

ANA CLÁUDIA ABBOUD DAOU

**A GRATUIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE
COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS SOBRE PNEUS**

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2007**

ANA CLÁUDIA ABOUD DAOU

**A GRATUIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE
COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS SOBRE PNEUS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais/Direitos Difusos e Coletivos, sob orientação do Professor Doutor Marcelo Souza Aguiar.

SÃO PAULO – 2007

BANCA EXAMINADORA

*Dedico este trabalho a minha mãe, Mary
Abboud Daou, a quem devo toda a minha
vida e meu sucesso profissional.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Marcelo Souza Aguiar, pela confiança, aceitando o encargo de orientar este trabalho, bem como pelo monitoramento prestado à minha atividade acadêmica desde o início do curso de pós-graduação quando, pela primeira vez, tivemos contato nas aulas de filosofia de direito, conduzidas pelo mestre com a ponderação e o conhecimento necessários ao jurista do nosso tempo.

Agradeço ainda ao Professor José Marcos Lunardelli da PUC-SP, aos Doutores Sérgio Aveleda e José Epifani do Metrô de São Paulo, à Doutora Ana Odila de Paiva Souza da Secretaria Municipal de Transportes de São Paulo, ao Doutor Marcos Bicalho da ANTP e ao Doutor Mário Engler Pinto Júnior, pelo apoio material e profissional fornecido.

Agradeço, por fim, às Doutoradas Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues e Vânia Marinho, colegas do Ministério Público do Estado do Amazonas, pelos *insights* jurídicos com que me presentearam e que possibilitaram a conclusão das idéias aqui expostas.

RESUMO

O trabalho objetiva investigar alguns problemas relacionados com o financiamento das gratuidades no serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros sobre pneus.

Parte de questões extraídas da realidade do sistema de transporte da maioria das cidades brasileiras, como os subsídios públicos aos concessionários privados, a prática de “subsídios cruzados”, a existência de pessoas que se beneficiam de gratuidades, mesmo não se encontrando em situação de desamparo, bem como o conflito presente nas decisões governamentais no momento de definir o setor da sociedade que deve arcar com o custo da solidariedade social.

Compila a teoria relacionada com a matéria, iniciando pela abordagem dos princípios constitucionais da ordem econômica e social, tendo em vista que o serviço de transporte coletivo urbano, a despeito de ser “público”, é em geral prestado por empresas privadas. Na seqüência, expõe a doutrina nacional e estrangeira pertinente à noção de serviço público e aos institutos da concessão e permissão, que constituem a base das idéias apresentadas ao final.

Aborda a noção de serviço público no direito brasileiro e sua mudança visando admitir maior autonomia do parceiro privado, embora tais idéias inovadoras não sejam inteiramente aplicáveis ao serviço público de transporte coletivo atual.

A partir de relatórios fornecidos pelos órgãos públicos responsáveis pelo gerenciamento dos sistemas de metrô e ônibus urbanos da cidade de São Paulo, bem como pela Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), e complementados por esclarecimentos de especialistas que atuam nessas instituições, apresenta dados técnicos que permitem visualizar a situação atual do sistema e o perfil socioeconômico do usuário.

Ao final, analisa o Texto Constitucional, com o auxílio de métodos interpretativos tradicionais e modernos, e conclui que, em face da realidade brasileira, o ideal é que sejam adotados critérios que limitem a concessão de gratuidades às pessoas necessitadas. Infere ainda que o Poder Público deverá estar atento aos princípios da igualdade e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como aos demais princípios do serviço público.

Finaliza concluindo que o serviço público exige que a Administração harmonize a necessidade de modernização das atividades com a concretização da igualdade material – mediante resguardo dos direitos do usuário carente, porém sem descuidar do respeito ao direito do usuário comum.

ABSTRACT

The work aims to investigate some problems related with the financing of the gratuitousnesses in the public service of passengers' urban collective transport on tires.

It starts from extracted subjects of the reality of the transport system of most of the Brazilian towns, as the public subsidies to the private concessionaires, the practice of "crossed" subsidies, the existence of people that are benefit by the gratuitousnesses, even not being in situation of abandonment, as well as the present conflict in the government decisions in the moment of defining the section of the society that should assume the cost of the social solidarity.

It compiles the theory related with the matter, beginning with the approach of the constitutional principles of the economical and social order, having in view that the service of urban collective transport, in spite of being "public", is rendered in general by private companies. In the sequence, it exposes the national and foreign doctrine pertinent to the notion of public service and the institutes of concession and permission, that constitute the base of the ideas presented at the end.

It approaches the notion of public service in the Brazilian law and its change seeking to admit the private partner's larger autonomy, although such innovative ideas are not entirely applicable to the public service of current collective transport.

Starting from reports supplied by the public organs responsible by the administration of the subway systems and urban bus in the city of São Paulo, as well as by the National Association of Public Transportations (ANTP), and complemented by specialists' explanations that work in those institutions, it introduces technical data that allow to visualize the current situation of the system and the social and economical user's profile.

At the end, it analyzes the Constitutional Text, with the aid of traditional and modern interpretative methods, and it concludes that, in face of the Brazilian reality, the ideal is the adoption of criteria that limit the gratuitousnesses concession to the needy people. It further deduces that the public power should be attentive to the principles of equality and to the economical-financial balance of the contract, as well as to the other principles of the public service.

It ends concluding that the public service demands that the Administration harmonizes the need of modernization of the activities with the materialization of the material equality – by protection of the needy user's rights, however without neglecting the respect to the common user's right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA IDEOLOGIA	13
1.1 Estado Liberal	13
1.2 Estado Social.....	14
2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	16
2.1 Conceito de atividade econômica	16
2.2 Princípios constitucionais da ordem econômica.....	19
2.3 Estado regulador e fomentador	22
3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO SOCIAL	27
3.1 Os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil: artigos 1º e 3º	27
3.2 Os direitos sociais	30
3.3 O Estado contemporâneo e a dificuldade em conciliar os princípios da ordem econômica e social	34
4 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	41
4.1 As teorias francesas de serviço público	41
4.2 A noção de serviço público no direito comunitário europeu	46
4.3 O serviço público na Constituição Federal de 1988: as questões centrais do debate doutrinário atual	49
4.4 Princípios dos serviços públicos	57
4.5 Princípio da igualdade	60
4.6 Princípio da continuidade	63
4.7 Modicidade das tarifas	66
4.8 Princípio da generalidade.....	68
4.9 Princípio da eficiência	69
4.10 Princípio da atualidade.....	70

5 OS INSTITUTOS DA CONCESSÃO E PERMISSÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: PARTE GERAL	72
5.1 O regime geral das concessões e permissões de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro e sua incidência sobre os serviços públicos de interesse local	72
5.2 A concepção de contrato administrativo no Estado de Direito contemporâneo	76
5.3 A reforma do Estado e a filosofia das PPPs.....	81
5.4 As transformações históricas do instituto da concessão de serviços públicos.....	82
5.5 O regime jurídico das concessões de serviços públicos	85
5.6 A situação jurídica do concessionário frente ao interesse público	89
5.7 Os poderes da Administração concedente	92
5.8 Os direitos do concessionário	100
5.9 O prazo de duração das concessões	102
5.10 O instituto da permissão na Constituição de 1988.....	105
6 O INSTITUTO DA CONCESSÃO: ASPECTOS ECONÔMICOS.....	108
6.1 O financiamento dos serviços públicos	108
6.2 Política tarifária.....	109
6.3 Subvenções do Poder Público.....	113
6.4 A Lei das Parcerias Público-Privadas e o subsídio ao parceiro privado: critérios	119
6.5 Subsídios cruzados.....	122
6.6 O artigo 11 da Lei n. 8.987/95	123
6.7 O equilíbrio econômico-financeiro do contrato.....	125
6.8 A cobrança pela outorga da concessão	135
6.9 Os benefícios tarifários	136
6.10 Os ganhos da eficiência empresarial e do desenvolvimento tecnológico.....	136
7 O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS SOBRE PNEUS	138
7.1 O Sistema Nacional de Viação	138
7.2 Espécies de transporte terrestre.....	141
7.3 Análise da competência dos entes federativos.....	143
7.4 Panorama da situação atual do serviço	144
7.5 A regulação e seus principais problemas	149
7.6 O transporte coletivo urbano de passageiros sobre pneus e a inclusão social	154

8 GRATUIDADES E SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS.....	157
8.1 Noção de gratuidade	157
8.2 As gratuidades na Constituição Federal de 1988.....	157
8.3 A gratuidade dos serviços públicos	159
8.4 A gratuidade no transporte coletivo urbano de passageiros sobre rodas	161
8.5 Gratuidade e subsídios públicos	162
8.6 Custeio público das gratuidades, princípios da administração pública e normas constitucionais sobre finanças públicas	164
8.7 Subsídios diretos ao usuário: vale-transporte e benefícios da assistência social.....	167
8.8 Princípio da igualdade e sua relação com o princípio da capacidade contributiva.....	172
8.9 Definição do valor tarifário em relação ao custo do serviço e investimentos futuros .	174
8.10 Subsídios cruzados e o princípio da igualdade	181
8.11 Gratuidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Análise da constitucionalidade dos atos normativos que transferem o ônus da gratuidade no transporte público para a empresa privada.....	183
8.12 O princípio da gratuidade e os serviços públicos concedidos e permitidos. Análise do artigo 230, parágrafo 2º da Constituição de 1988 (gratuidade aos maiores de 65 anos nos transportes coletivos urbanos).....	186
8.13 A gratuidade no Estatuto do Idoso.....	197
8.14 Algumas situações concretas de gratuidade.....	204
8.15 Gratuidade: um princípio em extinção?.....	206
9 CONCLUSÕES	209
REFERÊNCIAS.....	222

INTRODUÇÃO

O presente trabalho dissertativo propõe-se a enfrentar as questões jurídicas que envolvem o financiamento das isenções tarifárias no serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros sobre pneus, em geral prestado sob regime de concessão e permissão a particulares.

O tema toca uma questão preliminar: a decisão do administrador público quanto a repassar, ou não, o custo relacionado com a fruição individual do serviço ao usuário. A dificuldade está em harmonizar os princípios imanentes do ordenamento jurídico que, de um lado, vinculam uma atuação estatal voltada à satisfação dos mínimos sociais e, de outro, orientam soluções governamentais ponderadas, que tenham uma visão de médio e longo prazo, considerando a importância dos serviços públicos – como os transportes – para o desenvolvimento econômico e para a efetivação das metas de universalização e adequação do serviço.

Esse é um dos problemas propostos, cuja abordagem se dará por meio da exposição acerca das seguintes matérias: os princípios constitucionais da ordem social, a noção de serviço público e sua concepção contemporânea, inclusive no direito comunitário, a questão das subvenções públicas em relação ao instituto da concessão, e a visão desse último instituto, sob o enfoque dos princípios da eficiência e da concorrência.

Em pauta estão ainda os princípios constitucionais da livre iniciativa e da propriedade privada. Quando em questão o fornecimento de um serviço público essencial por particulares, a concessão de gratuidades entra em choque com o princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse passo, considerando que as isenções tarifárias representam encargos na equação econômico-financeira, procura-se identificar os direitos do concessionário. Assim, partindo de um enfoque macro que busca os fundamentos da intervenção do Estado na ordem econômica, com ênfase nos princípios constitucionais que guiam a matéria, abre-se caminho para o tratamento dos aspectos econômicos do instituto da concessão. Mediante aproximação do tema com algumas questões econômicas, procura-se mostrar a importância de uma visão renovada

dos princípios da administração pública, com a finalidade de colher maiores benefícios da relação de concessão para o interesse público.

Além de tais abordagens, o tema das “gratuidades” nos serviços públicos, notadamente no transporte coletivo sobre pneus, que conta com uma grande parcela de usuários carentes, apresenta questões relacionadas com eventual decisão estatal de repassar o custo das gratuidades para os demais usuários do serviço, mediante políticas de subsídios cruzados. Assim colocam-se os seguintes problemas:

O custeio das gratuidades no transporte coletivo urbano de passageiros sobre pneus por meio dos subsídios cruzados é admitido em nosso ordenamento jurídico? Não constituiria ofensa ao princípio da igualdade e ao princípio da modicidade da tarifa? O fato de pessoas pobres estarem custeando as passagens de estudantes de classe média ou idosos “não-desamparados” não caracteriza uma situação abusiva de direito?

Ademais, como se não bastasse, existem as opções políticas da Constituição de 1988, entre elas, uma que diz respeito especialmente ao tema das gratuidades: o artigo 230, parágrafo 2º prevê gratuidade no transporte urbano aos maiores de 65 anos. Em face dos princípios constitucionais, é necessário recorrer aos métodos interpretativos da dogmática jurídica contemporânea para tentar responder à seguinte questão: o benefício previsto no parágrafo 2º do artigo 230 da Constituição Federal inclui todas as pessoas com idade acima de 65 anos ou apenas os idosos carentes?

Em seguida, fechando o trabalho, procuraremos extrair do Texto Constitucional os princípios que melhor conduziriam o legislador infraconstitucional nas decisões sobre concessão de gratuidades no transporte coletivo e nos serviços públicos em geral, considerando a meta fundamental de redução da pobreza prevista para a República Federativa. Uma interpretação da Lei Maior mais consentânea com a realidade brasileira procura responder se critérios relacionados com saúde, idade ou condição especial (crianças, deficientes) são suficientes para justificar as gratuidades, ou se é necessário conciliá-los com a capacidade econômica do usuário.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA IDEOLOGIA

1.1 Estado Liberal

O Estado Liberal pode ser definido como a organização política assentada sobre uma ordem jurídica estável (Estado de Direito), cujo traço marcante é a garantia das liberdades individuais. Historicamente, sucedeu os Estados absolutistas, caracterizados pela concentração desproporcional do poder em uma única instância da estrutura política, geralmente o monarca¹. Na época em que o pensamento liberal predominou, a filosofia positivista sustentada por Augusto Comte (1798-1857) reconhecia o poder absoluto da razão humana e a superioridade das leis como resultado da atividade racional.

O fato histórico decisivo para a difusão da ideologia liberal foi a Revolução Francesa (1789)². Todavia, as ocorrências verificadas nos Estados Unidos em período anterior foram significativas para a consolidação do Estado Liberal no século XIX³. Observa-se que tais eventos deram início a uma nova fase histórica, cujos traços distintivos

¹ Nos Estados teocráticos do Oriente e nos Estados dos períodos medieval e moderno, acreditava-se que as decisões dos monarcas tinham como respaldo forças divinas de caráter impessoal e supremo subordinando todos, governantes e governados. (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27).

² A Revolução Inglesa (1688) e a Revolução Americana (1776) tiveram importância na promoção das mudanças que contribuíram para o fim do modelo estatal do período medieval: o feudalismo, a divisão da sociedade em estamentos e as corporações. Contudo, a Revolução Francesa é reconhecida como o fato histórico que mais influenciou as transformações políticas e culturais, sendo-lhe atribuída a responsabilidade pela ideologia constitucionalista dominante no mundo contemporâneo. São ainda reflexos desse relevante acontecimento: a difusão das idéias relacionadas com a política liberal e radical-democrática; o início da codificação; o surgimento do sentido de “nação” como pessoa moral, titular do poder constituinte e detentora de poder supremo, no sentido de não ficar subordinada à Constituição mesma que elaborou, mas apenas ao direito natural, segundo o pensamento do abade Emmanuel Joseph Sieyès, expresso em *Que é o terceiro Estado?*, de 1788 (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, cit., p. 41-43).

³ A história constitucional americana registra fatos significativos, como a elaboração de Constituições estaduais nos Congressos Provinciais da maioria dos Estados americanos, começando pela Constituição do Estado da Virgínia, em 1776. A organização política dos Estados incluía a separação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas a força estava com a assembléia de representantes de cada Estado, que agiam apenas no interesse do grupo que os elegeram. Esse foi um dos fatos que motivou a criação de uma convenção constitucional, ou seja, uma assembléia sem poderes legislativos, com a função de delinear o texto constitucional que seria submetido à ratificação popular: o objetivo era elaborar um texto que pudesse ser visto como representante dos interesses populares e fosse hierarquicamente superior aos atos das assembleias de representantes. Assim, foi instituída a convenção nacional da Filadélfia, em 1787, com a finalidade de construir um governo nacional em nome do “ povo americano” (“*the american people*”), distinto e superior do povo dos Estados. (Edmund S. Morgan, *Constitutional history before 1776*, in Leonard W. Levy; Kenneth L. Karst; Dennis J. Mahoney, *American constitutional history: selections from the encyclopedia of the American Constitutions*, New York: Macmillan, 1989, p. 14-16).

foram a preocupação em elaborar Constituições escritas – embora em países como Inglaterra e Estados Unidos essa unidade constitucional tenha sido buscada, respectivamente, por meio da consolidação dos costumes ou de uma atuação forte do Judiciário –, formar as bases para o reconhecimento da soberania popular, mesmo que ainda em um nível meramente formal, e estabelecer uma divisão política que limitasse o poder.

A concepção política que percorreu o século XIX, identificada como ideologia do Estado Liberal, apresentou duas características que a diferenciaram: a ênfase na supremacia do direito positivo e a realização da igualdade formal mediante garantia de liberdades individuais⁴. Essa ideologia se firmou a partir do desejo das classes burguesas emergentes de reduzir o poder arbitrário dos monarcas e fortalecer, assim, as bases de uma sociedade capitalista, tendo como aspectos determinantes a busca do lucro e a produção de bens em escala, iniciada com a Revolução Industrial na Inglaterra, no século XVIII.

No Brasil os ideais da Revolução Francesa influenciaram a Constituição outorgada em 1824 e a influência da teoria liberal do constitucionalismo americano foi sentida tardiamente na Constituição de 24 de fevereiro de 1891.⁵

1.2 Estado Social

O século XIX teve a contribuição do materialismo histórico de Karl Marx (desenvolvido nas obras *Manifesto do Partido Comunista*, de Marx e Engels, de 1848, e *O capital*, de Marx, de 1867). Sua teoria suscitou interpretações conflitantes, mas teve o mérito de avaliar a influência dos modos de produção material, resultante da evolução das forças produtivas, sobre as manifestações humanas, incluindo a elaboração das normas jurídicas⁶. As estruturas capitalistas não foram agitadas apenas pelas interpretações da teoria marxista. A 2ª Guerra Mundial também colocou em evidência as dificuldades sociais geradas pelo sistema econômico dominante na época.⁷

⁴ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 372.

⁵ *Ibidem*, p. 363-365.

⁶ Fábio Ulhoa Coelho, *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 8.

⁷ Paulo Bonavides. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 155.

Paulo Bonavides⁸ afirma que entre os séculos XVIII e XX, verificaram-se duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – e, no curso das últimas décadas, estamos vivenciando duas outras mudanças de grandes proporções: a revolução da fraternidade, que tem como centro o “homem concreto”, a “ambiência planetária”, o “sistema ecológico”, a “pátria-universo” e a revolução do Estado Social.

Apura-se das referidas teorizações e dos fatos históricos que o Estado Social pretende conferir maior prestígio a situações que retiram a individualidade humana do foco, procurando inserir a proteção do homem em um contexto mais amplo, que harmonize no plano concreto a satisfação de direitos individuais assegurados pelo Estado Liberal, como liberdade e propriedade, com o atendimento a situações que adquirem importância no grupamento social por razões humanitárias, como pobreza, incapacidade física, idade avançada, preocupações ambientais, ou ainda em função do reconhecimento de situações de vulnerabilidade social, como é o caso dos consumidores de bens e serviços remunerados ou de usuários de serviços públicos.

A Constituição alemã de Weimar de 1919 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949 constituem registros históricos relevantes para a solidificação do Estado Social. Tais textos constitucionais influenciaram a segunda Constituição Republicana brasileira de 1934, bem como as Constituições de 1946 e de 1988.⁹

Na seqüência, dissertaremos sobre a ordem econômica e social da Carta Constitucional de 1988, para a seguir voltar à questão central: a configuração do Estado brasileiro contemporâneo.

⁸ Paulo Bonavides, *Teoria constitucional da democracia participativa...*, cit., p. 147.

⁹ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 366.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

2.1 Conceito de atividade econômica

Conceituar “atividade econômica” não é tarefa fácil de executar, como salientam os administrativistas¹⁰, mesmo porque tal definição está vinculada à noção do que seja serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello optou por separar o campo de atuação da atividade econômica do campo de abrangência dos serviços públicos. Afirma que as atividades econômicas são as atividades próprias dos particulares, atividades privadas que, por esse motivo, não podem ser qualificadas como serviços públicos¹¹. Fundamenta sua assertiva no artigo 173 do Texto Constitucional, interpretando que se o Estado só pode explorar diretamente atividade econômica de forma excepcional, então quando se conduzir dessa forma, não estará empreendendo atividade estatal. Desse modo, atividade estatal e atividade econômica não podem ser a mesma coisa. Em outro trecho, afirma expressamente que os serviços públicos são atividades não-econômicas.¹²

Sustenta Marçal Justen Filho¹³ que a noção de serviço público não pode ser completamente separada do conceito de atividade econômica já que aquela contém “caracteres econômicos”. Em seguida, apresenta uma distinção entre serviço público e um conceito mais restrito de atividade econômica, identificando nela os seguintes elementos: racionalidade econômica de acordo com o princípio do utilitarismo¹⁴; a “utilização

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 20. ed. rev. e atual até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 654; Marçal Justen Filho, *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 56.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 647.

¹² *Ibidem*, p. 748.

¹³ Marçal Justen Filho *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, cit., p. 56.

¹⁴ Segundo Fábio Nusdeo, a doutrina utilitarista teve desenvolvimento na Inglaterra, sendo seus representantes David Hume, James Mill e Jeremy Bentham. Em síntese “extremamente apertada”, como destaca o autor, a teoria está vinculada ao hedonismo, exprimindo que as ações humanas não devem ser avaliadas “moralmente” somente por seus motivos, mas também por seus resultados, “desde que não nocivos em si” (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*, 4. ed. ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128).

especulativa da propriedade privada”; a atenção aos “princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência”.

