassasse o seu teto de consumo. Porém o STF considerou a medida da cobrança de sobretarifa legítima em decorrência da política pública de energia elétrica. Ainda poderá utilizar a *flexibilização da tarifa*, que consiste de uma *liberdade tarifária* ao concessionário sobre o valor da cobrança da tarifa, como acontece com os serviços de telecomunicações; a *price cap* ou a *tarifa-teto*, quando o poder concedente estipula o valor máximo que o concessionário poderá fixar sua tarifa; e a *cesta tarifária*, que os serviços não são cobrados individualizados, mas na totalidade.

Cabe esclarecer, que as diferentes formas de remuneração dos serviços de concessão estão diretamente vinculadas a prestação do “serviço adequado”. Segundo a Lei n. 8.987/95, art. 6º: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

A disposição do serviço adequado no desempenho da prestação das concessões leva a um ambiente complexo, pois atingem a todos os atores envolvidos no processo, quais sejam: o poder concedente, o concessionário e os usuários. A responsabilidade do concessionário se perfaz perante o concedente como obrigação de um cumprimento contratual, e, ao mesmo tempo, de atender as necessidades dos usuários de maneira eficiente.

A terminologia gera a presunção de um conceito indeterminado (GRAU, 1998), por conseguinte, a ausência de normatização jurídica que defina especificamente as características norteadoras desse serviço adequado. JUSTEN FILHO (2003, p. 302-304) sugere três aspectos para conceitos indeterminados: *o significado mínimo* que permite distinguir as situações limite que, inquestionavelmente, a ele se submetem e as que a ele não se submetem; a impossibilidade de uma *qualificação absoluta* dos fatos, significando que depende dos critérios de normalidade com a desautorização do arbitramento de cada percepção pessoal; e, quando se refere à *qualificação dos seres* ou objetos, no âmbito da adjetivação, ou seja, designa a substância de algo como a essencialidade.

A regra contida no art. 6º da Lei de Concessão Comum tem uma abrangência de qualificação do próprio serviço público, e não se restringe exclusivamente as concessões. Essa qualificação nos remete as Leis de Rolland do serviço público que: (i) correspondem a uma obrigação imposta aos governos de prover o bem comum; (ii) são empreendimentos regulares e contínuos; (iii) as regras podem ser modificadas; e (iv) diante de todos os

serviços públicos, os particulares são iguais (MOREIRA, 2010 apud ROLLAND, 1947).

Assim, o pressuposto de toda prestação de serviço de concessão tem como finalidade o pleno atendimento dos usuários, de maneira que seja compatível com as exigências contidas na lei reguladora, no edital, na proposta e no contrato. Assegura MOREIRA (2010, p. 250) que “serviço adequado é aquele prestado com qualidade (humana e técnica), a preço acessível a todos os usuários, em cumprimento aos deveres e obrigações legais, regulamentares e contratuais”.

Desta forma, haverá uma contínua melhoria e expansão do serviço em decorrência das constantes atualidades tecnológica, numa relação de custo-benefício, o que acarretaria a eficiência na prestação do serviço, de forma a proporcionar segurança aos usuários. Ademais, o serviço adequado deve ser condizente com o princípio da generalidade, isto é, ser prestado em regime de igualdade a todos aqueles potenciais usuários. Essa prestação está intrinsecamente vinculada a ao tratamento a que os usuários têm direito, ou seja, respeito à dignidade humana independentemente da condição econômica e social.

De maneira conexa, a legislação de concessão de parceria público privada enfatiza esses princípios como diretrizes a serem observadas desde a contratação, tendo a eficiência como missão de uma política pública e a importância ao respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços, como também dos concessionários investidos na execução. Portanto, a concepção de modicidade de tarifas e serviço adequado são interações objetivas que convergem à composição do interesse público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As concessões de serviços públicos estão a cada dia mais relevantes no contexto do Direito Econômico e das relações socioeconômicas, em razão da expressiva participação da iniciativa privada no provimento de serviços públicos em setores em que tradicionalmente o Estado era o protagonista dessas atividades.

A potencialização desse contexto conduz a uma interface entre dois polos: o concessionário investido na condição de empresário, portanto, uma atividade empresarial produtiva; e, o usuário, orientado por valores intrínsecos de reais necessidades. Este ponto, leva-nos a questão principal desse suporte como conciliar a modicidade das tarifas e o serviço adequado, que é o papel do Estado como instituição, garantindo o suporte aos modelos concessionários considerando a relevância social e a magnitude dos serviços para o atender a demanda de uma nova realidade econômica dos serviços de concessão

compartilhando a responsabilidade com o concessionário.

Por fim, as transformações contemporâneas do serviço público devem ser compreendidas a partir do regime tarifário das concessões, no propósito de conciliar a importância trazida pela ordem econômica de respeito à dignidade humana e à livre iniciativa, pois é necessário apontar critérios a serem estabelecidos a fim de garantir uma tarifa legítima.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As tarifas e as demais formas de remuneração dos Serviços Públicos. Coleção: Direito Regulatório. SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de informação legislativa*. v.23, nº 92, p. 221-240, out./dez.,1986.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 24. ago. 2013.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o Papel do Estado frente à Atividade Econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 20, p. 67-75, 1997.

CAVALCANTI, Themístoles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. 3. ed. V. III, Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. apud BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_168/R168-11.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Los Servicios Públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso. In: *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela. Tercera Parte: Derecho Administrativo. Tomo II, Madrid: Civitas, S.A., 2003, p. 1881 – 1948.

JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 11. maio.2013.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, Uncertainty and Profit*. Cosimo, Inc., 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 13-29.

_____; _____. *Estudos sobre a lei das parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MICELI, Thomas J.. *The use of economics for understanding Law: an economist's view of the cathedral*. University of Connecticut. December, 2011. Disponível em: <<http://www.econ.uconn.edu/working/2011-25.pdf>>. Acesso em: 08. jun. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/95 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 6, n. 24, out./dez., 2008.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

SALOMONI, Jorge Luís. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Villela, 1999.

SOUSA, Luiz Gonzaga de. *Ensaio de Economia*. 2003, p.151. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/lgs-ens/lgs-ens.htm>>. Acesso em: 15 maio 2013.

SOUTO, Marcos Jurema Villela. Parcerias decorrentes do programa estadual de desestatização. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro. Vol. 59, p. 151-177, 2005.

_____. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDELFD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. A Administração Pública na era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. v.3, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.