Marçal Justen Filho associa o conceito aos limites traçados pelo Estado para atuação da livre iniciativa¹⁵. Nesse caminho, o conceito de atividade econômica se formaria por exclusão: alcança tudo que não tenha sido retirado da livre atuação privada pelo constituinte.

Neste ponto, entra em discussão um tema recorrente no meio jurídico: saber se o legislador ordinário pode criar outros serviços públicos além dos definidos na Carta Constitucional. A doutrina se divide em Luís Roberto Barroso¹⁶, que entende que não. Ele separa o conceito de “serviços públicos inerentes” do de “serviços públicos decorrentes de uma opção político-normativa”, salientando que os primeiros são as atividades “genética ou ontologicamente ligadas às funções estatais típicas” como a defesa nacional; os segundos são atividades de conteúdo econômico, retiradas do campo da iniciativa privada. Nesse último caso, se a Constituição consagra a livre iniciativa como fundamento da República Federativa, a área de atuação da liberdade econômica deverá ser respeitada, excetuadas as hipóteses expressamente excluídas do referido campo pelo próprio constituinte.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ tem compreensão diversa. Pondera que o legislador ordinário pode criar serviços públicos, porém não dispõe de liberdade absoluta para tanto, devendo respeitar os limites constitucionais (entenda-se o princípio da livre iniciativa). Complementa afirmando que, em razão do constituinte não ter definido o que seja atividade econômica, o legislador ordinário deve se ater “ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade”.

O impasse não tem solução fácil: por um lado, o dever de respeito ao espaço da livre iniciativa, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso IV, e como princípio da ordem econômica, no *caput* do artigo 170. De outro

¹⁵ Marçal Justen Filho *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, cit., p. 57.

¹⁶ Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v. 2, p. 162.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 654.

ângulo, todavia, não se pode excluir totalmente a possibilidade de criar um serviço público por meio de lei ordinária, embora em face do princípio de livre iniciativa, as hipóteses devam ser limitadas.

No Brasil, a execução de serviços públicos por particulares, em vista do disposto no artigo 175 da Constituição Federal, importa um controle estatal mais rígido que o aplicado às atividades privadas – ressaltam-se os serviços de educação e saúde que, embora franqueados à iniciativa privada, são submetidos a um grau de regulação tão ou mais intenso. Além disso, o acesso é condicionado a licitação, há previsão de controle social pelos usuários, submissão a uma política tarifária e obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único, incs. I a IV da CF). Portanto, a execução de serviço público representa restrição à iniciativa privada.

Assim, só se justificaria a atribuição do caráter de serviço público a uma atividade privada se sua importância para a coletividade fosse tal que impusesse os deveres de universalidade, regularidade e adaptabilidade¹⁸. É o caso dos serviços de telecomunicações e energia, por exemplo (art. 21, incs. XI e XII, “b” da CF, respectivamente). A licitação seria o meio de selecionar as empresas que possuíssem melhores condições financeiras e técnicas de atender a tais exigências; a política tarifária possibilitaria o controle de preços; e o contrato conteria regras especiais, prevendo fiscalização, condições de caducidade e rescisão da concessão ou permissão.

Deve-se também levar em consideração que a tendência nos dias atuais é a abertura do mercado de serviços públicos à iniciativa privada, mediante um monitoramento da atividade pelo Estado¹⁹. Portanto, se a atividade estiver fora do campo dos serviços públicos mas puder ser desempenhada em regime privado, e ainda assim atender ao interesse coletivo, uma saída seria promover sua transformação em serviço público submetido a um regime mais flexível.

¹⁸ Ver o item 4.4 sobre os princípios do serviço público.

¹⁹ A prestação de serviço público por meio de autorização (forma de delegação) foi contemplada nos serviços públicos de competência da União (art. 21, incs. XI e XII da CF), sendo essa uma forma de permitir que o serviço tenha um meio de gerência mais próxima do modo privado de atuação, segundo Almiro do Couto e Silva (Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar; FGV, n. 230, p. 59, out./dez. 2002).

2.2 Princípios constitucionais da ordem econômica

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo I do Título VII (Da ordem econômica e financeira), que contém os artigos 170 a 181, estabelece os princípios gerais da atividade econômica. No artigo 170 verifica-se, desde logo, a complexidade que a norma constitucional encerra, considerando que, ao lado dos fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, bem como dos princípios da propriedade privada e da livre concorrência, está a finalidade (da ordem econômica) de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

Os fundamentos, finalidade e princípios elencados na norma em destaque parecem inconciliáveis e realmente não seria possível implementá-los sem adotar um critério interpretativo que leve em consideração técnicas como a razoabilidade, a proporcionalidade e o princípio da unidade da Constituição.²⁰

Luís Roberto Barroso²¹ propõe um critério de interpretação do artigo 170 do Texto Constitucional. Segundo sua análise, a *livre iniciativa* e a *valorização do trabalho humano* são os *fundamentos* da ordem econômica (art. 1º, inc. IV e *caput* do art. 170 da CF). Os princípios referidos nos incisos I a VI do artigo 170 (soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente), o autor denomina de *princípios de funcionamento*. Identifica também os *princípios-fins* que definem os macroobjetivos da ordem econômica e direcionam a política econômica do Estado: (i) existência digna para todos; (ii) redução das desigualdades regionais e sociais; (iii) busca do pleno emprego; (iv) expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (*caput* do art. 170 e seus incisos VII, VIII e IX da CF).

²⁰ André Ramos Tavares ensina que a interpretação sistemática do direito como um todo e também da Constituição considera o sistema como um composto, o que não significa, entretanto, a mera união de seus elementos. Há coesão e coerência no conjunto (não se admitem contradições internas na Constituição) que devem ser buscadas pelo intérprete. Mais adiante, referindo-se à necessidade de harmonizar os bens jurídicos em conflito no sistema, acrescenta: “Nenhum direito, nenhuma garantia, nenhuma liberdade poderá ser tomada como absoluta”. (*Curso de direito constitucional*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77 e 83).

²¹ Luís Roberto Barroso, A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, in *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v. 2, p. 47-81.

O citado autor afirma que os *princípios de funcionamento* são dirigidos à atuação privada no mercado. Por meio da edição de leis e outros atos normativos, o Poder Público impõe limitações ao particular, com o objetivo de preservar abusos que decorram da movimentação do mercado e que possam afetar consumidores e o meio ambiente. O princípio da soberania nacional importa o respeito às decisões do Estado que possam afetar as práticas comerciais, notadamente as normas com repercussão sobre a liberdade de contratar.

Em seqüência, o inciso II do artigo 170 enumera a propriedade privada como princípio da ordem econômica. Ela tem a função de garantir aos agentes econômicos a apropriação dos bens e meios de produção, estabelecer o respeito recíproco do direito de propriedade entre os particulares e os limites da intervenção estatal. O princípio inserto no inciso III (função social da propriedade) está relacionado à utilização da propriedade de forma que funcione como geradora de empregos, respeite o meio ambiente, proporcionando, de forma indireta, benefícios à comunidade²². José Afonso da Silva sustenta que a “propriedade” a que se refere o texto é a “propriedade dos bens de produção”, portanto haveria “função social dos bens de produção em dinamismo”.²³

O princípio da livre concorrência (inc. IV), por sua vez, é da essência da lógica do mercado. Impõe, na prática, regras que ajustam preços, determinam padrões de qualidade mais elevados, fornecem espaço para a criatividade e o empreendedorismo. É a tônica do mundo capitalista moderno baseado na disputa globalizada do mercado, com interferência mínima²⁴ do Estado.

Voltando à categorização principiológica apresentada por Luís Roberto Barroso, constata-se que na definição que o autor proporciona para os *princípios-fins*, posiciona o Estado como o seu garantidor, mediante políticas econômicas. A iniciativa privada, a seu

²² Luís Roberto Barroso, *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*, cit., p. 57. O autor ressalta, todavia, que o conceito é difuso.

²³ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 713.

²⁴ A palavra é usada aqui não com o sentido de “Estado mínimo” do Liberalismo clássico, mas com a idéia de uma atuação estatal menos direta.

ver, não pode ser obrigada à execução de atividades ou a suportar custos de caráter “redistributivistas” ou “assistencialistas”.²⁵

No julgamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre preços escolares²⁶, o debate conduziu à necessidade de ponderação entre a livre iniciativa como princípio (ou fundamento) da ordem econômica e o princípio da defesa do consumidor, e também a finalidade de promover a justiça social atribuída à ordem econômica. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha assentado ser possível o controle prévio de preços para conciliar os fundamentos e princípios em destaque, a questão gera muita polêmica: não há como negar, conforme expresso pelo Ministro Marco Aurélio em voto vencido, que tal medida interfere na livre concorrência, podendo acarretar desequilíbrio no mercado.

Analisando o Texto Constitucional, tenta-se chegar a uma aproximação de qual teria sido a intenção do constituinte. A resposta parece estar nos artigos 1º e 3º da Constituição: foi conferido o mesmo *status* constitucional tanto à livre iniciativa e ao desenvolvimento nacional quanto ao que se poderia denominar genericamente de “valores sociais” (cidadania, dignidade da pessoa humana etc.). Portanto, a tarefa que incumbe ao administrador público, ao legislador e ao juiz de definir como agir em cada situação concreta dependerá do recurso à ponderação. Ela indicará, mediante aplicação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade e seus desdobramentos doutrinários (escolha dos meios adequados, necessários e proporcionais para realização dos fins mediante cotejamento da norma com a realidade) qual a medida do sacrifício de parcela de cada fundamento constitucional será admitida, já que o sacrifício total da livre iniciativa ou do bem coletivo que com ela disputa não é possível.

²⁵ Luís Roberto Barroso, A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, cit., p. 66-67. O autor posiciona-se ao final da exposição favoravelmente ao controle prévio de preços pelo Poder Público em caráter excepcional, desde que tenha a finalidade de recompor a normalidade do mercado e desde que: a) observe o postulado da razoabilidade; b) seja por determinado período de tempo; c) não imponha a venda de bens ou serviços por preço menor que o preço de custo, somado ao lucro e retorno mínimo compatível com o reinvestimento.

²⁶ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares.” (STF – ADI n. 319-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.1993).

2.3 Estado regulador e fomentador

A análise econômica é fundamental para a compreensão do papel do Estado como regulador e fomentador da atividade econômica. A partir do conhecimento das teorias econômicas que se desenvolveram no Estado Liberal clássico, é possível entender porque a intervenção do Estado por vezes é imprescindível para normalizar o mercado e por qual razão em certos casos essa intervenção deve ser evitada ou minorada.

Ao abordar o papel do Estado regulador, não se pode nem mesmo excluir do campo de visão os serviços públicos – especialmente aqueles em que os aspectos econômicos sobressaem mais, como os serviços de telecomunicações, ou os serviços sociais franqueados à iniciativa privada, como ensino, em que se admite maior espaço à livre concorrência – dada a sua função no contexto econômico como um todo e também em razão dos reflexos que sofrem da regulamentação estatal que se opera na área econômica.

É evidente que a direção constitucional na matéria é um grande auxílio para resolver as situações práticas. O Texto Constitucional estabeleceu com clareza uma diferença no modo como deverá se dar a regulação no setor público e no setor privado – mais e menos intensa, respectivamente. O *caput* do artigo 174 prevê: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Uma constatação econômica que se consolidou durante o Estado Liberal clássico foi no sentido de que o mercado, por si só, não é capaz de resolver todos os problemas que surgem em razão da própria movimentação do mercado e em função da necessidade do atendimento de necessidades coletivas. Fábio Nusdeo²⁷ discorre em capítulo especial de sua obra sobre as “falhas do mercado”, apontando, conclusivamente, a existência de cinco falhas mais importantes: “quanto à mobilidade de fatores – é uma falha de origem física ou cultural; “quanto à transparência ou acesso à informação – falha de origem legal”; “quanto à concentração econômica – falha de estrutura”; “quanto aos efeitos externos ou

²⁷ Fábio Nusdeo, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, cit., p. 141-170.

externalidades – falha de sinal”; “quanto ao suprimento de bens coletivos – falha de incentivo”.

Demonstra, por exemplo, a tendência natural do mercado de se constituir em oligopólios, monopólios e outras formas de concentração econômica (falha de estrutura), sendo necessária a regulação para coibir o abuso do poder econômico. Quanto às externalidades negativas²⁸, a função da regulação será internalizá-las. Fábio Nusdeo dá como exemplo o “princípio do poluidor-pagador”, mencionando que em países como Alemanha, Estados Unidos e nações escandinavas, é cobrada uma tarifa pelo uso do meio ambiente²⁹. No âmbito da discussão sobre transporte coletivo, fala-se na cobrança de uma “taxa de congestionamento” que teria como finalidade desestimular o uso do transporte individual e incentivar a utilização do transporte coletivo. Pode ainda o Estado agir preventivamente. Para isso, o desenvolvimento de novos ramos do direito, como o ambiental e o urbanístico, desempenha um papel relevante.

Ainda no âmbito do transporte coletivo, o desempenho da regulação tem outro viés: garantir que a população possa dispor de um transporte público de qualidade, a preços razoáveis, supridor das necessidades da população dispersa na cidade, atendendo, assim, ao princípio da universalidade. O mercado, por si só, não tem sido capaz de satisfazer até o momento as carências do setor.

Fábio Nusdeo lembra ainda que quando não presta diretamente o serviço de interesse público ou delega sua prestação a particulares, o Estado tende a incentivar (Estado fomentador) atividades geradoras de externalidades positivas, como a concessão de benefícios fiscais para o estabelecimento de uma atividade industrial em área carente de desenvolvimento.³⁰

²⁸ Externalidades consistem em custos (externalidades negativas) e benefícios (externalidades positivas) que o mercado não é capaz de absorver. O conceito é melhor compreendido com exemplos: no caso de transporte urbano (individual ou coletivo), uma externalidade negativa é a poluição que os veículos geram, acarretando problemas para a saúde dos habitantes dos centros urbanos; ou ainda o congestionamento: problema de longo tempo gasto pelo cidadão nos engarrafamentos, aumento de custo do transporte coletivo que consome mais combustível, peças etc. É exemplo de externalidade positiva a construção de uma estrada ligando um centro de produção a um porto, beneficiando agentes econômicos e a comunidade.

²⁹ Fábio Nusdeo, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, cit., p. 162.

³⁰ *Ibidem*, p. 165.

Em um primeiro momento – marcadamente no período liberal clássico –, as falhas de mercado serviram de justificativa para a intervenção do Estado na economia, com o objetivo de reparar as suas distorções. Em uma fase posterior o Estado passou a agir, também planejando a atividade econômica, definindo rumos e conduzindo o ambiente social e econômico de forma preventiva. Sua ação, contudo, pode se dar harmoniosamente em relação ao mercado, só se justificando uma ação mais intensa para corrigir falhas ou para tutelar bens coletivos.³¹

No entanto, quando se penetra a fundo no estudo das ações regulatórias, nem sempre essa harmonia se realiza. As causas são de diversas origens: problemas conjunturais, sejam de ordem econômica, social ou de ineficiência do aparato estatal; questionamentos que envolvem as justificativas regulatórias; e a forma como se comportam as estruturas de poder de cada Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), de onde emanam decisões nem sempre convergentes.³²

Observa-se que as formas de regulação, ou suas motivações, estão ligadas a um contexto de organização política do Estado. A tal conclusão se chega verificando que o conceito de atividade econômica e, como veremos ao longo deste trabalho, a noção de serviço público, variam conforme o modelo estatal: liberal, social ou neoliberal.

Eros Roberto Grau³³ classifica as formas de intervenção do Estado no domínio econômico em: “ (i) “intervenção por absorção ou participação”; (ii) “intervenção por direção”; e (iii) “intervenção por indução”. No primeiro caso, “a organização estatal assume – parcialmente ou não – ou participa do capital de unidade econômica que detém o controle patrimonial dos meios de produção e troca”³⁴. A intervenção por direção implica na adoção de “mecanismos” e “normas” de caráter impositivo para a economia.

³¹ Fábio Nusdeo, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, cit., p. 167.

³² Esse não é um problema exclusivamente brasileiro. A respeito, Cass R. Sunstein aponta as falhas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nos Estados Unidos, quanto ao relacionamento entre si e com as agências reguladoras, concluindo ser possível a convivência dos controles exercidos por cada um deles sobre a atuação das agências, e ainda assim manter a autonomia desses órgãos (*O constitucionalismo após o The New Deal*, in Paulo Mattos, Coord., *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 201).

³³ Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 6. d. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 231.

³⁴ *Ibidem*, mesma página.

Finalmente, na intervenção por indução, o Estado “manipula” os instrumentos de intervenção, em conformidade com as normas regentes do mercado.

Comentando a “intervenção por direção”, Eros Roberto Grau³⁵ ressalta que o Estado deve dispor de instrumentos normativos ágeis para regular os fatos econômicos e financeiros. Nesse sentido, teoriza sobre a “capacidade normativa de conjuntura” conferida aos órgãos da Administração. Trata-se de “dever-poder” atribuído a órgãos da Administração para ditar normas que irão vincular o agir dos agentes econômicos (caráter compulsório). Além desse aspecto, extrai-se da exposição do autor as seguintes características da capacidade normativa de conjuntura: (i) obrigatoriedade de observância dos limites constitucionais e legais a que deverão estar subordinadas as normas provenientes dos órgãos administrativos; (ii) dinamismo e flexibilidade; e (iii) conteúdo técnico dos regulamentos.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ apresenta os seguintes modos de intervenção do Estado na ordem econômica: (i) por meio do “poder de polícia”; (ii) atuando empresarialmente, através de pessoas criadas com finalidade determinada, em hipótese excepcional; (iii) via incentivos ao setor privado. Encontram-se inseridas nas atividades inerentes ao “poder de polícia”, segundo o autor, as atividades de fiscalização, a expedição de atos administrativos em cumprimento de leis e as atividades de planejamento, todas previstas no artigo 174 da Constituição Federal.

Luís Roberto Barroso³⁷ prefere separar as formas de intervenção em “disciplina”, “fomento” e “atuação direta”. Quanto à primeira forma de interferência, inclui a edição de leis, regulamentos e o exercício do poder de polícia. Na modalidade “intervenção direta”, faz constar a prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas.

Carlos Ari Sundfeld³⁸ propõe uma classificação diversa. Ao mencionar a necessidade de “reconstruir” a teoria da ação administrativa, lança a idéia de *Administração ordenadora* e mais dois setores: *Administração de gestão* e *Administração fomentadora*. A *Administração de gestão* inclui as atividades em relação às quais o Estado

³⁵ Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 231.

³⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 749.

³⁷ Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, cit., v. 2, p. 152-153.

³⁸ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, 3. tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 16-17.

desempenha a função de gerir, no papel de sujeito ativo: a prestação de serviços públicos a ele “reservados”; a execução de “serviços sociais” (prestados pelo Estado em caráter não exclusivo, como educação e saúde); o “estabelecimento e manutenção de relações com os Estados estrangeiros (art. 21, I a IV da CF); a “emissão de moeda e administração cambial” (art. 21, VII e VIII da CF); a “exploração de setores monopolizados” (art. 177 da CF); a exploração de atividades econômicas em regime de concorrência com os particulares (art. 173 da CF).

A *Administração ordenadora* agrupa as “operações estatais de regulação do setor privado”, o que significa interferir na “aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados”, com a utilização do “poder de autoridade”. A proposta do autor é afastar o emprego da expressão “poder de polícia”, que embora ainda tenha sido contemplada no artigo 145, II da Constituição Federal, carrega idéias não condizentes com o Estado de Direito, como a existência de uma discricionariedade implícita que autorizaria intervir na vida privada e forma de manifestação no estilo do Estado Liberal, mediante a imposição de deveres de abstenção.

Outras questões sobre regulação agitam o direito público atual, mas, em razão da complexidade da matéria, sua abordagem conferiria uma extensão inapropriada ao presente trabalho. Espera-se ter atingido com a exposição apresentada neste tópico algumas finalidades. A primeira delas foi demonstrar que a regulação estatal é necessária, não apenas para coordenar setores desorganizados do mercado, como para atender a interesses coletivos; a segunda buscou identificar, em linhas gerais, a forma como a doutrina autorizada na matéria tem promovido a classificação da intervenção do Estado na economia, enfatizando as diferenças que existem; a terceira foi destacar alguns aspectos das discussões atuais sobre a interpretação do Capítulo I do Título VII da Constituição Federal de 1988, que trata da ordem econômica quanto à harmonização entre o fundamento da livre iniciativa e os fins sociais a que está sujeita essa ordem.

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO SOCIAL

Neste capítulo, serão abordadas normas constitucionais que revelam a face social do Estado brasileiro. Procurar-se-á descobrir com que vigor o constituinte tratou a matéria, para demonstrar porque os princípios e fins sociais têm lugar de destaque na produção jurídica normativa, aqui referida no seu sentido mais amplo, de regramento produzido por organismos a tanto autorizados pelo ordenamento jurídico.

3.1 Os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil: artigos 1º e 3º

Por sua importância, transcreveremos as normas constitucionais dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal para, em seguida, descer a alguns detalhes de interesse para o tema principal. Destarte, a redação do primeiro artigo, *caput*, é a seguinte, *in verbis*: “Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania, III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”

O artigo 3º, por sua vez, prevê, *in verbis*: “Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Dos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro decorrem direitos e liberdades fundamentais, como os direitos individuais (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), previstos no artigo 5º do Texto Constitucional, e os direitos sociais, contidos nos artigos 6º a 11 da Constituição Brasileira. O artigo 6º, por sua vez, contempla o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à

proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados como direitos sociais. Os artigos 7º, 9º, 10 e 11 versam sobre os direitos dos trabalhadores.

Canotilho apresenta os conceitos de “princípios constitucionais estruturantes” e “princípios jurídicos fundamentais”. Discorrendo acerca dos primeiros, menciona as variações designativas que recebem da doutrina: “determinações jurídico-constitucionais da estrutura do Estado”, “princípios estruturantes do Estado”, “princípios directores”, “fundamento da ordem constitucional”, “estruturas fundamentais do Estado constitucional”. De qualquer modo, de acordo com o autor português, informam o “núcleo essencial da constituição”.³⁹

Na seqüência, fornece as duas dimensões dos princípios estruturantes: (i) “dimensão constitutiva”, por meio da qual revelam uma “compreensão global da ordem constitucional”; (ii) “dimensão declarativa”, quando eles funcionam como “superconceitos”, na medida que incorporam “subprincípios” e outras normas constitucionais, fenômeno que acontece na maioria das vezes.

O autor exemplifica⁴⁰: o princípio do Estado de Direito expressa, de modo “global”, uma ordem garantida pelo direito. Em outras situações se apresenta como resultado da aglutinação de outros princípios relacionados com a idéia anterior (de ordem garantida pelo direito), como princípio da juridicidade, princípio de constitucionalidade, princípio da legalidade da administração, princípio da proteção da confiança, princípio da divisão de poderes. O princípio democrático pode também significar outros aspectos do poder político, como princípio da soberania popular, princípio eleitoral, princípio partidário, princípio representativo e princípio participativo.

Já para princípios jurídicos fundamentais, Canotilho concede o seguinte conceito⁴¹: “Os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Tais princípios são utilizados na interpretação, integração, conhecimento e

³⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.184.

⁴⁰ *Ibidem*, mesma página.

⁴¹ *Ibidem*, p. 1.165.

aplicação do direito positivo. Seus reflexos podem ser negativos (função negativa dos princípios) ou positivos (função positiva dos princípios). Na primeira hipótese, o autor inclui a força dos princípios para combater situações limite, como oposição ao Estado Democrático de Direito ou abuso de poder.

Como função positiva, aponta o papel dos princípios fundamentais de “informar materialmente os atos do poder público”, aí incluindo os princípios da publicidade, de exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos Poderes Públicos, do acesso ao direito e aos tribunais e da imparcialidade da Administração. O autor finaliza a análise sobre os princípios fundamentais afirmando que eles não fundamentam “recursos públicos”, embora funcionem como “diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais”.⁴²

Na Constituição portuguesa, os princípios estruturantes figuram no capítulo introdutório, denominado “Princípios Fundamentais”. Sustenta ainda Canotilho⁴³ que os princípios estruturantes dessa ordem constitucional são: o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano. Esses princípios realizam-se no plano concreto por meio dos princípios constitucionais gerais. Por exemplo, são subprincípios (princípios constitucionais gerais) do princípio do Estado de Direito (princípio estruturante) os da legalidade, da constitucionalidade e da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. O constitucionalista português declara também que os princípios estruturantes possuem uma “base antropológica comum”: o “homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador”.⁴⁴

Verifica-se, por conseguinte, que as idéias e exemplos envolvendo os conceitos de “princípios estruturantes” e “princípios fundamentais” na teoria de Canotilho têm o mesmo significado. Extrai-se, a final, que a intenção é reforçar o aspecto determinante dos princípios fundamentais para direcionar o processo de interpretação constitucional.

⁴² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.166.

⁴³ *Ibidem*, p. 1.173.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1.186.

Destacamos ainda a classificação formulada por Luís Roberto Barroso para os princípios constitucionais materiais⁴⁵: (i) princípios fundamentais, que incluem as decisões políticas relacionadas com a organização do Estado, os objetivos indicados pelo Texto Constitucional como fundamentais à República (art. 3º da CF), os princípios pertinentes às relações internacionais do Estado (art. 4º da CF) e o princípio da dignidade da pessoa humana, afeto a todas as relações públicas e privadas; (ii) princípios gerais, que constituem “desdobramentos” dos princípios fundamentais e estão reunidos notadamente no artigo 5º da Carta Magna; (iii) princípios setoriais ou especiais, que comandam um grupo de normas concentradas sob determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Esses últimos, segundo Luís Roberto Barroso, são “supremos” em relação ao tema que regulam e às vezes advêm dos princípios gerais, como, por exemplo, o princípio da administração pública (arts. 37 e 70, parágrafo único da CF).

3.2 Os direitos sociais

Retornemos aos ensinamentos de Canotilho⁴⁶, na parte em que dá ênfase à democracia social: “A realização da democracia econômica, social e cultural é uma consequência política e lógico-material do princípio democrático”⁴⁷. Na esteira do que afirma o autor português, Silvio Luis Ferreira da Rocha⁴⁸ sustenta que a soberania e a cidadania expressam a obrigação assumida pelo Estado brasileiro com a democracia, enquanto a dignidade da pessoa humana reflete o compromisso com a democracia social e econômica. Complementa-se com o que afirma José Afonso da Silva: “É que a *igualdade* constitui o signo fundamental da democracia.”⁴⁹

⁴⁵ Luís Roberto Barroso *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 374-376. Segundo o autor, os princípios constitucionais instrumentais são: da supremacia da Constituição; da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; da interpretação conforme a Constituição; da unidade da Constituição; da razoabilidade ou da proporcionalidade; e da efetividade (Ibidem, p. 370-374).

⁴⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 335.

⁴⁷ José Joaquim Gomes Canotilho acrescenta que os Estados europeus na quase integralidade adotaram o *princípio da socialidade* no núcleo firme do Estado constitucional democrático, expressão aplicada na Constituição alemã (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 335).

⁴⁸ Silvio Luis Ferreira da Rocha, Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, p. 176-184, out./dez. 2000.

⁴⁹ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 70.

Nessas citações, já é possível perceber que a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade figuram como valores supremos da democracia social. O termo “social” vem agregar nesse contexto um novo sentido humanista ao Estado de Direito, afastando o caráter individualista marcante do Estado Liberal. Tal dedução se extrai dos artigos 1º e 3º da Constituição supra transcritos, bem como de vários dispositivos constitucionais.

Como visto nos comentários sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, bem como da leitura dos artigos 1º, inciso IV e 3º, inciso II, a livre iniciativa e a garantia do desenvolvimento nacional também são fundamentos do Estado Democrático de Direito, o qual deve ainda obediência a um outro princípio: o da legalidade, consagrado nos artigos 5º, inciso II e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal.

Em face desse quadro, algumas discussões doutrinárias de fundo envolvendo os temas “dignidade da pessoa humana” e “direitos sociais” começam a aparecer para: (i) dimensionar a eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana quando em confronto com as garantias individuais, como a liberdade de contratar e a propriedade privada, ou quando em face da necessidade de desenvolvimento do Estado; (ii) aquilatar a efetividade dos princípios e regras constitucionais versando sobre “direitos sociais”, para o fim de obrigar o Poder Público a elaborar e cumprir as ações previstas na lei para a execução das políticas públicas, e gerar direitos subjetivos individuais.

A segunda questão leva à abordagem do fenômeno de inclusão de instrumentos de concreção dos direitos sociais nos textos constitucionais. Foi o que fez o constituinte brasileiro no artigo 195, ao prever fontes de custeio para a seguridade social⁵⁰. Aliás, ao estabelecer a aplicabilidade imediata de todos os direitos e garantias fundamentais no parágrafo 1º do artigo 5º do Texto Constitucional⁵¹, o constituinte brasileiro não deixa dúvidas quanto à sua intenção de conferir-lhes efetividade, embora no Brasil haja um distanciamento evidente entre a atuação social do Estado por meio dos vários níveis de

⁵⁰ A seguridade social, de acordo com o artigo 194 da Constituição Federal, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

⁵¹ “Artigo 5º - (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

organização política e as necessidades da população, sendo frequentes os questionamentos sobre o *quantum* do social realizado pelo Estado.

Canotilho⁵² analisa o princípio da democracia social e econômica como fundamento de pretensões jurídicas. Em primeiro lugar, afirma que tal princípio está contido em vários preceitos que garantem direitos subjetivos dos cidadãos. No entanto, trata-se, segundo o autor, de um “*princípio jurídico fundamental objetivo*” e não de uma “*norma de prestação subjectiva*”. Em seguida, indica as situações em que os tribunais podem dar aplicação mais concreta a tal princípio, a partir do reconhecimento da existência de “inconstitucionalidade da lei por violação do princípio da socialidade”.⁵³

As hipóteses referidas pelo autor são as seguintes: (i) arbitrária inatividade do legislador, que possibilita aos cidadãos questionarem a inconstitucionalidade por omissão; (ii) situações específicas de necessidades sociais a partir do reconhecimento do “*princípio da defesa de condições mínimas de existência* inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana”; (iii) nas situações em que o legislador interfere de forma a restringir direito assegurado em uma lei de caráter social, ameaçando as condições de existência mínima do cidadão.⁵⁴

Os casos apresentados como causas justificadoras da implementação efetiva de direito fundamental (dignidade da pessoa humana, justiça social) em decorrência do princípio da democracia social encontram acolhida no direito brasileiro. O mandado de injunção⁵⁵, previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, está vinculado ao preceito contido no parágrafo 1º do artigo 5º. Segundo José Afonso da Silva⁵⁶, seu objeto é atribuir aplicabilidade imediata (assegurar o exercício) a direito constitucional individual, coletivo, político ou social e a liberdade constitucional ausentes de regulamentação.

⁵² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 342-344.

⁵³ O princípio da socialidade, segundo Canotilho, é um termo utilizado na Constituição alemã que traduz a idéia da democracia econômica, social e cultural (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 335).

⁵⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 343.

⁵⁵ Estabelece o artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, *in verbis*: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

⁵⁶ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 165.

A discussão possui adicionalmente outro foco: definir se a Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição dirigente ou meramente programática⁵⁷. Lenio Luiz Streck⁵⁸ entende que o constitucionalismo dirigente não morreu⁵⁹ e lança uma teoria que denomina “teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia”. Em síntese, o autor afirma: “Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar, nesta quadra da história, é aquela que *contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida*. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esse fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado nacional na seara da pós-modernidade globalizante.”⁶⁰

Marcus Orione Gonçalves Correia⁶¹ sustenta que uma interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal de 1988 autoriza concluir que os direitos sociais possuem grau de importância similar aos direitos individuais em nível constitucional. Refere-se particularmente à possibilidade de extensão aos primeiros da proibição de sua supressão por meio de emenda constitucional, a teor do disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Carta Constitucional.⁶²

⁵⁷ Constituição programática, segundo Canotilho, é a que encerra “normas-tarefa” e “normas-fim” e estabelece programas de ação e linhas de orientação voltados ao Estado. Estaria associada à idéia de Constituição dirigente, ou seja, a Constituição comandaria a atuação do Estado impondo a concretização dos programas (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 217). O autor, no entanto, passou a assumir uma posição diversa ao afirmar que o termo “reflexivo” se ajustaria mais ao constitucionalismo contemporâneo. Sobre essa abordagem, comentaremos adiante.

⁵⁸ Lênio Luiz Streck, A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 27-64, 2002.

⁵⁹ A tese defendida por Lênio Luiz Streck se opõe à tendência de alguns juristas, inclusive Canotilho em sua fase mais recente, cuja teoria ele analisa em detalhes, de conferir uma nova roupagem à tese da Constituição dirigente e suas conseqüências em relação às normas programáticas e princípios implícitos e explícitos inseridos nas Cartas Constitucionais.

⁶⁰ Lênio Luiz Streck, ob. cit., p. 60-61.

⁶¹ Marcus Orione Gonçalves Correia, Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 99, p. 305-325, 2004.

⁶² Marcus Orione Gonçalves Correia argumenta também que todas as normas constitucionais necessárias à efetividade dos direitos sociais devem ser consideradas direitos fundamentais e não apenas os artigos 6º a 11, na linha do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 939 (que trata, no entanto, dos direitos individuais). Manifesta-se, outrossim, no sentido de que os direitos sociais reclamam do Estado uma postura ativa, e não meras promessas. Baseia essa sua última afirmação em um argumento mais experimental, afirmando que se o Estado tem recursos para gastar com a garantia de direitos individuais (segurança pública, por exemplo), deverá destinar verbas também para atender aos direitos sociais, que têm o mesmo peso que aqueles. (Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais, cit., p. 312).

A tese é com certeza polêmica, uma vez que o dispositivo citado só menciona “direitos e garantias individuais”. Todavia, é pertinente a reflexão. Afinal, desde o século XVIII, a sociedade em geral e mesmo as estruturas de organização do poder deixaram de ver o homem como um fim em si mesmo – embora o fenômeno não tenha ocorrido da mesma forma e ao mesmo tempo nas várias sociedades, variando em função do grau de evolução política, jurídica e social de cada uma –, passando a preocupar-se com o bem-estar coletivo que assumiu, em tempos mais recentes, uma relevância sem precedentes.

A doutrina sublinha também a importância da mobilização social como fator de efetivação dos direitos sociais, quando se sabe que os instrumentos jurídicos à disposição dos cidadãos nem sempre atingem os objetivos desejados⁶³. As mudanças na gestão pública que vêm sendo introduzidas nos governos locais, por meio de mecanismos como participação de membros da comunidade em conselhos, pode ser considerada uma forma de garantir maior eficácia a esses direitos.

O texto constitucional, na sua quase totalidade, contém normas de alguma forma relacionadas com os direitos sociais. Algumas estão mais intensamente direcionadas a tal fim, como os serviços de saúde e educação e os serviços públicos, sobre os quais discorreremos em capítulo especial. Se aceitarmos a teoria de serem os direitos sociais tão fundamentais quanto os direitos individuais e se conferirmos a estes últimos uma dimensão menos individualista, como parece ter sido a intenção do constituinte (o princípio da função social da propriedade é reforço dessa tese), podemos deduzir que a organização estatal deverá priorizar as ações sociais e que a iniciativa privada, dentro de certos limites e sem desnaturar sua essência, também está comprometida, em alto grau, com a satisfação desses interesses.

3.3 O Estado contemporâneo e a dificuldade em conciliar os princípios da ordem econômica e social

É fato que os problemas atualmente enfrentados nas sociedades e suas formas de organização são complexos. Em algumas, dificuldades como miséria, analfabetismo e

⁶³ Do que é exemplo a reduzida capacidade de gerar resultados da ação de inconstitucionalidade por omissão.

violação dos direitos humanos são mais intensos, mas todas as nações contemporâneas têm que lidar com o dilema de se manter em um mercado mundial altamente competitivo e conseguir administrar seus problemas internos, inclusive de ordem social.

A realidade brasileira apresenta carências graves nas áreas de saúde e educação, constata-se deficiências na estrutura administrativa dos Poderes Executivo e, ademais, o Judiciário, o Executivo, o Legislativo, e mais recentemente as agências reguladoras, não se articulam para produzir normas que possam convergir para uma maior coerência legislativa.

A atuação normativa do Poder Judiciário também se ressentem, em algum grau, de falhas, sendo uma de suas causas a deficiente estrutura de apoio às questões jurídicas que envolvem alto grau de especificidade. Mas há outro problema de dimensões maiores: o fato de hoje o Poder Judiciário ter que decidir sobre questões relacionadas com a efetividade dos direitos sociais.

Mas não é só. Há também a manifestação do poder econômico, que penetra em todas as instâncias dos poderes públicos, apresentando-se, muitas vezes, como a única alternativa para suprir as deficiências de um Estado deficitário, que tem a obrigação constitucional de suprir necessidades coletivas e que, sem força para se impor mediante o exercício de uma ação regulatória eficaz, cede muitas vezes aos interesses econômicos, deixando de realizar adequadamente o sopesamento dos valores protegidos pela Constituição.

José Eduardo Faria procede a uma análise interessante da realidade brasileira e, a partir dela, da dificuldade em implementar os direitos e garantias constitucionais⁶⁴. Ressalta que as diversas interpretações do Texto Constitucional são reflexos das disparidades sociais, exercendo, ao mesmo tempo, a tarefa de acomodar os interesses dos fortes e garantir uma “integração social descentralizada”. Afirma que o direito daí resultante é casuístico e pragmático, típico dos países que ainda atravessam fases de transição política e social. Nesse cenário, as políticas públicas não resultam apenas de escolhas valorativas, mas também de escassez.

⁶⁴ José Eduardo Faria, *Direito e economia na democratização brasileira*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 150.

Na seqüência, o autor apresenta alguns problemas difíceis de conciliar na modernidade⁶⁵: de um lado, razão econômica e direitos individuais e, de outro, interesses públicos; a atuação privada pragmática e o planejamento estatal; o livre jogo do mercado e o controle governamental; as regras *ad hoc* provenientes dos setores empresariais e sindicais e a densificação das normas jurídicas no campo do direito ambiental e do direito do consumidor. Diante desse quadro, o autor propõe⁶⁶ uma ordem jurídica aberta, flexível, coerente e facilitadora da articulação dos diversos grupos, buscando a “institucionalização” das soluções aceitáveis.

Lenio Luiz Streck⁶⁷ afirma que, em face da realidade brasileira, não é possível abrir mão das teorias que atribuem força normativa à Constituição. Iniciamos a expor a idéia do autor linhas acima, por meio da qual demonstrou ser importante continuar defendendo o caráter dirigente da Constituição, para que o Brasil possa se modernizar.

A análise desenvolvida pelo autor tem como ponto central descobrir em que medida as novas idéias desenvolvidas por José Joaquim Gomes Canotilho são aplicáveis à realidade brasileira⁶⁸. Observa que a nova fase do constitucionalista português aproxima-se do “direito reflexivo” e das teorias procedimentalistas. O direito reflexivo, segundo Lênio Luiz Streck, “é entendido apenas como funcionalmente estabilizador de expectativas de comportamentos”; e, na seqüência: “Em termos de direito reflexivo, o direito não transforma a sociedade; apenas reduz as complexidades”.⁶⁹

Na 7ª edição do seu *Direito constitucional e teoria da Constituição*, encontramos as novas idéias de José Joaquim Gomes Canotilho sobre a “constituição da época pós-

⁶⁵ José Eduardo Faria, *Direito e economia na democratização brasileira*, cit., p. 162.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 164-166.

⁶⁷ Lênio Luiz Streck, *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*, cit., p. 54-57.

⁶⁸ Lênio Luiz Streck faz referência aos seguintes trabalhos do constitucionalista português: *O direito constitucional na encruzilhada do milênio: de uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida*, in *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-225; *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 7-17 (*A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*, cit., p. 43-44).

⁶⁹ *Ibidem*, p. 51.

moderna”⁷⁰. Após mencionar e discorrer sobre as novas sugestões de Constituição⁷¹, salienta que a idéia mais recente é de uma “constituição dessubstantivada” e “auto-reflexiva”. Isso ocorre, segundo afirma, porque o direito é limitado em regular problemas econômicos, sociais e políticos. O direito constitucional pós-moderno, portanto, é um “direito pós-intervencionista”, ou seja, um direito “processualizado”, “dessubstantivado”, “neo-corporativo”, “ecológico”, “medial”. Nessa proposta, a Constituição teria o papel de “propor uma melhor organização na relação homem-mundo e das relações intersubjetivas (entre e com os homens), segundo um projecto-quadro de ‘estruturas básicas da justiça’.”

Lênio Luiz Streck alerta para o perigo das “teses reducionistas acerca do papel do direito” que podem disseminar idéias no sentido da desregulamentação, apresentando riscos para as correntes teóricas que dão sustentação à força vinculativa dos princípios constitucionais⁷². Há ainda dois outros aspectos da tese recente de Canotilho que merecem ser analisados, segundo esse último autor citado: (i) sua teoria tem como base o fim de um constitucionalismo dirigente de carácter revolucionário no modelo português⁷³; (ii) Canotilho continuaria “fiel à defesa do valor da Constituição e sobremodo defensor dos princípios constitucionais”. Tais argumentos têm como objetivo mostrar que as afirmações de Canotilho não extinguem ou retiram força da noção de Constituição dirigente e autoritária.

Ademais, a teoria da Constituição varia de Estado para Estado e, a não ser a intangibilidade de um “núcleo básico geral-universal” que tutele as conquistas da

⁷⁰ Encontramos referência à “crise da reflexividade” e seus comentários na p. 1.348, e sobre o “estatuto auto-reflexivo”, nas p. 1.388 e 1.389 de: José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

⁷¹ Três dos modelos apresentados por Canotilho são: (i) “constituição dúctil (Zagrebelsky) para exprimir a necessidade de a constituição acompanhar a perda do centro ordenador do estado e reflectir o pluralismo social, político e económico”; (ii) “teorias responsivas da constituição”: “conciliar as exigências de integridade, isto é, as exigências da unidade da ordem jurídica e o conseqüente postulado de autonomia do direito perante o *ambiente*, com a necessidade de *abertura*, ou seja, a adaptação das normas constitucionais a esse ‘meio ambiente’”; (iii) “constituição relacional” ou “constituição reflexiva”: “limita-se a possibilitar a realização do controlo jurídico da auto-regulação social e a unir a estruturação plural das fontes de direito adequada ao mundo-social e económico neocorporativista.” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.386-1.389).

⁷² Lênio Luiz Streck, *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*, cit., p. 53.

⁷³ Lênio Luiz Streck informa que a Constituição portuguesa até mesmo detalhava como transformar os modos de produção rumo ao socialismo (*A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*, cit., p. 54).

humanidade, quanto ao Estado Democrático e Social de Direito⁷⁴, incorpora em seu texto “especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado”. O autor sustenta que, por essa razão, as teses da constituição dirigente no Brasil têm validade e que o direito prossegue sendo um instrumento de implementação das políticas públicas (“implementar a Constituição em sua materialidade”).

O que Lênio Luiz Streck procurou demonstrar foi que um modelo de constituição reflexiva não é o mais adequado para o Brasil, no estágio atual de seu desenvolvimento econômico e social. É apropriado que nesse contexto o legislador esteja vinculado à “materialidade da Constituição”. E tal substância, segundo o autor, é formada pelos direitos sociais, os quais só podem ser garantidos por ações intervencionistas de caráter “distributivista”, daí decorrendo a importância da justiça constitucional e dos movimentos sociais.

Verifica-se realmente que o constituinte brasileiro fez uma opção política marcadamente social, conforme se extrai do Texto Constitucional. Entre vários pontos, pode-se citar: a fixação de salário mínimo que atenda às necessidades básicas do cidadão (art. 7º, IV da CF); a vinculação da ordem econômica ao objetivo de promover a justiça social (art. 170, *caput*); a previsão de vários serviços públicos (arts. 21, incs. XI e XII, e 30, inc. V da CF); a vinculação do desenvolvimento urbano ao desenvolvimento das funções sociais da cidade (art. 182, *caput* da CF); a previsão de aplicação por parte de todos os entes federativos de recursos mínimos nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 2º da CF); a garantia de pagamento de um salário mínimo, mediante “sistema especial de inclusão previdenciária”, a trabalhadores de baixa renda e trabalhador doméstico sem renda própria (art. 201, § 12 da CF); a previsão de assistência social a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (art. 203); a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203, inc. V da CF); a obrigatória aplicação de recursos federais, estaduais e municipais na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 211 da CF) etc.

⁷⁴ Lênio Luiz Streck, A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia, cit., p. 55.

É fato, contudo, que a ação estatal possui outra função de importância vital para a sobrevivência do Estado soberano: o desenvolvimento econômico. Tal necessidade desponta com força nos países que ainda não alcançaram estágios avançados de crescimento⁷⁵. No Brasil, o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, inc. II da CF) e fundamental para manter o país em condições de disputar o mercado internacional.

A questão não é simples. A solução não está apenas sob a responsabilidade do Poder Executivo, com a incumbência de elaborar políticas econômicas que observem os fins de justiça social previstos na Constituição. Os Poderes Legislativo e Judiciário também estão inseridos no processo de implementação do Texto Constitucional. Um dos ideais a ser perseguido é atuação harmônica desses níveis de poder, de forma a amenizar alguns efeitos da crise que se estabelece entre as decisões administrativas de caráter econômico e social, por exemplo.

Da experiência que cada um de nós brasileiros extrai do ambiente político, econômico e social, é possível constatar que o Estado sozinho não conseguirá resolver todos os problemas sociais e, ao mesmo tempo, manter o país economicamente bem colocado. É preciso mais do que apenas uma máquina estatal eficiente funcionando ou um farto arcabouço legislativo. A realização de uma Constituição social está a depender de outros fatores que se impõem, em vista da complexidade da sociedade moderna.

É imprescindível, antes de tudo, encontrar formas para inserir o poder econômico nesse processo, mediante a realização de parcerias. O controle social também é necessário, pois funciona como meio de inibir ações antiéticas das autoridades públicas, além de servir como mecanismo de aproximação das decisões administrativas e judiciais da realidade social.

⁷⁵ Fábio Nusdeo afirma que nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, o Estado tem se voltado mais para o setor produtivo, enquanto nos países já desenvolvidos, a atenção é maior na área do bem-estar social. (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*, cit., p. 216-217).

A Constituição brasileira contém normas que vêm sendo questionadas pelas teorias mais liberais, como a noção de serviço público vinculada ao critério orgânico ou a existência de normas programáticas de caráter social. É, contudo, um texto que permite interpretações modernizadoras. A implementação de seus princípios e regras ficará condicionada à ponderação dos valores nela consagrados.

4 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

As transformações da noção de serviço público iniciadas no final do século XIX e observadas até os dias de hoje estão associadas às diferentes ideologias que se firmaram no campo filosófico, jurídico e político e que serviram para caracterizar o Estado Liberal, o Estado Social e a mais recente concepção de Estado: o neoliberalismo. Constata-se, em linhas gerais, que a noção de serviço público sofreu um alargamento no período do Estado Social e uma flagrante restrição influenciada pelas idéias frutificadas no seio do direito comunitário, por razões predominantemente econômicas.⁷⁶

No Brasil, a evolução do conceito acompanhou o modelo francês, embora atualmente ainda enfrente resistência às inovações operadas no direito europeu, no que diz respeito à abertura mais ampla possível do mercado de serviços públicos comerciais e industriais à livre concorrência.⁷⁷

4.1 As teorias francesas de serviço público

A noção de serviço público teve no direito público francês desenvolvimento sem igual nos demais países europeus⁷⁸. Da construção teórica formulada por Duguit, até as mais recentes modificações sentidas pelo instituto por força do direito comunitário, muito se discutiu na doutrina e jurisprudência francesas sobre a noção de serviço público.

Neste trabalho não serão abordadas todas as concepções elaboradas sobre o tema no direito francês, tendo em vista a sua amplitude e complexidade, consoante o teor de trabalhos da doutrina brasileira⁷⁹. Procurar-se-á destacar as teorias e decisões da

⁷⁶ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 20 e 225 e ss.

⁷⁷ Segundo Almiro do Couto e Silva, o maior problema está no fato do constituinte brasileiro ter optado por engessar a noção de serviço público na Constituição Federal de 1988, impossibilitando, entre outras coisas, que se admita a existência de serviço público sem vínculo orgânico com o Estado. A idéia do autor será explorada ao longo deste capítulo (Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?, cit., p. 45-74).

⁷⁸ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 19.

⁷⁹ Ver: Mônica Spezia Justen, *Serviço público na França*, in *A noção de serviço público no direito europeu*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 17-76.

jurisprudência francesas que, a nosso ver, guardam maior relação com as discussões atuais da doutrina brasileira sobre a noção de serviço público no Brasil.

Assim, partiremos da noção de serviço público na teoria de Duguit. Fabrice Melleray⁸⁰, com base na doutrina de Charles Eisenmann, afirma existir uma diferença entre a teoria de Duguit e a de Gaston Jèze, no que diz respeito à importância conferida por cada um à noção de serviço público. Jèze visualizou no serviço público a pedra angular do direito administrativo, compreensão cuja origem teria sido a decisão “Blanco”, de 8 de fevereiro de 1873.⁸¹

Já Duguit utiliza a noção para afastar a idéia de que o Estado é um poder de soberania que comanda, passando a concebê-lo como um grupo de indivíduos detentor de uma força que deve ser empregada para criar e gerir os serviços públicos. Desse modo, salienta o autor, Duguit se serve da noção em uma perspectiva de teoria política, e não para caracterizar o direito administrativo.

Fabrice Melleray traz para o seu estudo comparativo o conceito de serviço público formulado por Duguit, para quem “é toda atividade cuja execução deve ser assegurada, regrada e controlada pelos governantes uma vez que a execução desta atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que ela é de tal natureza que só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governante”.⁸²

Referindo-se à interpretação da teoria de Duguit desenvolvida por Pierre Esplugas, Gilles Guglielmi, Mescheriakoff e, entre nós, Celso Antônio Bandeira de Mello,

⁸⁰ Fabrice Melleray, École de Bordeaux, école du service public et école duguiste: proposition de distinction, *Revue du Droit Public*, Paris, LGDJ, n. 6, p. 1.891-1.896, 2001.

⁸¹ Segundo Monica Spezia Justen, o acórdão “Blanco” do Tribunal de Conflitos francês decidiu que toda a matéria relativa a serviços públicos, ainda que de caráter comercial ou industrial, ficaria sob a jurisdição administrativa. A causa versava sobre ação de responsabilidade por danos físicos provocados em uma menina em razão de acidente entre os vagões que transitavam nas instalações da manufatura de tabacos de Bordeaux, atividade comercial executada pela municipalidade (*A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 23).

⁸² No original: “est toute activité don’t l’accomplissement doit être assure, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale, et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être réalisée complètement que par l’intervention de la force gouvernante.” (Fabrice Melleray, École de Bordeaux, école du service public et école duguiste: proposition de distinction, cit., p. 1.891, nota 15 – Nossa tradução).

Mônica Spezia Justen conclui que o elemento sociológico era muito forte na noção de serviço público por ele elaborada, com ênfase na racionalidade social e histórica da sociedade como fundamento do direito. Para Duguit, a noção de serviço público era decorrência das necessidades materiais, intelectuais e morais da sociedade em determinada época – constata-se aqui a fluidez da noção de serviço público na sua teoria – que deveriam ser garantidas pelo Estado, no seu dever de realizar a solidariedade social.⁸³

A importância que Duguit atribuiu à racionalidade coletiva na definição do que vem a ser serviço público choca-se com a teoria desenvolvida mais tarde por Gaston Jèze, ao sustentar que caberia ao governante definir em um dado país e em certa época que atividades se enquadrariam como serviços públicos (concepção subjetiva)⁸⁴. Essa visão de Jèze constitui uma inutilidade jurídica porque, de acordo com sua doutrina, uma atividade que poderia ser classificada como serviço público, mas não fosse reconhecida pelo Estado como tal, deixaria de ser implementada com essa roupagem, ao passo que uma atividade sem aparência de serviço público poderia ser assim admitida pelo Estado.⁸⁵

Outra discordância de destaque entre as teorias de Duguit e Jèze refere-se à vinculação da idéia de serviço público a um regime jurídico determinado, negada por Duguit e defendida por Jèze. Para este último, só existiria serviço público se a atividade fosse realizada sob o império de regras de direito que não fossem as incidentes sobre os particulares ou as atividades privadas⁸⁶. Essa concepção foi sustentada no direito brasileiro por Celso Antônio Bandeira de Mello, como veremos adiante.

A noção de serviço público teve a função de demarcar o campo de aplicação do direito administrativo e de servir como aspecto central do Estado, até a metade do século XIX. A partir daí, e impulsionada pelas mudanças provocadas no cenário econômico mundial a partir da 1ª Guerra Mundial, fazendo com que o Estado tivesse que assumir tarefas antes desempenhadas por particulares, a noção de serviço público expandiu-se,

⁸³ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 30-33.

⁸⁴ Fabrice Melleray, *École de Bordeaux, école du service public et école du guiste: proposition de distinction*, cit., p. 1.896.

⁸⁵ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 46.

⁸⁶ Fabrice Melleray, *École de Bordeaux, école du service public et école du guiste: proposition de distinction*, cit., p. 1.893.

surgindo na França o conceito de *serviço público de natureza industrial e/ou comercial* (SPIC).⁸⁷

Os SPIC, como são conhecidos na França, são atividades de natureza econômica pertencentes ao campo de atuação privada desempenhados em caráter acidental e ocasional pelo Estado. São, portanto, serviços prestados sob regime privado. Apesar disso, o Tribunal de Conflitos, no julgamento do caso Bac d' Eloka, decidido em 22 de janeiro de 1921, sentenciou que seriam classificados como modalidade de serviço público.⁸⁸

A França convive, por outro lado, com o conceito de “serviços públicos administrativos” entre os quais estão os serviços de educação, saúde e correios. As telecomunicações, declaradas como serviço público administrativo pelo Tribunal de Conflitos francês em 24 de junho de 1968, passou para o regime jurídico de direito privado em 2 de julho de 1990, em razão da forte onda de liberalização proveniente da Comunidade Européia⁸⁹. Segundo parte respeitável da doutrina francesa, serviços públicos administrativos estão submetidos a um regime jurídico de direito público⁹⁰, diverso por conseguinte do regime de direito privado.

Mônica Spezia Justen reúne a posição dos autores de relevo na doutrina francesa sobre a noção de serviço público de acordo com os critérios orgânico, material (ou funcional) e do regime jurídico⁹¹. Consoante acima observado, o critério do regime jurídico teve origem na doutrina de Gaston Jèze, tendo sido incorporado às formulações teóricas de Eisenmann, René Chapus e Benoit. O critério material, por sua vez, está visível na doutrina

⁸⁷ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 48.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁹⁰ É a posição de Charles Eisenmann, René Chapus e Benoit, inspirados por Gaston Jèze e Louis Rolland (Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 52).

⁹¹ De acordo com o critério orgânico, serviço público é a atividade oriunda de uma pessoa pública. Pelo critério material, a noção de serviço público teria um caráter finalístico, representando uma atividade que se destinasse a atender a uma necessidade coletiva. Entretanto, a identificação da necessidade coletiva será feita pelo legislador, e daí poderão advir distorções ocorrendo o que Benoit denominou “captura” para o setor público de uma atividade que não é propriamente de interesse geral. O critério do regime jurídico, por seu turno, vincula a concepção de serviço público a um regime de direito público (Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 59-63).

de Duguit e teve adesão de Laubadère⁹². É interessante observar que na doutrina de René Chapus, os três critérios estão presentes.⁹³

O critério orgânico por significar vinculação da noção de serviço público à titularidade estatal manteve-se presente com maior intensidade no período em que o Estado assumiu a execução de várias atividades de interesse geral, reduzindo sua importância a partir do momento em que a gestão privada de serviços públicos aumentou.

Um outro critério importante para a noção de serviço público, que surgiu do sistema francês a partir da reforma constitucional de 1958, foi o critério constitucional, que trouxe os conceitos de “serviço público constitucional” e “serviço público nacional”. No primeiro grupo, estariam as atividades típicas do setor público, que não poderiam ser alteradas pelo parlamento. Segundo conclusão de Mônica Spezia Justen, seriam os serviços públicos administrativos, não expostos à concorrência privada. No segundo bloco, foram inseridas as atividades que poderiam ser abertas à privatização, mas se manteriam como serviço público em razão do interesse coletivo que lhes era subjacente. Essa distinção ficou clara no julgamento do caso France Télécom⁹⁴, em 1996.

Aspecto peculiar da noção de serviço público francês é que tanto os serviços públicos regidos pelo regime jurídico de direito público (os serviços públicos administrativos), quanto os submetidos ao regime privado (os serviços públicos de natureza industrial e comercial) sujeitam-se aos princípios conhecidos como *Lois de Rolland*, ou seja, igualdade, continuidade e mutabilidade.⁹⁵

De todo o exposto, conclui-se que na noção de serviço público desenvolvida pela maior parte da doutrina francesa, está presente a intenção de aproximar as manifestações do Poder Público do interesse coletivo. Essa idéia foi sem dúvida mais forte na teoria de Duguit que, embora muito criticada por sua abstração, mantém coerência com o propósito

⁹² A definição de Laubadère é a seguinte: serviço público é “toda atividade de uma coletividade que vise a satisfazer uma necessidade de interesse público” (Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 61).

⁹³ Tal conclusão se extrai da interpretação da obra do autor feita por Mônica Spezia Justen (*A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 56).

⁹⁴ A France Télécom era um departamento governamental e foi transformada em sociedade anônima aberta ao capital privado, mantendo-se sob a titularidade estatal 51% das ações (Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 66-67).

⁹⁵ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 192.

de utilizar a noção de serviço público a bem do atendimento das necessidades coletivas, preservando o controle do Estado como elemento necessário para garantir tal objetivo. Essa idéia, como veremos adiante, perpetuou-se, sendo capaz de influenciar o direito comunitário.

4.2 A noção de serviço público no direito comunitário europeu

A noção de serviço público no direito comunitário europeu teve um desenvolvimento diferente do observado no direito francês. Nesse, como visto, as normas da livre concorrência penetraram na estrutura sólida da noção de serviço público que se formou a partir da doutrina, jurisprudência e cultura francesas.

No direito comunitário, entretanto, os tratados são orientados pelos interesses econômicos dos Estados-membros. Nesse contexto, a noção de serviço público assume um papel secundário, em relação ao princípio da livre concorrência. Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁹⁶, por meio do Tratado de Roma, foi constituída a Comunidade Econômica Européia e estabelecido um mercado comum funcionando como um bloco econômico supranacional, apoiado nos princípios do liberalismo e da abertura dos mercados à competição.

Sobressaem no direito comunitário conceitos de relevância para o estudo da noção de serviço público: (1) *serviço público*; (2) *serviço de interesse geral*; (3) *serviço de interesse econômico geral*; e (4) *serviço universal*. Os termos possuem significação delimitada no Glossário da Comunidade Européia⁹⁷. *Serviço público* refere-se ao organismo de produção do serviço e à missão de interesse geral aos cuidados dele. Ressalta o documento que a autoridade pública pode atribuir em caráter obrigatório missões específicas de serviço público a um organismo de produção de serviço relacionado, por exemplo, com serviços de transportes terrestres, aéreos ou ferroviários e serviços de energia.

⁹⁶ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73.

⁹⁷ Glossário da Comunidade Européia. Disponível em: <[http:// europa.eu/scadplus/ glossary/ public_service_pt.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/public_service_pt.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2006.

*Serviços de interesse geral*⁹⁸, de acordo com o Glossário da Comunidade Européia, são as atividades de serviço, comercial ou não, reputadas de interesse geral pelas autoridades públicas e por esse motivo sujeitas a obrigações. São o gênero dos quais figuram como espécies os serviços não econômicos (ensino obrigatório, “proteção social” etc.), as funções decorrentes da soberania do estado (segurança, justiça etc.) e os serviços de interesse econômico geral (comunicações, energia etc.). Em relação aos dois primeiros tipos, não incide o artigo 86 do Tratado da Comunidade, que se reporta apenas aos *serviços de interesse econômico geral*, como exporemos adiante.

Pelo terceiro termo, se entendem os serviços comercializáveis destinados a cumprir uma missão de interesse geral⁹⁹. A partir do conceito de *serviço de interesse econômico geral*, é possível afastar as regras de concorrência, quando em face de uma missão de interesse geral.

Todavia, como a tônica do direito comunitário é priorizar a lógica do mercado, exige-se que a decisão seja orientada pelo princípio da proporcionalidade, que conduzirá a um equilíbrio entre os interesses nacionais de proteger a missão de interesse geral e os interesses do livre mercado comunitário¹⁰⁰. Além disso, a empresa fornecedora do serviço de interesse econômico geral terá que provar esse aspecto particular do serviço para poder reivindicar o benefício da derrogação do regime de concorrência. Com isso, protege-se prioritariamente a livre concorrência, esclarecendo que os monopólios estatais existentes no âmbito dos Estados-membros não podem prejudicar os interesses comerciais do mercado comum.¹⁰¹

⁹⁸ Há também o Livro Verde sobre os serviços de interesse geral na Europa, adotado em maio de 2003. Com base nesse documento, a União Européia discute atualmente questões relacionadas com organização, financiamento e avaliação dos citados serviços. O Livro Branco, adotado em maio de 2004, traça estratégias de preços e qualidade dos serviços de interesse geral.

⁹⁹ O conceito consta da Comunicação da Comissão n. 281, de 26.09.1996. Originariamente, contudo foi introduzido pelo artigo 86, parágrafo 2º do Tratado da Comunidade, nos seguintes termos: “As empresas encarregadas da gestão de *serviços de interesse econômico geral* ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida que a aplicação dessas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada, O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado, de maneira que contrarie os interesses da Comunidade” (Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 177 e 179).

¹⁰⁰ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 184.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 170.

Segundo Mônica Spezia Justen, a missão de interesse geral não é uma atividade econômica em sentido estrito, mas uma atividade econômica, como de resto o são todas as atividades reguladas pelo direito europeu¹⁰², que contém um custo relacionado com a execução de uma obrigação de serviço público. O direito comunitário também estabelece um critério formal de identificação da missão de interesse geral: a que resulte de um ato de *puissance publique*¹⁰³. No entanto, a tendência do direito comunitário é respeitar a autonomia dos Estados-membros na fixação do conceito de missão de interesse geral.¹⁰⁴

Merecem também referência neste tópico os acórdãos Corbeau, de 19.5.1993 (serviços postais) e Commune d'Almelo, de 27.4.1994 (serviço de distribuição de energia elétrica), ambos confirmando ser justificável restringir a concorrência, em detrimento de missão de interesse geral.¹⁰⁵

Serviço universal, por sua hora, segundo definição contida no Glossário da Comunidade Européia¹⁰⁶, é o grupo de exigências de interesse geral que visam garantir acesso universal de todas as pessoas a certas prestações essenciais, buscando qualidade e “preço abordável”.¹⁰⁷

Com a assinatura do Tratado de Amsterdã em 2 de outubro de 1997, a noção de serviço público na concepção material adotada pelo direito comunitário europeu¹⁰⁸ ganhou novo impulso. Esse documento introduziu o artigo 16 no Tratado da Comunidade, que tem a seguinte redação: “Sem prejuízo do disposto nos artigos 73, 86 e 87, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e

¹⁰² Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 178.

¹⁰³ Termo francês que expressa o conjunto de regras de direito atribuindo à Administração poderes especiais, denominados prerrogativas do Poder Público (Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 57).

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 183.

¹⁰⁵ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, cit., p. 76.

¹⁰⁶ Glossário da Comunidade Européia. Disponível em: [http:// europa.eu/ scadplus/ glossary/public_service_pt.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/public_service_pt.htm). Acesso em: 24 nov. 2006.

¹⁰⁷ Segundo Mônica Spezia Justen, “preço abordável” significa “preço justo” (*A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 195).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 229.

no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão para que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.”¹⁰⁹

Monica Spezia Justen¹¹⁰ conclui sua exposição sobre a noção de serviço público no direito comunitário europeu de forma bem otimista quanto ao crescente respeito da Comunidade no que pertine aos direitos do cidadão consumidor e ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao garantir os serviços universais. Afirma que do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem os princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade, este último incorporado à doutrina de Leon Duguit, e que estabelece um vínculo entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito moderno e a noção de serviço público.

Percebe-se, contudo, claramente a prevalência dos interesses econômicos no seio da Comunidade Européia. A parte final dos comentários sobre *serviços de interesse econômico geral* do Glossário¹¹¹ sublinha que a Constituição Européia, em processo de ratificação, prevê uma alteração ao atual artigo 16 do Tratado da Comunidade, que associa o *serviço de interesse econômico geral* à promoção da coesão social e territorial, prevendo que referidos serviços funcionem com fundamentos “designadamente” econômicos e financeiros.

4.3 O serviço público na Constituição Federal de 1988: as questões centrais do debate doutrinário atual

A fim de delimitar o objeto da matéria, é fundamental ressaltar que o tema “serviço público” aqui visado refere-se às atividades estatais comumente tratadas sob esse título na doutrina administrativa, como os serviços de água, energia, telecomunicações, correios, transporte etc. É também importante destacar, desde já, que essa delimitação em si já é objeto de polêmica.

¹⁰⁹ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, cit., p. 79.

¹¹⁰ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 217 e 232.

¹¹¹ Glossário da Comunidade Européia. Disponível em: [http:// europa.eu/ scadplus/ glossary/public_service_pt.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/public_service_pt.htm). Acesso em: 24 nov. 2006.

Odete Medauar¹¹², por exemplo, insere no conceito de serviço público tanto os serviços *uti singuli* fornecidos a usuários certos como as prestações genéricas, como os serviços de iluminação e limpeza pública. A lição tradicional de Hely Lopes Meirelles¹¹³, por sua vez, abriga sob o rótulo de “serviços públicos” toda a extensa gama de atividades estatais. O autor apresenta o seguinte conceito: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”, o que inclui os serviços *uti universi* ou gerais e os serviços *uti singuli* ou individuais.

Celso Antônio Bandeira de Melo faz questão de ressaltar que prefere restringir o conceito de serviço público aos serviços *uti singuli*, com a finalidade de isolar determinados tipos de atividade e submetê-las a um certo regime jurídico. Pondera que a extensão do conceito a todas as atividades materiais e jurídicas “assumidas pelo Estado como pertinente a si próprio” resultaria em reunir sob a mesma denominação atividades submetidas a regimes jurídicos diversos, tornando sem utilidade a noção de serviço público.¹¹⁴

Esse autor conceitua serviço público com as seguintes palavras: “*Serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, *aos administrados em geral*, de *utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado *assume como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.”¹¹⁵

A Constituição Federal de 1988 contempla serviços públicos de diversos tipos. De competência da União estão os serviços enumerados no artigo 21, incisos X, XI e XII: serviço postal e correio aéreo nacional; telecomunicações; radiodifusão sonora e de sons e imagens; energia e aproveitamento energético dos cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário entre portos

¹¹² Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 10. ed. rev e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 314-315.

¹¹³ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 297.

¹¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 638, nota de rodapé n. 8.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 637-638 (grifos do original).

brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres.

Aos Estados compete explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º da CF), bem como outros serviços não incluídos na competência da União e dos Municípios (art. 25, § 1º da CF), entre os quais estão o transporte ferroviário e aquaviário entre Municípios e o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros.

Com o Município estão a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo municipal (art.30, inc. V da CF).

A doutrina em geral¹¹⁶ também considera serviços públicos, quando prestadas pelo Estado, conforme se afirmou acima, as atividades que ao Estado cumpre assegurar decorrentes do seu dever constitucional de garantir uma parcela mínima dos direitos fundamentais da pessoa humana, como saúde, ensino e assistência social. Com relação aos serviços de saúde, previdência e assistência social, agrupados sob o título “seguridade social” no artigo 194 da Constituição, o constituinte estabeleceu uma espécie de solidariedade social, de forma que toda a sociedade contribui para a sua promoção, direta ou indiretamente, por meio de recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 195, *caput* da CF).

O artigo 199 da Constituição Federal preceitua que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, restando ao Estado, nesse caso, regulamentar, fiscalizar e controlar a atividade privada (art. 197 da CF da CF).

A responsabilidade quanto à prestação do serviço público de ensino é conjunta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que atuarão em regime de colaboração (art. 211 da CF). A União, além de administrar o sistema federal, ficará responsável por garantir o acesso ao ensino e padrões mínimos de qualidade (art. 211, § 1º

¹¹⁶ Carlos Ari Sundfeld classifica os serviços de saúde, educação e assistência social como “serviços sociais” (*Fundamentos de direito público*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 81).

da CF). Os Municípios se incumbirão prioritariamente do ensino fundamental e da educação infantil (art. 211, § 2º da CF); os Estados e o Distrito Federal promoverão, prioritariamente, o ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º da CF).

Outros serviços públicos poderão ser criados pela União, Estados e Municípios, desde que observados os limites constitucionais, entre eles o princípio da livre iniciativa. Assim, o Poder Público pode, mediante lei, criar serviços públicos além dos previstos no Texto Constitucional, mas o campo pertencente à iniciativa privada, onde se desenvolvem as atividades econômicas, servirá como limite ao Estado.¹¹⁷

Os dispositivos constitucionais tratados concernem às espécies de serviços públicos. Contudo, devem ser interpretados conjuntamente com o previsto no artigo 175 da Constituição Federal, extraído daí algumas conclusões gerais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, prevê que a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, transferindo para o legislador ordinário a função de definir questões relevantes. Extraí-se desde logo do texto constitucional constituírem matérias de relevância irrenunciáveis pelo legislador ordinário: a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias – que o constituinte não fixou como devendo ser obrigatoriamente de direito público; b) o caráter especial do contrato – do que se conclui que não revestirá a forma comum de contratação privada, cujo traço essencial é a bilateralidade; c) a previsão de prorrogação do contrato; d) as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão; e) os direitos dos usuários; f) a política tarifária; g) a obrigação de manter serviço adequado.

Odete Medauar¹¹⁸ delimita a noção de serviço público no direito brasileiro por meio da identificação de elementos comuns às atividades passíveis de serem incluídas nessa categoria. Nesse sentido, ela indica os seguintes elementos: a) vínculo orgânico com a Administração; b) a submissão da atividade de prestação total ou parcialmente ao direito

¹¹⁷ Essa é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, à qual aderimos (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 654).

¹¹⁸ Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 314-315.

administrativo. Mais adiante¹¹⁹, indica o que denomina de “princípios diretores” dos serviços públicos, referindo-se ao princípio da igualdade, que deverá resguardar os interesses dos usuários no atendimento paritário de suas necessidades, e aos princípios da continuidade e da mutabilidade.

No que pertine ao primeiro elemento, “vínculo orgânico com a Administração”, a autora revela que, na atualidade, para que determinada atividade possa ser tida como serviço público, não significa que tenha de ser prestada pelo Estado. Assim, o vínculo com a Administração representa duas situações: (i) “presunção de serviço público”, ou seja, presume-se que é serviço público a atividade executada pelo Poder Público; (ii) “relação de dependência entre a atividade e a Administração ou presença orgânica da Administração”. Nesse último caso, em relação à atividade, a Administração: exerce um controle permanente; regula de forma mais intensa a atividade, se comparada com o exercício do “poder de polícia”¹²⁰; desempenha papel relevante na organização da atividade.

O segundo elemento apontado pela autora é quanto ao “regime jurídico”, que deverá ser, total ou parcialmente, um regime jurídico de “direito administrativo”. Afirma não haver serviços públicos cujo regime é somente de direito privado.

Almiro do Couto e Silva¹²¹, referindo-se às funções públicas exercidas por particulares¹²², declara que no direito brasileiro, para que determinada atividade seja considerada serviço público, deverá ter o Estado como prestador ou como delegante. Sustenta que não basta a atividade ser relevante ou útil para a sociedade, sendo imprescindível existir um “ato jurídico de direito público”, ainda que “implícito”, representando delegação do desempenho da função pública.

¹¹⁹ Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 316

¹²⁰ Carlos Ari Sunfeld insere-se no debate atual sobre o “poder de polícia” e o princípio da legalidade administrativa, indicando vasta doutrina sobre o assunto (*Direito administrativo ordenador*, cit., p. 10-19).

¹²¹ Almiro do Couto e Silva, *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?*, cit., p. 45-46.

¹²² Almiro do Couto e Silva afirma que o termo função pública exercida por particulares indica as atividades de interesse geral realizadas pelos indivíduos ou por pessoas jurídicas de direito privado, por meio de delegação do poder público, mediante regime jurídico especial (*Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?*, cit., p. 46).

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹²³ chamam a atenção para o fato de que a reforma do Estado, as privatizações e a nova legislação setorial colocaram o direito público brasileiro em face de uma nova realidade quanto ao grau de regulação estatal. Atualmente, os serviços públicos, em algumas áreas, foram atingidos por uma regulação mais flexível, enquanto atividades privadas passaram a sofrer uma ingerência maior do Estado.¹²⁴

Sobre a flexibilidade da regulação estatal em relação a algumas espécies de serviços públicos, como o de telecomunicações, por exemplo, discorre Almiro do Couto e Silva¹²⁵ com profundidade. Debruçando-se detidamente sobre as “autorizações” previstas na Lei n. 9.472, de 16.7.1997 (que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento do órgão regulador), quanto à constitucionalidade da prestação do serviço público de telecomunicações em regime privado (art. 126 e ss. da Lei n. 9.472/97), o autor conclui que o regramento a respeito inserido na Lei Geral das Telecomunicações não é inconstitucional.

Argumenta que ao prever, no artigo 21, inciso XI da Constituição Federal, a exploração dos serviços de telecomunicações mediante *autorização, concessão e permissão*, o constituinte pretendeu flexibilizar a forma de sua prestação, sem desnaturá-lo como serviço público¹²⁶. Segundo o autor, a redação do artigo 175 da Carta Magna poderia levar ao entendimento de que apenas as delegações por meio de concessões e permissões se manteriam como serviços públicos. Todavia, as delegações mediante autorizações na lei em análise (Lei n. 9.472/97) mantiveram os requisitos que, na visão do autor, as identificam como serviços públicos: o vínculo com o Estado, já que as autorizações provêm do Poder Público, a submissão a um regime jurídico especial – uma vez que as autorizações devem submeter-se, por exemplo, ao princípio da igualdade na escolha do prestador – e a satisfação de interesses coletivos.¹²⁷

¹²³ Carlos Ari Sundfeld; Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico*, in Alexandre Santos de Aragão (Coord.), *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 605-606.

¹²⁴ A Lei n. 9.961 de 28.1.2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Lei n. 9.656, de 3.6.1998, que dispôs sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde imprimiram uma regulação intensa no setor.

¹²⁵ Almiro do Couto e Silva, *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?*, cit., p. 65-69.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 69.

Verifica-se, até aqui, haver aproximação entre a doutrina de Odete Medauar e de Almiro do Couto e Silva. Ambos aceitam que a necessidade de “vínculo” com o Estado para o preenchimento da noção de serviço público não significa que o serviço público não possa ser executado por particulares. Os autores também concordam que a caracterização de determinada atividade como serviço público no direito brasileiro não prescinde da submissão a um regime jurídico que inclua normas de direito administrativo ou normas de direito público. Em relação a esse último aspecto, pode tratar-se de um regime exclusivamente de direito público ou de um regime misto, com normas de direito público e de direito privado, para o qual Almiro do Couto e Silva se serve do nome “regime jurídico de direito privado administrado”, importado do direito alemão.¹²⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os serviços públicos serão aqueles desempenhados sob um regime de direito público¹²⁹, ou seja, um regime no qual estejam presentes os seguintes princípios: “dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação”; supremacia do interesse público; adaptabilidade; universalidade; impessoalidade; continuidade; transparência; motivação; modicidade das tarifas; controle sobre as condições de prestação; legalidade; moralidade; finalidade; razoabilidade; proporcionalidade; impessoalidade; devido processo legal e ampla defesa; controle judicial dos atos administrativos; responsabilidade do Estado por atos administrativos; e eficiência.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹³⁰ faz alusão ao vínculo orgânico com a Administração, que se mantém mesmo quando o serviço é executado por particulares. Registra, em adendo, que a Constituição não confere um tratamento uniforme aos serviços públicos. Desse modo, as formas de organização e de gestão irão variar em função dos objetivos traçados. Por esse motivo, também os princípios incidirão com intensidades diferentes. Admite, outrossim, que sua prestação poderá dar-se em regime público e em regime privado.

¹²⁸ Almiro do Couto e Silva, *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?*, cit., p. 46.

¹²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 642.

¹³⁰ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, cit., p. 89.

Consoante observa essa autora, os serviços públicos assumiram feições diferenciadas, em função das evoluções tecnológicas. Diante das especificidades técnicas de cada atividade e frente à necessidade de conferir dinâmicas de mercado que permitisse torná-los competitivos, foram sendo criados regimes jurídicos setoriais, específicos para cada tipo de serviço, pois as normas genéricas mostravam-se insuficientes para atender a todos os casos.¹³¹

Carlos Ari Sundfeld¹³² ensina que o fato de ter sido reservado ao Estado uma parcela de serviços públicos, aos quais são aplicáveis o que ele denomina de “técnica concessional”, tem como objetivo controlar de modo mais intenso a atuação privada, e não propriamente proibi-la. Sustenta que a utilidade da técnica de regulação fundada na concessão de serviço ou de bem público pode ser sintetizada em: a) limitação do número de particulares admitidos à exploração da atividade, o que serve ao controle do excesso da concorrência; b) a escolha apenas dos mais capacitados, que ofereçam maiores garantias ao cumprimento do interesse público; c) a delimitação prévia da quantidade e qualidade dos poderes transferidos ao particular; d) a imposição do exercício obrigatório do direito, sob fiscalização estatal, e) a reserva de revogação, cassação, resgate e reversão, permitindo a retomada da atividade pela Administração, seja para o fim de desempenhá-la diretamente, seja para nova distribuição a outros particulares.

A análise da noção de serviço público no direito europeu nos colocou de frente com a origem do debate atual sobre a noção de serviço público: de um lado, forçando as regras da livre concorrência, os interesses econômicos supranacionais e, por extensão, a necessidade dos mercados internos de se inserirem no panorama mundial competitivamente; de outro, a necessidade de que em cada país o Estado continue como garantidor do acesso da população a um “mínimo” de serviços públicos. Esse é o cenário que serve de fundo às discussões em torno da noção de serviço público.

¹³¹ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, A experiência brasileira nas concessões de serviço público, in Carlos Ari Sundfeld (Coord.), *Parcerias público-privadas*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198.

¹³² Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 39.

O Brasil não está fora desse quadro mundial. Portanto, respeitados os limites constitucionais relacionados com a noção de serviço público, deverão ser encontrados meios que possibilitem conciliar o princípio da livre concorrência com o respeito de direitos sociais como o transporte, o saneamento básico e outros serviços necessários para o atendimento de condições mínimas de subsistência com dignidade. Para isso, será necessário manter um controle mais vigoroso sobre certos serviços, enquanto que outros poderão ter uma regulação mais flexível. Consoante se viu, a Constituição Federal permite tais variações, cabendo ao legislador infraconstitucional e ao administrador público fazer as adaptações necessárias, sempre respeitando a escolha política consagrada na Constituição Federal, e olhando para as necessidades da população.

4.4 Princípios dos serviços públicos

Segundo Eros Roberto Grau¹³³, existem os “princípios explícitos”, visíveis na Constituição ou na lei, os “princípios implícitos”, deduzidos de uma consideração acerca de um ou mais enunciados constitucionais ou de uma lei ou conjunto de leis infraconstitucionais e os “princípios gerais de direito” (da mesma forma denominados “implícitos”), descobertos no “direito pressuposto¹³⁴”. O autor comenta que em cada sistema jurídico “subjazem” certos princípios. São princípios “desse” direito (do respectivo ordenamento jurídico) que, apesar de não constarem de texto escrito, fazem parte do ordenamento, encontrando-se em “estado de latência”.¹³⁵

Desse modo, segundo Eros Roberto Grau, os princípios em geral não vêm de fora da ordem jurídica (não são resgatados do direito natural ou de uma idéia de justiça), mas estão em seu interior, sendo descobertos pelo intérprete¹³⁶. Por esse motivo, defende que não somente os princípios jurídicos explícitos compõem o direito positivo, mas também os

¹³³ Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

¹³⁴ “Direito pressuposto”, segundo descreve Eros Roberto Grau, é “uma relação jurídica interior à sociedade civil” que “preexiste” à atividade estatal de pôr a lei (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 142); “o direito pressuposto é um produto cultural (Ibidem, p. 143); “o direito pressuposto é a sede dos princípios” (p. 145).

¹³⁵ Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 148.

¹³⁶ Ibidem, p. 150.

princípios gerais de direito “latentes” no ordenamento jurídico, e ambos constituem norma jurídica.¹³⁷

Luís Roberto Barroso identifica os seguintes atributos nos princípios constitucionais (explícitos ou não): constituem o resumo dos valores de um determinado ordenamento jurídico (condensador de valores); refletem a ideologia da sociedade; conferem unidade ao sistema, reduzindo “tensões normativas”; condicionam o exercício interpretativo. Além disso, a dogmática moderna confere aos princípios o título de norma jurídica, ao lado das regras, atribuindo-lhes eficácia jurídica.¹³⁸

Os serviços públicos, entendidos para as finalidades desta dissertação como as utilidades ou comodidades materiais oferecidas aos administrados em geral, para usar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁹, submetem-se a princípios. O tema é instigante, como se pode notar da abordagem sobre a noção de serviço público, nos três tópicos anteriores.

Tendo em mente os ensinamentos de Eros Roberto Grau e Luís Roberto Barroso esboçados linhas atrás, devem-se buscar as diretrizes principiológicas do tema “serviços públicos” na “moldura” formada pelos princípios e regras constitucionais, os quais, por se tratar de um tema central de direito administrativo, serão permeados pelas construções doutrinárias tradicionais, bem como pelas idéias mais modernas, sob influxo do direito comunitário e do direito norte-americano.

¹³⁷ Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 160. Ao sustentar que os princípios “implícitos” são descobertos no ordenamento jurídico, onde se encontravam em “estado de latência”, sendo por tal razão “declarados” e não “positivados” ou “constituídos” pelo intérprete, Eros Grau considera rebatida a crítica de Kelsen no sentido de que os princípios morais, políticos ou os costumes, apesar de influenciarem a criação das normas jurídicas individuais, não perdem a sua característica de meros princípios. Kelsen afirma que a validade da decisão judicial depende de princípios formais (coisa julgada) e não daquela outra categoria principiológica, que, além de tudo, não possui força impositiva. Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que, de acordo com Kelsen, a norma é uma moldura no interior da qual cabem várias interpretações. (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 657). Se, como afirma Celso A. B. de Mello, os fundamentos das várias interpretações serão colhidos de fatores extrajurídicos (moral, política etc), então a teoria de Kelsen se apresenta como uma abertura para “interferências ideológicas”.

¹³⁸ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., p. 327.

¹³⁹ Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 637-638.

O desafio foi enfrentado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁴⁰, que elabora estudo sobre os princípios dos serviços públicos, partindo das “Leis de Rolland”, até chegar aos princípios contemporâneos. A autora dividiu o assunto em dois blocos. No primeiro, incluiu os subprincípios derivados do princípio da adequação, com sede constitucional (art. 175, parágrafo único, inc. IV da CF), a saber: continuidade, regularidade, generalidade ou universalidade, modicidade, segurança, atualidade, eficiência e cortesia. No segundo, tratou de princípios com incidência na administração pública em geral que repercutem nos serviços públicos: igualdade, neutralidade, publicidade ou máxima transparência, obrigatoriedade, responsabilidade.

A sua abordagem tem início com as denominadas “Leis de Rolland”, assim denominadas por terem resultado de teoria desenvolvida por Louis Rolland, discípulo de Duguit, que apontava três princípios basilares do serviço público: continuidade, adaptação ou modificação de sua organização, e igualdade dos particulares em face dos serviços públicos.

Embora se verifique que devam ser asseguradas prestações adequadas aos usuários e respeito aos direitos dos que contratam com a Administração, a doutrina não identificou um regime jurídico único, formado por um conjunto de princípios e regras que seja aplicável a todos os serviços públicos.¹⁴¹

Dinorá Adelaide Musetti Grotti conclui que, apesar disso, é possível afirmar que a execução dos serviços públicos deverá se conduzir de acordo com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF e princípio da dignidade da pessoa humana), e o princípio geral da igualdade (art. 5º, *caput* da CF), bem como em consonância com o princípio da adequação, previsto no artigo 175 do Texto Constitucional.¹⁴²

A autora anota ainda que a legislação infraconstitucional brasileira (arts. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95 e 22 do CDC) elencou princípios que não possuem autonomia, pois

¹⁴⁰ Dinorá Adelaide Musetti Grotti *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, cit., p. 254-330. Ver também: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 639.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 256.

¹⁴² *Ibidem*, p. 257.

derivam dos preceitos mestres¹⁴³. Observa, na seqüência, que a evolução da sociedade fez com que certos princípios tradicionais sofressem adaptações, e outros fossem acrescentados.

Iremos a seguir discorrer com mais detalhes sobre os princípios específicos dos serviços públicos: igualdade, continuidade, modicidade tarifaria, universalidade (ou generalidade), eficiência e atualidade.

4.5 Princípio da igualdade

José Afonso da Silva¹⁴⁴ apresenta a distinção entre *igualdade formal* e *igualdade material*. A primeira prevê a igualdade de todos perante a lei. É o que preceitua o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Porém, tal conceito de igualdade não é suficiente para resolver problemas relacionados com os vários tipos de desigualdades que decorrem da natureza humana e da convivência do homem em sociedade. Por tal razão, preocupa-se o Estado com o conteúdo da lei, estabelecendo regras que resguardem o indivíduo de tratamentos desiguais em virtude de sexo, condições de trabalho, cor etc.¹⁴⁵. Além disso, busca-se o atingimento de uma igualdade material que tenha como guia a promoção de valores humanos universais, que visem garantir os “mínimos existenciais”.¹⁴⁶

Segundo Chaïm Perelman¹⁴⁷, como a igualdade perfeita não pode ser realizada, funciona como um ideal ao qual se busca chegar o mais próximo possível. Com tal objetivo, ou seja, de tornar concreta a igualdade diante de todas as diferenças naturais, sociais, econômicas, meritórias etc. que afetam os homens, o autor propõe um conceito de

¹⁴³ Dinorá Adelaide Musetti Grotti *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, cit., p. 259.

¹⁴⁴ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 70.

¹⁴⁵ O inciso II do artigo 150 da Carta Constitucional estabelece ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

¹⁴⁶ Luís Roberto Barroso, em comentário à “dignidade da pessoa humana”, afirma que o núcleo de tal princípio é formado por um *mínimo existencial*, ou seja, “um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” (*Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., p. 335).

¹⁴⁷ Chaïm Perelman, *Ética e direito*, tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 15.

“justiça formal”: “Princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.”¹⁴⁸

Todavia, mesmo conferindo-se tratamento igual a seres pertencentes a determinada categoria essencial, podem ocorrer desigualdades no plano da justiça concreta¹⁴⁹. Por tal motivo, em certas circunstâncias, devem-se elaborar fórmulas legais mais complexas que busquem evitar a ocorrência do fenômeno. Perelman fornece o seguinte exemplo: determinado Estado capitalista pode abrigar uma lei determinando o pagamento de salários iguais a dois operários que executem o mesmo tipo de trabalho (seres pertencentes à mesma categoria essencial). Contudo, para o operário que possui uma família numerosa, o salário que recebe pode não ser bastante para atender às suas necessidades. Seria necessário, portanto, que ele dispusesse de uma ajuda maior. Nesse caso, não seria viável uma lei que determinasse o pagamento de um salário maior ao referido empregado, por várias razões, entre elas pelo fato de que o mercado rejeitaria contratar qualquer indivíduo que se encontrasse em tal situação. Para evitar isso, o Estado terá que prever auxílios sociais, a fim de compensar as desigualdades.¹⁵⁰

Extrai-se ainda da lição de Chaïm Perelman¹⁵¹ existirem situações de tratamento desigual que são toleradas pela sociedade. Dá como exemplo o fato de um trabalhador braçal ganhar bem menos que um médico, por exemplo. Pode-se, segundo Perelman, atribuir tal fato à lei da oferta e da procura. Mas pode-se também buscar um fundamento de legitimidade para tal diferença. Nesse caso, o critério poderia ser a importância do serviço prestado. Em todo caso, verifica-se haver um grau de arbitrariedade no tratamento diferenciado. Por isso, segundo o autor, deve-se sempre descobrir, em uma regra mais geral, o fundamento de determinado tratamento desigual, a fim de superar ou amenizar o problema da arbitrariedade.

Transpondo os mencionados ensinamentos para o serviço público, considera-se que o princípio da igualdade destina-se a garantir igual tratamento para os seus usuários, bem como aos candidatos à prestação do serviço (concessionários ou permissionários), um

¹⁴⁸ Chaïm Perelman, *Ética e direito*, cit., p. 33.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 56.

procedimento licitatório que “assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”, segundo estabelece o inciso XXI do artigo 37 da Lei Maior.

Conforme ensina Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁵², se determinados usuários se encontram em situação que reclame um tratamento diferente, desde que haja justificativa, pode ser feita a discriminação. É imperativo observar razoabilidade e proporcionalidade nas medidas discriminatórias¹⁵³. Assim, admite a autora possam ser fixadas tarifas diferenciadas em razão da situação financeira do usuário, de diferenças de consumo ou de distinções de atividades que exerçam¹⁵⁴, dependendo da política tarifária adotada.¹⁵⁵

A Lei n. 8.987/95 prevê a possibilidade de distinções tarifárias de caráter econômico e com efeito distributivo. O artigo 13 da Lei trata da primeira situação, *in verbis*: “As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”. A própria lei aponta as situações que deverão estar presentes para que se tenha como “justa” a aplicação de uma diferenciação tarifária. O artigo 35 da Lei n. 9.074/95, por sua vez, contempla a possibilidade de serem concedidos “benefícios tarifários” pelo poder concedente, visando beneficiar uma classe ou coletividade de usuários.

Nesse último caso (benefícios tarifários), Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara¹⁵⁶ opina no sentido de que as políticas públicas que estabeleçam tratamento diferenciado entre usuários, que não por razões técnicas ou econômicas do serviço, só poderão se justificar se forem voltadas ao atendimento de um fim público, como a proteção do idoso, a busca do pleno emprego ou o incentivo à educação.

Jean Rivero afirma que todos os particulares que atendam às condições legais têm o direito de utilizar o serviço sem discriminações e pagando a mesma tarifa, admitindo-se variações em razão de diferentes situações em que se encontrem os usuários, ou em vista

¹⁵² Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 300.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 301.

¹⁵⁴ O exemplo fornecido por Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 302) é a definição de tarifas de energia elétrica diferenciadas para residências, estabelecimentos comerciais e industriais.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 302.

¹⁵⁶ Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 91.

de necessidades de interesse geral¹⁵⁷. O autor ressalva que, em relação aos serviços econômicos, as discriminações entre usuários são possíveis segundo as regras comerciais ordinárias, em função da situação pessoal do interessado, porém todos os que se encontrem na mesma situação podem pleitear as mesmas vantagens.¹⁵⁸

4.6 Princípio da continuidade

O princípio da continuidade teve origem na França e seu desenvolvimento jurisprudencial naquele país encontrou fundamento na noção de continuidade do Estado (ou continuidade da vida nacional)¹⁵⁹. O Conselho de Estado francês o concebe como “princípio geral de direito” e o Conselho Constitucional o posiciona como princípio de valor constitucional.¹⁶⁰

A compreensão do princípio importa alguma ponderação. Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁶¹, o princípio não obriga em todos os casos a continuidade física da atividade. Importa sim a prestação da atividade nas ocasiões em que a necessidade correspondente se mostre. Tal necessidade pode ser “absoluta”, ou seja, necessidade constante de prestação do serviço, ou “contínua” ou “potencialmente contínua”, requerendo fornecimento “cronologicamente ininterrupto”. Pode também ser “relativa”, referindo-se às necessidade “intermitentes”, nas situações em que a prestação periódica é possível ou mesmo “mais aconselhável”.¹⁶²

O princípio em foco tem previsão no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 22 prevê, *in verbis*: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas,

¹⁵⁷ No original: “(...) *tout particulier, des lors qu’il remplit les conditions légales, a le droit d’obtenir les prestations que le service fournit, sans, aucune discrimination tenant à sa personne et sans que les tarifs puissent varier en fonction d’autres considerations que la différence de situation des utilisateurs, ou des necessites d’intérêt general.*” (Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris: Dalloz, 1990, p. 566 – Nossa tradução).

¹⁵⁸ No original: “*Dans les services économiques, cependant, les discriminations entre usagers sont possibles, selon les règles commerciales ordinaires, en fonction de la situation personnelle de l’intéressé, mais tous ceux qui se trouvent dans la même situation peuvent prétendre aux avantages qui y sont attachés.*” (Jean Rivero, *Droit administratif*, cit., p. 567 – Nossa tradução).

¹⁵⁹ Alain-Serge Mescheriakoff, *Droit des services publics*, 2. ed., Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1997, p. 168.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 170-171.

¹⁶¹ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 261.

¹⁶² *Ibidem*, p. 262.

concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. A matéria também foi regulada pela Portaria n. 4, de 13 de março de 1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas que imponham, em caso de impontualidade, interrupção de serviço essencial sem aviso prévio.

O rigor da norma consumerista foi relativizado pela Lei n. 8.987/95 (Lei do Regime de Concessão e Permissão) que, de mesmo grau hierárquico que o Código de Defesa do Consumidor, expressa, no artigo 6º, parágrafo 3º, *in verbis*: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade.”

A Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no seu artigo 11, parágrafo único, define serviços essenciais como as necessidades inadiáveis da comunidade que, se não forem atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. O artigo 10 da Lei n. 7.783/89 apresenta rol meramente exemplificativo dos serviços essenciais, a saber: “I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária.”

O serviço de transporte coletivo municipal, além de ter sido inserido no artigo 10, inciso V da Lei n. 7.783/89, tem previsão no inciso V do artigo 30 da Constituição Federal, que o categoriza como serviço público de caráter essencial.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, ao regulamentar o artigo 182 da Carta Constitucional, elenca o transporte e os serviços públicos como direitos necessários à

existência das cidades sustentáveis, ao lado do direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao trabalho e ao lazer (art. 2º, inc. I).

Se o serviço é essencial para a realização das funções elementares da cidade¹⁶³, bem como para o bem-estar da população, parece fora de dúvida que seu acesso deve ser garantido da forma mais ampla possível a toda a comunidade, sem interrupções. Para isso, o legislador infraconstitucional contemplou o princípio da *modicidade das tarifas*.

Tem sido muito comum o debate jurisprudencial em torno do corte do fornecimento de água e energia elétrica. Sustenta-se a necessidade de lei para definição de política tarifária estabelecendo programas que abordem as condições dos desempregados e lhes facilitem o pagamento das dívidas; Enquanto isso não ocorre, uma corrente doutrinária defende que o serviço em hipótese alguma pode ser suspenso, face ao disposto no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, restando ao concessionário mover ação de cobrança contra o inadimplente e, no caso de pessoas carentes, o fornecedor deveria cobrar do Estado, que é o titular do serviço concedido.

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que deveria haver tratamento diferente entre a pessoa jurídica portuosa e a pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, nesse caso, está incidindo sobre a própria pessoa. Nesse sentido, assim se manifestou o Ministro Luiz Fux no julgamento do RESP n. 647853: “Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria non eget probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos.”¹⁶⁴

Contudo, há posição divergente. No julgamento do RESP n. 363943/MG¹⁶⁵, ficou assentado ser lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta. Segundo entendimento da Corte no julgamento do RESP n.

¹⁶³ Expressão utilizada por José Afonso da Silva, ao comentar o artigo 182 da Constituição Federal de 1988 (*Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 737).

¹⁶⁴ STJ – RESP n. 647853, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.09.2004.

¹⁶⁵ STJ – RESP n. 363943/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.12.2003.

337965/MG¹⁶⁶, o pagamento é contraprestação e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento. De acordo com a decisão, a política social referente ao fornecimento dos serviços essenciais faz-se por intermédio da política tarifária, contemplando equitativa e isonomicamente os menos favorecidos.

Finalmente, ressalta-se que, nos contratos administrativos, sempre respeitado o direito de propriedade do concessionário, como decorrência do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a continuidade do serviço público em prol da coletividade é assegurada através da manifestação dos poderes administrativos de alteração unilateral do contrato, encampação, intervenção, reversão dos bens da concessionária para o poder concedente quando da extinção da concessão, bem como pela vedação da execução forçada de bens comprometidos com o fornecimento do serviço público.

4.7 Modicidade das tarifas

A modicidade tarifária foi enquadrada como princípio pelo legislador infraconstitucional, consoante se lê do parágrafo 1º do artigo 6º da Lei n. 8.987/95. O princípio deve ser interpretado mediante auxílio do postulado da razoabilidade, de maneira que sua existência não seja impositiva de uma tarifa reduzida, sem que outros fatores sejam levados em consideração.

Marçal Justen Filho¹⁶⁷ chama a atenção para a necessidade de conciliar a interpretação do princípio da modicidade tarifária com os demais valores contemplados no parágrafo 1º do artigo 6º, cuja realização é exigida para que o serviço possa ser tido como adequado, a saber regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia. Com isso, avalia ser correto afirmar que a tarifa deverá ser a “menor possível”, considerando os demais valores cuja implementação é exigida.

¹⁶⁶ STJ – RESP n. 337965/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.09.2003.

¹⁶⁷ Marçal Justen Filho, *Concessões de serviços públicos*: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995, cit., p. 123.

Dito de outro modo, a modicidade tarifaria conduz à adoção da tarifa que represente o “menor custo possível”¹⁶⁸. A existência de dificuldades no plano prático são evidentes. Assim, se a tarifa for a única forma prevista para a remuneração de determinado serviço, o valor tarifário necessário para a cobertura de custos e lucro, mesmo com a adoção dos menores custos, poderá ser elevado em relação à capacidade econômica da maioria dos usuários. Nesse caso, será preciso ir mais além com o princípio da modicidade, ajustando-se a tarifa a uma quantia que permita a acessibilidade ao serviço.

Consoante afirma César A. Guimarães Pereira¹⁶⁹, a incidência do princípio da modicidade tarifária sofrerá variação de acordo com a essencialidade do serviço. Em relação aos serviços não tão essenciais, o princípio terá grau de incidência mais branda. Se, no entanto, o serviço é essencial, a modicidade autoriza o Poder Público a até mesmo subsidiar o serviço, sem o que a população carente a ele não teria acesso.

O princípio em tela não obriga a prestação de serviços gratuitos. Aliás, nem mesmo a aplicação de tarifas reduzidas é exigida, se o serviço não possui uma marca de essencialidade tão intensa. A liberdade tarifária vem sendo inclusive admitida em relação a determinados serviços, embora sob controle estatal¹⁷⁰. O mais importante é que na prática sejam harmonizadas a necessidade de modernização do serviço com a busca de sua prestação a custos mais baixos, quando possível adotar soluções mais econômicas.

Segundo o Banco Mundial¹⁷¹, comentando estratégias para o serviço de transporte público, o planejamento da infra-estrutura viária deve ser feito a longo prazo e deve levar em consideração a reserva de recursos para o financiamento de projetos, a necessidade de

¹⁶⁸ Essa é a posição de César A. Guimarães Pereira (A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos, in Heleno Taveira Tôres, *Serviços públicos e direito tributário*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 333).

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 333.

¹⁷⁰ O artigo 104 da Lei Geral de Telecomunicações prevê, *in verbis*: “Artigo 104 - Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária. § 1º - No regime a que se refere o *caput*, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência. § 2º - Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.”

¹⁷¹ Banco Mundial, Planejamento estratégico: o paradoxo da estratégia de transporte urbano, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27, n. 104, p. 111, 4. trim. 2004.

haver uma integração entre os vários tipos de transporte e o impacto na tarifa, de forma que o sistema seja atrativo para a população e se assegure o direito de transporte aos pobres.

Portanto, a gratuidade do serviço pode se impor como decorrência do princípio em evidência. Em se tratando de serviços públicos essenciais, o princípio da modicidade pode levar o Estado a ter de prestar diretamente o serviço ou, quando resolva delegar sua prestação, a subsidiá-lo para viabilizar o acesso dos mais carentes. Nesse caso, o princípio da modicidade e a fonte da qual origina, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana encontrará plena concretização.

4.8 Princípio da generalidade

O princípio da generalidade ou da universalidade é uma decorrência do princípio da igualdade¹⁷². Implica no fornecimento do serviço público indistintamente a todos os cidadãos, mediante o atendimento dos requisitos estabelecidos pela Administração pública. Em virtude da escassez de bens e dos recursos estatais limitados, admite-se que o Poder Público estabeleça critérios e cronogramas para a extensão do serviço a todos os particulares. A inobservância do princípio da isonomia se dará não com a fixação de limites, mas com situações que caracterizem privilégios indevidos a determinados usuários.¹⁷³

A doutrina faz uso da idéia de “reserva do possível” para justificar a possibilidade de concretização do princípio da universalidade obedecendo a um planejamento econômico e financeiro do Estado.¹⁷⁴

¹⁷² Nesse sentido: Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 288-289; Benedicto Porto Neto, *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*, São Paulo: Malheiros, 1998, (Temas de Direito Administrativo, 2).

¹⁷³ Marçal Justen Filho *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, cit., p. 127.

¹⁷⁴ Flávio de Araújo Willeman, O princípio da generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 227, p. 111-130, jan./mar. 2002; Dalton Santos Morais, Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 237, p. 165-196, jul./set. 2004.

4.9 Princípio da eficiência

A Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, introduziu a eficiência entre os princípios da administração pública. Alexandre de Moraes¹⁷⁵ afirma que a sua existência direciona o agir administrativo a conduzir-se com imparcialidade, neutralidade, transparência, participação, eficácia e sem burocracia, visando encontrar meios para que os recursos públicos sejam utilizados sem desperdícios e estejam voltados a garantir maior rentabilidade social.

A citada Emenda Constitucional previu meios para que o princípio da eficiência tivesse total aplicabilidade. Assim, o parágrafo 3º do artigo 37 estabelece que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, garantidas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, respeitados o direito à intimidade e o sigilo necessário à segurança da sociedade e do Estado; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração pública.

O parágrafo 2º do artigo 39, por seu turno, preceitua que a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷⁶ ressalta que o princípio tem como finalidade guiar o “modo de atuação do agente público” e o “modo de organizar a Administração pública”, buscando o melhor desempenho, tendo em vista os melhores resultados. A autora enfatiza que, além desse objetivo, a idéia de eficiência que orientou o Plano Diretor da

¹⁷⁵ Alexandre de Moraes, *Constitucionalização do direito administrativo e princípio da eficiência*, in Carlos Mauricio Figueiredo; Marcos Nóbrega (Orgs.), *Administração pública, direito administrativo, financeiro e gestão pública: pratica, inovações e polemicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

¹⁷⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 16. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 83-84.

Reforma do Estado em 1995 buscou uma relação integradora entre o Estado e a sociedade civil. Daí surgiram novos institutos, como os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e outras novidades que instigam o administrador público a cada momento.

O confronto entre o princípio em questão e o princípio da legalidade levou Di Pietro a afirmar que a eficiência não pode se colocar por cima de nenhum dos demais princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade). A respeito, Alexandre Santos de Aragão¹⁷⁷ comenta a relação entre a eficiência, a tecnicidade do direito público contemporâneo e o princípio da legalidade. Explica a tecnicidade como sendo a necessidade de normas pontuais, específicas para determinado setor da atividade econômica, que precisam de certa dose de dinamismo e flexibilidade. Nesse sentido, sustenta que a conciliação entre uma administração eficiente conduzida com base em decisões razoáveis que visem atender à heterogeneidade da dinâmica social, e o princípio da legalidade, levará à compreensão de uma “legalidade finalística e material”, ao invés de uma legalidade meramente formal e abstrata.

4.10 Princípio da atualidade

Também denominado princípio da adaptabilidade ou mutabilidade, é um dos princípios reconhecidos por Louis Rolland, discípulo de Duguit pelos idos de 1930, ao lado da continuidade e da igualdade. O artigo 6º, parágrafo 2º da Lei n. 8.987/95 estabelece, *in verbis*: “A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”. O princípio em foco, segundo Georges Vedel e Pierre Delvolvé¹⁷⁸, constitui antes um arranjo do princípio da continuidade que uma regra autônoma.

¹⁷⁷ Alexandre Santos de Aragão, Princípio da eficiência, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v. 830, p. 709, dez. 2004.

¹⁷⁸ No original: “*Ce principe constitue plutôt un aménagement du principe de continuité qu’une règle autonome.*” (Georges Vedel; Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, 11. ed., Paris: Presses Universitaire de France, 1990, p. 1.028 – Nossa tradução).

Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁷⁹ pondera que um serviço, apesar de não ser moderno, pode ser eficiente, desde que atenda às necessidades dos usuários. Pode ocorrer, entretanto, que a persistência em prestar o serviço de acordo com técnicas ultrapassadas gere insegurança e ineficiência. A análise do custo-benefício proporcionado pela atualização do serviço deverá ser medida, considerando que os encargos de eventuais investimentos serão suportados pelos usuários. A autora cogita, inclusive, a possibilidade de ser necessário abrir mão da atualidade do serviço em favor da modicidade tarifária.

¹⁷⁹ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 296.

5 OS INSTITUTOS DA CONCESSÃO E PERMISSÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: PARTE GERAL

Os institutos da concessão e permissão, cujas características serão expostas a seguir, constituem o modelo jurídico utilizado pelo Poder Público para a delegação do serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros. Assim, a partir deste ponto, dissertaremos acerca de algumas questões jurídicas que envolvem o tema.

5.1 O regime geral das concessões e permissões de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro e sua incidência sobre os serviços públicos de interesse local

O artigo 22, inciso XXVII¹⁸⁰ da Constituição Federal determina competir privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes federativos. A redação atual do dispositivo – após a reforma administrativa introduzida pela Emenda Constitucional n.19/98 – contemplou as seguintes mudanças: (i) apartou as empresas públicas e sociedades de economia mista do tratamento geral, submetendo-as ao artigo 173, parágrafo 1º, III; (ii) mencionou a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ao contrário da redação anterior, que utilizava a expressão genérica “diversas esferas de governo”.

O artigo 175 do Texto Constitucional, por seu turno, sendo específico para as contratações administrativas objetivando a prestação de serviços públicos mediante concessões e permissões, também previu “lei” que organizasse o fornecimento dos serviços públicos. A discussão ainda latente no meio jurídico é saber qual teria sido o fundamento

¹⁸⁰ A norma constitucional em evidência foi modificada pela reforma administrativa promovida por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998. O texto anterior estabelecia competir privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle. A redação atual (após a EC n. 19/98) é a seguinte, *in verbis*: “Artigo 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: (...); XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economias mistas, nos termos do artigo 173, parágrafo 1º, III;”.

constitucional da competência legislativa utilizada pelo Congresso Nacional ao legislar sobre concessões e permissões por meio da Lei n. 8.987/95, vinculando Estados e Municípios. Importa perquirir, na seqüência, se Estados e Municípios poderiam dispor de forma autônoma sobre as concessões e permissões.

O fato é que foram editadas duas leis nacionais – a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) e a Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95) – com a pretensão de estabelecer normas gerais, tal qual previsto no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal.¹⁸¹

A Lei n. 8.987/95, no parágrafo único do seu artigo 1º, declara, *in verbis*: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”. Constata-se, portanto, ter sido intenção do legislador infraconstitucional fixar normas genéricas, sem prejuízo daquelas pertinentes a aspectos particulares de cada serviço cuja prestação incumbe separadamente aos entes estatais ali indicados.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁸² manifesta-se no sentido de que as “normas gerais” inseridas nas Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 se impõem a Estados e Municípios, por força do disposto no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988. É da mesma opinião Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸³. Ambos os autores ressaltam que apesar de tais leis conterem a “disciplina básica” dos institutos da concessão e permissão, a autonomia constitucional de Estados e Municípios não admite a ingerência federal na decisão de cada ente em conceder determinado serviço.

Marcos Juruena Villela Souto¹⁸⁴ afirma que os serviços incluídos na competência específica de Estados e Municípios observarão as leis supletivas editadas pelos referidos entes. Sustenta, todavia, a aplicação da Lei n. 8.987/95 aos mesmos, no que diz respeito às disposições gerais.

¹⁸¹ A Lei n. 8.666/93 regulou as concessões até a edição da Lei n. 8.987/95 (Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 139).

¹⁸² Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit., p. 197.

¹⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 668.

¹⁸⁴ Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, cit., p. 138.

Ao analisar a questão, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara¹⁸⁵ argumenta que a União, os Estados e os Municípios têm competência para demarcar os limites que nortearão o desenvolvimento de seus específicos serviços públicos. Essa idéia deve se manter concomitante à que autoriza a legislação nacional a fixar normas gerais. Portanto, especificidades relacionadas com o regime jurídico da prestação de cada serviço público mediante concessão são da competência de cada ente estatal titular do serviço. Tais aspectos não poderiam constar de uma lei geral, sob risco de caracterizar conflito de competência.

A dificuldade maior está, contudo, em definir o que pode ser considerado “norma geral”. Para tanto, Marçal Justen Filho propõe algumas questões interessantes. A primeira delas tem como pano de fundo a hermenêutica constitucional, bem como o fato de que os princípios e regras constitucionais sobre licitações e contratos administrativos prevalecem sobre qualquer norma infraconstitucional (princípio da hierarquia das leis).¹⁸⁶

O autor fornece um exemplo bastante esclarecedor: a Lei n. 8.666/93 incorporou normas que representaram uma reação contra “desvios” observados, no início da década de noventa, no campo da atuação administrativa. Por tal motivo, o referido diploma legal tratou de maneira uniforme todas as contratações públicas, sob o comando de normas constitucionais anteriores à reforma administrativa. Após as mudanças, o modelo concretizado na Lei n. 8.666/93 não se mostrou inteiramente adequado, em vista dos novos princípios pertinentes a licitações e contratos públicos ligados ao conceito de redução do Estado. Em razão disso, a Lei n. 8.666/83 vem sofrendo adaptações.¹⁸⁷

Destarte, uma “norma geral”, para ser assim considerada deverá, antes de tudo, estar de acordo com os fins constitucionais previstos para a ação administrativa, cuja definição dependerá de uma interpretação sistêmica da Lei Maior.

Em seguida, categorizar a expressão “normas gerais” como um conceito jurídico indeterminado implica em admitir certa liberdade ao legislador federal para tratar de

¹⁸⁵ Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit., p. 83.

¹⁸⁶ Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 13.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 15.

maneira mais abrangente a matéria ou, se preferir, conferir-lhe certa especificidade. Todavia, a atividade legislativa comporta limites. O primeiro deles é o da “reserva de competência local”¹⁸⁸. Apesar do *caput* do artigo 22 da Constituição Federal referir-se à competência “privativa” da União, reconhece-se que, em relação ao inciso XXVII, o constituinte ressalvou a competência local. Ao utilizar o termo “norma geral”, não afastou a competência de Estados e Municípios para legislarem sobre a matéria.¹⁸⁹

Circunstâncias específicas de determinado serviço com certeza não poderiam ser reguladas pela Lei Geral de Concessões. Segundo Marçal Justen Filho¹⁹⁰, não se pode falar em federação quando um ente estatal interfere sobre a organização interna, serviços e assuntos de “peculiar interesse” de outro ente federativo. O princípio federativo figura, portanto, como o segundo limite a ser considerado na ordem das idéias expostas por Marçal Justen Filho.

Um terceiro aspecto merece relevo. O Texto Constitucional declara que as normas gerais incluirão todas as modalidades de contratação. Há discussões jurídicas sobre a natureza jurídica das concessões e permissões, como veremos a seguir. Contudo, o constituinte (art. 175, parágrafo único, inc. I da CF) tratou ambos os institutos como contratos. Nesse passo, poder-se-ia admitir que o inciso XXVII do artigo 22 da Magna Carta é também fundamento de validade da Lei n. 8.987/95, juntamente com o artigo 175.¹⁹¹

A Lei das Parcerias Público-Privadas é outro diploma legal que estabelece normas gerais. Carlos Ari Sundfeld¹⁹² entende que são normas gerais as “definições” das “modalidades contratuais” existentes no direito pátrio, bem como os “critérios para sua aplicação”. O autor confronta a tese de que o artigo 2º, parágrafo 4º, I da Lei n.

¹⁸⁸ Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 16.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹⁰ *Ibidem*, mesma página.

¹⁹¹ Essa é a conclusão de Marçal Justen Filho: “Portanto, conjugando os artigos 175, parágrafo único, e 24, inciso XXVII, abre-se oportunidade para a União editar normas gerais acerca de concessões e permissões, ainda quando relativas a serviços de competência de Estados, Distrito Federal e Municípios. Já as normas específicas serão objeto de lei oriunda do ente político titular da competência para prestação do serviço.” (*Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, cit., p. 12).

¹⁹² Carlos Ari Sundfeld, *Guia jurídico das parcerias público-privadas*, in Carlos Ari Sundfeld, (Coord.), *Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 27.

11.079/2004 (Lei das PPPs), que veda a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a vinte milhões de reais, não é norma geral.

A principal conclusão extraída da doutrina exposta é que cada uma das disposições legais constantes das leis gerais sobre licitações e contratos administrativos (Leis ns. 8.666/93, 8.987/95, 9.074/95 e 11.079/2004), para ser tida como norma geral, deverá ser avaliada em consonância com o Texto Constitucional, notadamente com os fundamentos da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º da CF), com os princípios da administração pública (art. 37 da CF), com os princípios reguladores das concessões e permissões (art. 175 da CF), com os princípios gerais da ordem econômica (art. 170 e seguintes da CF) e com as regras específicas pertinentes aos serviços públicos (art. 21, incs. X, XI e XII da CF).

5.2 A concepção de contrato administrativo no Estado de Direito contemporâneo

A idéia imanente dos *princípios de autoridade* que conferem à Administração pública uma posição de superioridade em relação aos administrados serviu como justificativa para uma ação administrativa imune a interferências externas oriundas dos demais poderes e dos cidadãos, até os anos setenta do século XX¹⁹³. Atualmente, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dois fenômenos contribuíram para mudanças no perfil da Administração pública: a consolidação de uma sociedade participativa e a “afirmação do constitucionalismo”¹⁹⁴. Esse último acontecimento se caracteriza pela inserção nos Textos Constitucionais de contornos definidores de uma administração mais eficiente e impessoal.

A década de oitenta foi marcada por reformas do Estado em todos os países da União Européia, motivadas pela onda liberalizante originária do direito comunitário¹⁹⁵. As reformas foram motivadas pela necessidade de reequilibrar os modos de intervenção do

¹⁹³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, 2. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 10.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 12.

¹⁹⁵ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p. 171-172.

Estado na economia¹⁹⁶. No Brasil, o programa de reforma do Estado teve início a partir da década de noventa do século passado¹⁹⁷.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto disserta sobre os “novos princípios” que surgiram a partir dos “megaprincípios” da eficiência e da legitimidade: “princípios políticos”, “princípios técnicos” e “princípios jurídicos”. Na primeira categoria (princípios políticos), inclui os princípios da *subsidiariedade* e da *participação política*.

O *princípio da subsidiariedade* prevê o engajamento de toda a sociedade e organizações políticas decidindo e atuando para satisfazer seus interesses. Concebe forma de atuação escalonada: primariamente, os indivíduos agem para satisfazer seus interesses individuais; secundariamente, os grupos; até que se atinge o nível das necessidades pertinentes à sociedade civil em geral. Quando a sociedade não consegue resolver o problema em virtude da complexidade e da demanda de recursos que a questão envolve, então o órgão político é acionado, começando pelo ente local e chegando até às organizações políticas nacionais.¹⁹⁸

Na esfera de ação da Administração pública, o *princípio da subsidiariedade* se revela na idéia de *descentralização*, que abrange tanto a atividade imperativa quanto a consensual do Estado.¹⁹⁹

O segundo grupo de princípios apontados pelo autor são os *princípios técnicos*: a *autonomia* e a *profissionalização*. O primeiro visa imprimir flexibilidade a toda a Administração, estendendo-se aos entes para e extraestatais, com a finalidade de conferir maior qualidade e modicidade de preços aos serviços públicos, especialmente em áreas técnicas. A *profissionalização* tem em mira dispensar burocratização desnecessária para se atingir determinada finalidade, e também aparelhar melhor a Administração, inclusive no que diz respeito aos recursos humanos.²⁰⁰

¹⁹⁶ Mônica Spezia Justen, *A noção de serviço público no direito europeu*, cit., p.172.

¹⁹⁷ Carlos Ari Sundfeld, *Guia jurídico das parcerias público-privadas*, cit., p. 15.

¹⁹⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 20.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 24.

Entre os princípios jurídicos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto inclui os da *transparência* (de modo a permitir o controle estatal e o controle social) e da *consensualidade*. Esse último inspira um agir administrativo que busca o “*consenso nas relações Estado-sociedade*”, propondo parcerias e coordenando interesses: é a *administração pública coordenativa*²⁰¹. Entre as “formas coordenadas de atuação consensual”, estão os *acordos de programa*, nos quais as entidades públicas negociam as competências, com a finalidade de atingirem um objetivo comum.²⁰²

As novas idéias diretoras da administração pública irão irradiar-se por todas as formas de ação administrativa, inclusive nos contratos administrativos²⁰³, entre os quais estão as concessões de serviços públicos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰⁴ aponta diversos níveis de influência da consensualidade na administração pública, entre elas o reconhecimento da dupla natureza do contrato de direito público: público no que pertine aos interesses estatais e privado com respeito aos interesses dos particulares. Pretende-se, contudo, que o princípio da consensualidade seja utilizado com prioridade em relação ao da *imperatividade*, sempre que o objetivo possa ser atingido sem o recurso à coerção.²⁰⁵

Jose Ignacio Monedero Gil, que atuou como Secretário da Junta Consultiva de Contratação Administrativa da Espanha no ano de 1962, elaborou tese de doutorado que se transformou em extensa obra sobre contratos envolvendo a Administração pública e

²⁰¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 26.

²⁰² Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 27. O autor apresenta os *contratos de gestão* como exemplo, embora teça crítica a tal denominação, e afirma ainda que *pacto* é o gênero do qual *contratos* e *acordos* são espécies (Ibidem, p. 27). Segundo Ange Blondeau, Duguit dividia os atos jurídicos em *unilaterais* e *plurilaterais*. Os primeiros são resultado de uma manifestação de vontade única, os segundos, decorrem da manifestação de várias vontades. Os atos jurídicos plurilaterais dividem-se ainda em *ato-regra* – quando várias vontades concorrentes são determinadas pelo mesmo objetivo, e *convenção* – nesse caso, as vontades são determinadas uma pela outra. Nos *atos-regras* as vontades não são determinadas uma pela outra, não há acordo de vontades; exemplo: ato constitutivo de uma associação. Nas *convenções*, há acordo de vontades que dão origem a uma regra permanente ou à aplicação de um certo *status* jurídico objetivo. A *convenção* pode ou não ser um contrato; essa última hipótese (contrato) exige uma situação jurídica subjetiva, relações individuais de credor e devedor e entre eles somente – princípio da relatividade dos contratos (*La concession de service public*, Paris: Dalloz, 1933, p. 151).

²⁰³ Celso Antônio Bandeira de Mello define contratos administrativos como “tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 583-584).

²⁰⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 43.

²⁰⁵ Ibidem, p. 41.

construiu uma teoria uniforme que denominou de *contratos de estado*²⁰⁶. Ele identifica tipos diferentes de contratos no âmbito da Administração e procura identificar princípios comuns que confirmam unidade ao instituto. Ressalta em sua teoria que, a princípio, a idéia de *contrato de estado* é contrária à ordem e coação como forma de atuação administrativa, constituindo-se, ao reverso, uma opção de que podem dispor os órgãos para alcançar múltiplos objetivos, respeitando a liberdade dos indivíduos.

Para Monedero Gil²⁰⁷, segundo uma concepção moderna, os *contratos de estado* não são apenas a causa jurídica do fluxo de bens e serviços no duplo sentido administração-administrados. Servem também aos objetivos gerais da política econômica, da política social e do desenvolvimento tecnológico.

Marçal Justen Filho²⁰⁸ observa que no ordenamento jurídico brasileiro são restritas as situações em que o Estado pode obrigar o particular a com ele colaborar. Cita as hipóteses de tributação, desapropriação e requisição de bens privados para uso temporário. Amplas, contudo, são as possibilidades de negociação com os particulares, via contratos administrativos. Como se vê, a atividade estatal pressupõe limites consagrados na Constituição Federal; o interesse público não é suficiente, por si só, para justificar uma ação do Estado de intromissão na esfera particular.

O contrato surge nesse contexto como a forma mais democrática e legítima de atendimento do interesse coletivo. Mesmo nos casos em que o constituinte permitiu uma intervenção pública intensa, ao determinar a inclusão de determinadas atividades de interesse coletivo na categoria de serviços públicos ou impondo restrições a serviços de relevância social, como ensino e saúde, algumas flexibilizações vêm sendo inseridas pelo legislador infraconstitucional, com o beneplácito de parte da doutrina nacional.²⁰⁹

Em relação aos contratos de concessão de serviços públicos, a doutrina reconhece a existência de prerrogativas em favor da Administração que podem figurar explicitamente na lei, em cláusulas dos contratos administrativos, ou serem deduzidas dos princípios que

²⁰⁶ Jose Ignacio Monedero Gil, *Doctrina del contrato del estado*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 61, (Estudios de hacienda pública).

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 66-67.

²⁰⁸ Marçal Justen Filho *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, cit., p. 39.

²⁰⁹ A questão será esmiuçada quando da análise da noção de serviço público.

regem determinadas atividades públicas²¹⁰. Em todo caso, só o interesse público justifica a aplicação das “cláusulas exorbitantes” e sempre deverá ser assegurado o respeito aos interesses privados, mediante o pagamento de indenizações para ressarcir os prejuízos decorrentes da modificação unilateral do contrato pelo poder concedente.

Carlos Ari Sundfeld²¹¹ assevera que o princípio da legalidade possui aplicações distintas: sua incidência, no que pertine à criação e organização de órgãos e pessoas administrativas, será diversa da observada no relacionamento do Estado com os particulares.

Mesmo nesse último campo há gradações: quando há um vínculo especial entre a Administração e o particular – como nas hipóteses em que o particular passa a integrar a Administração, exerce uma atividade delegada, contrata com ela, usa serviço público ou beneficia-se de uso especial de bem público²¹² –, o princípio da legalidade atribui à Administração “poder implícito” de agir em face de uma lacuna legal. É o caso dos serviços públicos, em relação aos quais a Constituição Federal ou a lei estabelecem um vínculo entre determinada atividade e o Poder Público, autorizando-o a regulamentá-lo.

É diferente o que ocorre quando a Constituição Federal ou a lei não estabeleceram um elo especial entre a atividade e o Estado, deixando de atribuir a determinada situação um regime jurídico especial. Nesse caso, o princípio da legalidade proíbe a Administração de agir, a não ser nas hipóteses expressamente reguladas por lei.

Assim, percebe-se que a emergência de novos princípios para a atuação administrativa tem como finalidade tornar o Poder Público mais eficiente no atendimento das necessidades coletivas, de forma a atender à complexidade das relações jurídicas surgidas no mundo contemporâneo. E para que isso ocorra, é preciso que as regras atualmente existentes sobre contratações administrativas se adaptem às novas mudanças, por meio de uma interpretação que, sem se afastar do princípio da legalidade, procurem endossar arranjos criativos e mais consentâneos com a realidade.

²¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 579.

²¹¹ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 30-31.

²¹² *Ibidem*, p. 30.

5.3 A reforma do Estado e a filosofia das PPPs

A partir da segunda metade dos anos noventa, foram editadas no país leis que formam o que hoje a doutrina denomina *ciclo das parcerias*²¹³, destacando-se a Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95), a Lei dos Portos (Lei n. 8.630/93), a Lei sobre Organizações Sociais – OSs (Lei federal n. 9.637/98) e a Lei sobre Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OCIPs (Lei federal n. 9.790/99), além das diversas leis setoriais sobre energia, telecomunicações, petróleo e gás, entre outras. Difundiu-se no país a idéia de que o Poder Público deveria estabelecer com a iniciativa privada contratos de parceria de forma que pudesse ser extraído das negociações o máximo de benefício para a população, com o mínimo de custo para o Estado, garantindo-se ao agente econômico privado lucratividade e autonomia de gestão, sob a fiscalização do ente estatal.

Com a edição da Lei das PPPs em 2004 (Lei n. 11.079), essa idéia ganhou considerável reforço e teve como consequência direta a viabilização de investimentos altos nos serviços públicos, especialmente em infra-estrutura.

Tais princípios e regras decorrentes da filosofia das PPPs, como se denomina a doutrina, possibilitou que o sistema de remuneração dos contratos públicos adquirisse maior flexibilidade, com o principal objetivo de permitir que o Poder Público pudesse investir recursos estatais nos empreendimentos resultantes das parcerias, mas também visando cobrar do parceiro privado maior eficiência, ao conferir-lhe mais liberdade de gestão.

Ademais, é inegável que a melhoria da rede de infra-estrutura pública e da qualidade dos serviços públicos, incluindo o transporte coletivo, é uma necessidade demandada pelos objetivos de desenvolvimento nacional, pelos planos de tornar as cidades brasileiras mais modernas e atrativas para o mundo e meio para a solução do crescente problema de locomoção por automóveis, em vista da ausência de vias em número suficiente.

²¹³ Carlos Ari Sundfeld, Guia jurídico das parcerias público-privadas, cit., p. 20.

5.4 As transformações históricas do instituto da concessão de serviços públicos

Edmir Netto de Araújo²¹⁴ apresenta um histórico do instituto da concessão no direito brasileiro, salientando que da mesma forma que no modelo europeu, as concessões no Brasil inicialmente alcançaram serviços de ferrovias, iluminação e fornecimento de gás. Em 1852, foram outorgadas concessões ao Visconde de Mauá para a construção e exploração de Estrada de Ferro Petrópolis-Porto Novo do Cunha, à Edward Price para a Estrada de Ferro Pedro II e à Companhia Light and Power para os serviços de iluminação pública, energia elétrica e bondes (transporte coletivo) na cidade de São Paulo.

Comentando sobre os modos privados de gestão de serviços públicos na França, Alain-Serge Mescheriakoff afirma que no período da economia liberal, a gestão delegada correspondia à vontade da pessoa pública delegante de se desincumbir completamente da gestão de serviços com caráter industrial e comercial em favor da pessoa privada habilitada, a fim de intervir o menos possível no jogo de mercado. Depois, incentivada pela evolução econômica e ideológica, a gestão delegada se inclinou para formas em que há implicações cada vez maiores da pessoa pública no equilíbrio financeiro da habilitação. Acrescenta ainda que na França chegou-se progressivamente às quatro formas atuais: a *concessão*, o *affermage*, a *régie intéressée* e a *gérance*.²¹⁵

Dinorá Adelaide Musetti Grotti sustenta que no Estado Liberal, a vantagem da concessão era fazer com que um serviço público essencial fosse prestado sem ônus para a Administração e sem os riscos econômicos da exploração industrial. O prazo do contrato era extenso, a fim de proporcionar remuneração ao investimento.

²¹⁴ Edmir Netto de Araújo, *Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo*, Dissertação (Livro docência de Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 85.

²¹⁵ Alain-Serge Mescheriakoff, *Droit des services publics*, cit., p. 364. Olivier Raymundie ensina que nos contratos de concessão e *affermage*, diz-se que há a execução mesma do serviço pelo gestor, que é responsável por seus atos e age em seu nome e por sua conta, inclusive no que diz respeito à responsabilidade perante terceiros. Tal tipo de gestão difere da gestão denominada “participação no serviço público”, presente na *régie intéressée* e na *gérance*. Segundo o autor, nessas são atribuídas tarefas mais limitadas ao gestor (*tâches plus limitées*). Na *régie intéressée*, por exemplo, a coletividade assume a direção do serviço, embora o *régisseur* mantenha ainda muita autonomia. De qualquer modo, tanto na *régie intéressée* quanto na *gérance*, os gestores não são totalmente donos (*maître*) do serviço, eles agem por conta da coletividade. Na *gérance*, o gestor age como mandatário da coletividade e é remunerado pela coletividade por aproximação global – *forfaitaire* (*Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Paris: Lê Moniteur, 1995, p. 76-78, Collection L'Actualité Juridique).

A esse período, seguiu-se uma fase em que o Estado passou a assumir perdas decorrentes da outorga da concessão, em razão das cláusulas de “garantia de juros” e da incidência da teoria da imprevisão. O fato teria sido o responsável pela decadência do instituto da concessão. Após a 2ª Guerra Mundial, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, com capital majoritário em poder do Estado, passam a executar os serviços: o Estado saiu perdendo, pois passou a assumir os riscos do empreendimento.²¹⁶

Pedro Gonçalves²¹⁷ faz referência à crise que atingiu a definição clássica de concessão, só deixando intocado o aspecto que relaciona a concessão à exploração ou gestão de um serviço público. A fase crítica do conceito clássico de concessão – que concebia o instituto como a *delegação de um ente público para uma empresa privada* que se incumbia de prestar o serviço *por sua conta e risco*, sendo *remunerada pelos utentes* – conduziu às seguintes mudanças: (i) o concessionário poderia ser pessoa pública ou empresa de capital público²¹⁸ e o concedente pessoa privada²¹⁹; (ii) passou a existir também a gestão de serviços públicos *uti singuli*, sem utentes, como nos serviços públicos de televisão ou de radiodifusão; (iii) houve adoção, em alguns casos, de regime de *solidariedade financeira* entre Poder Público concedente e concessionário, notadamente em concessões deficitárias; (iv) a remuneração pelos usuários deixou de ser o único critério aceito, passando a doutrina a exigir apenas que a remuneração proviesse dos “resultados financeiros de exploração”²²⁰; (v) os entes públicos passaram também a figurar como usuários.

²¹⁶ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit., p. 184. Esse período corresponde à fase histórica do direito administrativo denominada pela doutrina de “administração de prestações” (segunda metade do séc. XX), quando o Estado assumiu, ele mesmo, a responsabilidade pela execução do serviço (Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 8).

²¹⁷ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 105.

²¹⁸ Pedro Gonçalves explica que quando o concessionário é pessoa pública, o regime da concessão altera-se de forma substancial, porque a oposição de interesses (público x privado) deixa de existir, sendo substituída por uma comunhão de interesses (*A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 106).

²¹⁹ No direito administrativo brasileiro, tem-se o exemplo semelhante do procedimento de pré-qualificação do operador portuário efetuada perante a Administração do Porto, organizado consoante o artigo 9º da Lei 8.630, de 25.02.1993. Sendo a Administração do Porto entidade concessionária, caracterizada estaria espécie de subconcessão, a partir de pessoa privada.

²²⁰ Exemplo fornecido por Pedro Gonçalves: receitas de publicidade (*A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 107).

A reforma do Estado propiciou as privatizações e a desregulação²²¹, fazendo ressurgir a figura jurídica da concessão como mecanismo para diminuir o aparelhamento do Estado²²². Porém, o contexto em que o instituto reassumiu importância no Brasil era diverso daquele que marcou a primeira fase. A crise fiscal e financeira motivaram as reformas que, por essa razão, não foram bem planejadas.²²³

Dinorá Adelaide Musetti Grotti²²⁴ ressalta que a concessão de serviço público, na sua origem, outorgava um privilégio para o empreendedor, que executava o serviço com exclusividade, sem concorrência, para que pudesse recuperar o capital investido.²²⁵

A concessão de hoje se manifesta mundialmente como um instituto que se abre à concorrência, por se acreditar que dessa forma a prestação de serviços atingirá maior qualidade e preços justos, segundo a orientação do direito comunitário.

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti²²⁶, no século XIX a questão central da concessão era assegurar ao concessionário a rentabilidade mediante garantias contratuais do Estado. Atualmente, o aspecto mais importante que se procura garantir com a manutenção do instituto é possibilitar que, por seu meio, o Estado confira tratamento equânime aos pretendentes que se candidatam à prestação do serviço público, permitindo que exerçam suas missões em um ambiente competitivo, e sejam cobrados em sua eficiência. Afasta-se, com isso, o modelo tradicional que atribuía ao Estado todos os prejuízos e ao particular os lucros. A concessionária pode perder dinheiro, na hipótese de mostrar-se incompetente.

Outra mudança no instituto foi a limitação da cláusula de reversibilidade dos bens àqueles necessários à continuidade do serviço.

²²¹ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 107.

²²² Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit., p. 189.

²²³ *Ibidem*, p. 188.

²²⁴ *Ibidem*, p. 189.

²²⁵ Hely Lopes Meirelles sustentava que o privilégio da exclusividade fazia parte da essência do instituto jurídico da concessão, uma vez que a concorrência geraria uma instabilidade no mercado de serviços concedidos, além de levar a uma “concorrência destrutiva”, prejudicando o concessionário na sua missão de investir e de assegurar a rentabilidade do investimento (*Estudos e pareceres de direito público*, cit., v. 2, p. 486-491).

²²⁶ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit., p. 192.

5.5 O regime jurídico das concessões de serviços públicos

Muito se discute na doutrina sobre a natureza jurídica do instituto da concessão. Optou-se por iniciar o seu estudo pela abordagem dos seus aspectos mais gerais, sem adentrar, desde logo, na discussão das teses contratualistas e as correntes mistas, cujos pormenores serão tratados em seguida.

Recorre-se, mais uma vez, à doutrina de Pedro Gonçalves²²⁷, cuja abordagem teórica separou em dois momentos. No primeiro, identificou os elementos obrigatórios a toda concessão administrativa, para, em seguida, analisar os seus regimes jurídicos²²⁸. Os aspectos a seguir indicados pelo autor referem-se às “concessões administrativas”, que possuem como objeto o direito de utilização privativa de bens públicos e o direito de exploração, gestão ou exercício de atividades públicas.²²⁹

São componentes de uma visão condensada do instituto: (i) a relação jurídica administrativa entre concedente e concessionário²³⁰; (ii) o “factor derivação”, por meio do qual o direito concedido deriva, em todo caso, de um direito da Administração²³¹; (iii) a previsão legal autorizando a concessão; (iv) a inexistência de direito subjetivo em favor do particular de requerer a concessão de determinado serviço, cabendo-lhe, no entanto, o direito de participar de processo seletivo em igualdade de condições com outros pretendentes; (v) a limitação temporal do direito concedido, que não pode ser atribuído em caráter permanente; (vi) o poder conferido à Administração de modificar unilateralmente as regras e ajustes da concessão gerando, com isso, um “enfraquecimento” do direito do concessionário.

²²⁷ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos*: uma aplicação da técnica concessória, cit., p. 69-71.

²²⁸ Pedro Gonçalves, salienta que podem existir vários regimes jurídicos ou um apenas (*A concessão de serviços públicos*: uma aplicação da técnica concessória, cit., p. 61).

²²⁹ *Ibidem*, p. 55.

²³⁰ Enrique Sayagués Laso entende que tal relação é regulada pelo direito público (*Tratado de derecho administrativo*, 3. ed., Montevideo: Barreiro y Ramos, 1974, v. 2, p. 17).

²³¹ Pedro Gonçalves sustenta que o “factor derivação” é a essência da concessão. Explica que o “acto de concessão” faz surgir em favor do seu destinatário um direito subjetivo. Por meio da concessão, a Administração transfere ao concessionário um direito que lhe pertence (concessão translativa) ou um direito criado a partir de um direito que lhe pertença – concessão constitutiva (*A concessão de serviços públicos*: uma aplicação da técnica concessória, cit., p. 54).

No direito brasileiro, são previstas as concessões comuns – concessões de serviço público, concessão de serviço público precedida da execução de obra pública –, reguladas pela Lei Geral das Concessões (Lei n. 8.987, de 13.02.1995), bem como as concessões administrativas e patrocinadas, introduzidas pela Lei n. 11.079, de 30.12.2004. Há também as concessões de uso do domínio público²³² e as concessões para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que não se submetem à regulamentação da Lei n. 8.987/95.

Exposta a teoria geral, examina-se a possibilidade de conceituar a concessão de serviços públicos como um contrato. Tal preocupação deu origem a vários pontos de vista sobre o regime jurídico da concessão. Entre esses, está a linha de pensamento que considera a concessão de serviço público como um ato complexo, formado por disposições de natureza contratual (ex.: encargo atribuído ao concessionário de pagar “taxa pela outorga da concessão”) e regulamentar (regras sobre a organização do serviço). As cláusulas de natureza regulamentar, ao contrário das contratuais, não obrigam somente o poder concedente e o concessionário, mas destinam-se também a regular as relações entre eles e os usuários. Por essa razão, as disposições regulamentares, segundo a teoria de Léon Duguit²³³, são de caráter objetivo, contemplando situação jurídica geral e impessoal, enquanto as contratuais são subjetivas.

A heterogeneidade de normas pertencentes a regimes jurídicos diversos originam conceitos incomuns, como o de Pedro Gonçalves, para quem concessão de serviço público é “um acto jurídico de direito público (não de direito privado), em princípio, de natureza contratual (não unilateral), cujas cláusulas têm uma eficácia parcial ou também regulamentar”.²³⁴

Esmiuçando a referida definição, o autor argumenta que a concessão é um ato jurídico de direito público por se constituir em uma manifestação de vontade complexa submetida às normas do direito administrativo. É, contudo, de natureza contratual, mas com forma inusitada, que admite uma “intercambialidade” entre ato e contrato administrativo. Assim, em relação a alguns aspectos, a Administração poderá negociar

²³² Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 584.

²³³ Ange Blondeau, *La concession de service public*, cit., p. 155. A teoria de Duguit, discutida por Ange Blondeau, não é imune a críticas. O autor questiona, por exemplo, o fato de Duguit ter incluído as cláusulas regulamentares na categoria de *convenção-lei*: se são *convenções*, como se explica o poder unilateral conferido ao Poder Público para modificá-las?

²³⁴ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 193.

(contrato); em relação a outros, não (ato)²³⁵. O autor entende conclusivamente haver um “*princípio da natureza contratual do acto constitutivo da relação de concessão*”. Assim, se a lei ou o ato constitutivo da relação de concessão não definem se a matéria é contratual ou não, presume-se a sua contratualidade. Pedro Gonçalves entende que apesar do conteúdo das cláusulas contratuais ser fixado pela Administração, o particular a elas adere espontaneamente, conservando-se, assim, a natureza de contrato. Ademais, as partes (ente público e concessionário) mantêm direitos e deveres recíprocos.²³⁶

Quanto aos efeitos derivados da “relação de concessão”²³⁷, podem ser “parciais” ou “regulamentares”. A primeira hipótese encerra a idéia contida no princípio da relatividade dos contratos: o ajuste contém regras que dizem respeito aos direitos e deveres das partes. Pedro Gonçalves sustenta que mesmo as disposições regulamentares, uma vez tendo sido inseridas no “contrato de concessão”, adquirem a natureza contratual, independentemente de produzirem efeitos também em relação aos usuários. Consoante sua teoria, não haveria, portanto, uma “dupla natureza: contratual e regulamentar”²³⁸, mas a variação se daria no âmbito da eficácia. Desse modo, cláusulas relativas à organização, gestão e funcionamento do serviço público teriam *eficácia* geral ou regulamentar.

Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁹ enfatiza que a doutrina brasileira, influenciada pela teoria francesa já ultrapassada, ainda considera a concessão como um contrato. Entretanto, ressalta, deve caracterizar o instituto como uma “relação jurídica complexa”, formada por atos administrativos (unilaterais) relacionados com as condições de “funcionamento”, “organização” e “modo de prestação do serviço”, por um “ato-condição”, que se perfaz mediante adesão voluntária do concessionário à “situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público” e pelas disposições de natureza contratual que

²³⁵ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 194. O autor pondera que os fenômenos da *consensualização do ato administrativo*, por meio do qual se admite uma negociação no momento da criação do ato, e da *mera adesão ao contrato administrativo* por parte do particular conduzem a uma incerteza quanto à natureza jurídica da concessão. Contudo, filia-se ao entendimento de que a concessão é um acordo de vontades porque o seu momento constitutivo (o momento em que é “criado” o direito do caso concreto) é “consensual”, “negociado” ou “bilateral”. Já no “acto administrativo necessitado de consentimento”, o particular toma parte de alguma forma, mas o momento decisório ou constitutivo do procedimento compete à Administração. O autor complementa afirmando que na concessão, a participação do particular é “qualificada”, resultando em uma decisão conjunta com a administração. Ademais, acrescenta, o consentimento do particular é “condição de existência do contrato administrativo”, enquanto no ato administrativo a ausência de consentimento o torna tão-somente ineficaz.

²³⁶ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p.198.

²³⁷ *Ibidem*, p. 200.

²³⁸ *Ibidem*, p. 202.

²³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 674.

asseguram a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, preservando as expectativas de lucro do concessionário.

Enrique Sayagués Laso²⁴⁰ apresenta uma categorização que se assemelha à proposta de Duguit, na parte em que confere às cláusulas da relação de concessão relativas à organização do serviço o caráter de “convenções”²⁴¹. Destaca que o instituto deve ser apreendido sob dois aspectos: formal e material. No plano formal, a concessão deve ser tida como um ato bilateral porque, para que a concessão possa produzir efeitos jurídicos, será necessário o consentimento do concessionário. Todavia, o ato administrativo ou a lei que autoriza a celebração do ajuste e o ato administrativo que o aprova depois de seu fechamento não se confundem com a concessão em si: são atos que, respectivamente, habilitam a Administração e aperfeiçoam o convencionado entre as partes. Sob o ponto de vista material, o conteúdo da concessão é constituído por disposições contratuais e convencionais. Essas últimas, como visto, referem-se às regras de organização do serviço e são convenções, na medida que resumem objetivos coincidentes, tanto do Poder Público, quanto do concessionário.

Constatam-se as diferenças de posição entre as doutrinas comentadas: a de origem portuguesa, representada por Pedro Gonçalves, entende que a concessão possui natureza contratual, não importando se estipulações inseridas no documento formal dizem respeito tão-somente ao ente público e o particular (situações subjetivas) ou se possuem caráter objetivo (regulamentar). As distinções se estabelecem no plano da eficácia das disposições contratuais (efeitos limitados às partes ou a estas e a terceiros). Já a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello propõe a separação entre cláusulas contratuais e regulamentares, às quais o concessionário adere por meio de um “ato-condição”. Maria Sylvania Zanella Di Pietro também adota o entendimento de que há distinção entre cláusulas regulamentares e cláusulas contratuais²⁴². A opinião de Enrique Sayagués Laso segue a linha de Duguit, ao defender a existência de um encontro de vontades entre concedente e

²⁴⁰ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 21.

²⁴¹ Segundo Ange Blondeau, a teoria de Duguit atribui à concessão o caráter de convenção, já que as estipulações resultam de um entendimento entre a Administração e o empreendedor. Para o autor, Duguit sustentava que as convenções eram acordos de vontade que poderiam ter natureza contratual ou não. Nesse último caso, seriam *convenções-lei*. (*La concession de service public*, cit., p. 153).

²⁴² Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 95.

concessionário, quanto às regras de organização do serviço, caracterizando-se, aí, uma convenção. Nesse sentido, recusa atribuir natureza contratual a tais estipulações.

5.6 A situação jurídica do concessionário frente ao interesse público

Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁴³ observa que o contrato de concessão de serviço público encerra duas idéias antitéticas, fundamentais para a compreensão do instituto: em uma posição, o interesse público que acompanha a noção de serviço público; em outra, os interesses capitalistas do empresário. Prosseguindo, enumera as conseqüências relacionadas ao fim público: (i) presença de “cláusulas regulamentares” no contrato; (ii) a outorga ao concessionário de “prerrogativas públicas²⁴⁴”; (iii) o dever de observância dos princípios da continuidade, mutabilidade e igualdade dos usuários por parte do concessionário; (iv) a aceitação de “poderes” atribuídos à Administração, como encampação, intervenção, utilização forçada de recursos humanos e materiais de propriedade do concessionário, poderes sancionatórios, de direção e de controle; (v) reversão de bens do particular ao final da concessão; (vi) natureza pública dos bens privados destinados à prestação do serviço; (vii) responsabilidade civil do concessionário regulada pelo direito público; (viii) a extensão dos efeitos da concessão ao poder concedente, ao concessionário e aos usuários (efeito trilateral da concessão).

O interesse privado, por sua vez, conduz às seguintes conseqüências: (i) a atribuição de regime jurídico contratual à concessão; (ii) preservação dos interesses econômicos do concessionário, por meio da cláusula de equilíbrio econômico-financeiro.²⁴⁵

²⁴³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 93-94.

²⁴⁴ Os incisos VI, VII, VIII e o parágrafo único do artigo 31 da Lei n. 8.987, de 13.02.1995, prevêm incumbir à concessionária, *in verbis*: “VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato; VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço. Parágrafo único - As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.”

²⁴⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 94.

A autora sublinha que os objetivos buscados pelo concessionário são de natureza especulativa, razão por que as cláusulas que visam regular o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente. O poder de modificação unilateral da Administração alcança, porém, as cláusulas regulamentares.²⁴⁶

Pedro Gonçalves²⁴⁷ destaca não serem sustentáveis algumas afirmações doutrinárias no sentido de que o interesse do particular na concessão se volta para uma finalidade pública. O fim visado pelo concessionário é o lucro, por mais resistência que tal idéia encontre em alguns pensamentos jurídicos. A partir dessa certeza, afirma que o fato de ter sido o instituto da concessão previsto em determinada ordem jurídica pressupõe a existência de um “juízo de compatibilidade abstracta” entre os interesses públicos e privados presentes na técnica concessória²⁴⁸. Em outras palavras, se o constituinte previu a possibilidade de concessão ao particular, admitiu possa a atividade gerar lucros para ele, dentro de um modo de prestação do serviço que viabilize a satisfação do interesse público.

No entanto, se o serviço é essencial ao atendimento de um interesse coletivo, periodicamente deverá ser investigado se a execução da atividade pelo particular é a melhor opção para atingir tal objetivo.²⁴⁹

Pedro Gonçalves menciona a existência de uma “responsabilidade compartilhada” na relação de concessão: à Administração pública compete cuidar para que a execução do serviço esteja atendendo aos objetivos de interesse público; ao particular, cabe gerir o serviço. Tais constatações possuem desdobramentos. Primeiro, o interesse público continua

²⁴⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 95.

²⁴⁷ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 172-173.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 172.

²⁴⁹ Cármen Lúcia Antunes Rocha chama atenção para o seguinte fato: no final do século XX, com o agravamento da crise econômica do Estado e ante a impossibilidade de modernização veloz da máquina estatal, o empresário privado assumiu papel relevante na execução de obras e serviços públicos. Em razão de uma maior cooperação do particular no desempenho de atividades prioritárias para a sociedade, o setor empresarial privado passou a ter o Estado como um cliente fundamental para o seu sucesso econômico, gerando uma disputa pela ocupação de espaços estatais. A autora afirma que no início da década de setenta do século XX “o Estado quis adotar o modelo empresarial e agora, como observado antes, o empresariado quer adotar o Estado. Mas não para as prioridades de realizações sociais, senão para o atingimento de suas prioridades de lucros, ainda que, tanto melhor, se estes puderem ser obtidos com aquelas”. Enfatiza não ser contra o modelo de Administração pública “contratualizada”, mas deva-se atentar para o perigo de privatizações que coloquem em risco a satisfação de direitos sociais (*Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15).

sob tutela da Administração que, em razão dessa missão, mantém poderes para cobrar do concessionário a realização da “função ou “programas” da concessão. (“administração de garantia”). Segundo, a gestão pelo particular é assegurada por dois direitos: o direito à autonomia de gestão – afirma-se tratar-se de uma autonomia “funcionalizada”²⁵⁰ – e o direito à “conservação da concessão”.²⁵¹

O mesmo autor defende que as atividades de gestão efetivadas pelo concessionário são regidas pelo direito privado. Ele não acolhe as teses orgânicas voltadas a conceber o concessionário como um órgão da Administração, uma vez que tal idéia levaria a uma “publicização” da gestão a cargo do concessionário, retirando da técnica concessória a vantagem de viabilizar um modelo mais moderno de gestão²⁵². Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵³ menciona a existência de um “regime jurídico híbrido” a que se submete a concessionária: o direito privado regulando aspectos relacionados com sua organização, estrutura, relações com terceiros, tal qual previsto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 25 da Lei 8.987, de 13.02.1995 e relações trabalhistas, e o direito público normatizando as situações que decorram de sua relação com a Administração concedente.

O sentido que se extrai da doutrina citada é deixar clara a separação entre o interesse privado e o interesse público no contrato de concessão, a fim de evitar a imposição de sacrifícios à atividade do concessionário privado e, ao mesmo tempo, assegurar-lhe autonomia de gestão, bem como o respeito às garantias contratuais. Por outro lado, o Poder Público impõe-se estabelecendo limites, organizando, fiscalizando e prevendo sanções, como decorrência de sua inafastável responsabilidade para com o interesse público.

²⁵⁰ É “funcionalizada” em razão da concretização do interesse público (Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 175).

²⁵¹ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 174-175. O direito à “conservação da concessão” corresponde ao direito do concessionário de que o contrato seja mantido durante o prazo da concessão, impossibilitando uma rescisão *ad nutum* (Ibidem, p. 174).

²⁵² Ibidem, p. 229.

²⁵³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 52.

5.7 Os poderes da Administração concedente

O exame do assunto eleito no presente tópico deve percorrer o seguinte caminho: em um primeiro momento, descobrir os fundamentos e limites dos poderes da Administração concedente, em face dos direitos do concessionário; depois, pôr à mostra os poderes conferidos pelo direito positivo brasileiro à Administração concedente no contrato de concessão de serviços públicos, bem como suas formas de manifestação. A Lei n. 8.987/95 aponta para a existência dos seguintes poderes: poder de inspeção e fiscalização; poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; poder de extinguir a concessão antes do prazo determinado; poder de intervenção, poder de impor sanções.²⁵⁴

Menciona-se que as prerrogativas ou *potestas imperii* pertencentes à Administração concedente são instrumentos da finalidade do interesse público para garantir a *dinâmica* exigida pelo serviço público, *prevenir* desvios que possam ser causados pela gestão privada do serviço²⁵⁵, bem como expandir e modernizar o serviço (arts. 18, inc. VII e 23, inc. V, ambos da Lei n. 8.987/95).

É importante, portanto, enfatizar que embora a Administração pública possua prerrogativa exorbitante do direito privado, que tem origem não propriamente na lei ou nas cláusulas dos contratos administrativos, mas na *finalidade do interesse público*, tal poder obedece, em último caso, sempre ao interesse público. Assim, caberá ao Poder Judiciário, em última instância, verificar, quando provocado, a pertinência dos atos administrativos a essa finalidade.

Ainda em nível de abordagem preliminar, refere-se à relação entre os poderes conferidos à Administração concedente e a natureza jurídica da concessão. Por meio da relação de concessão, afirma-se que um direito pertencente à esfera jurídica do poder concedente é transferido para a esfera jurídica do concessionário; ou, quando não, o ente estatal cria um direito novo, a partir de um poder que lhe é inerente, e o atribui ao concessionário. Em todo caso, por meio da concessão constitui-se um direito novo (ato

²⁵⁴ A enumeração é apresentada por Celso Antônio Bandeira de Melo (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 688-689). O autor ressalva que tais poderes não aparecem de forma ordenada na lei, encontrando-se, fundamentalmente, no artigo 29, que trata dos encargos do poder concedente.

²⁵⁵ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 239.

constitutivo) em favor de outro sujeito, direito esse que *deriva* de um direito pertencente ao Poder Público. Sustenta-se tratar-se de um direito novo porque inexistente, até então, na esfera jurídica do destinatário. É por tal motivo que se declara a impossibilidade de ser objeto de concessão uma atividade privada, situada fora da esfera jurídica do ente estatal, pela razão óbvia de não poder o Poder Público transferir algo que não lhe pertence.²⁵⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵⁷ prefere afirmar que por meio da concessão transfere-se o *exercício* do direito ao concessionário. O objetivo de tal ponderação é enfatizar que a Administração pública continua titular do serviço. De qualquer modo, não se vê na doutrina portuguesa citada a intenção de destituir o Poder Público de seus direitos em face do bem ou atividade objeto da concessão. Tanto que, com relação à concessão de serviço público, Pedro Gonçalves afirma que a transferência para a esfera jurídica do concessionário se dá com respeito ao “direito de gerir o serviço público” que pertencia à Administração, mas ela decide transferir a outrem. Os demais direitos decorrentes da titularidade do serviço não são transferidos ao concessionário, como o de organizá-lo.

Os efeitos decorrentes do reconhecimento de direitos em favor do concessionário, que vão além do direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, são contraditórios na doutrina, por razões evidentes. Por exemplo, afirmar que a autonomia da gestão do serviço é um direito adquirido pela concessionária por força do contrato de concessão induz o dever da Administração concedente de não interferir na gestão do serviço. Pedro Gonçalves chega a sustentar que à Administração assiste o dever de intervir o mínimo possível, com a finalidade de estabelecer objetivos, liberando o concessionário para escolher os meios para alcançá-los.²⁵⁸

A Lei n. 8.987, de 13.02.1995, ao regulamentar o poder de intervenção da Administração concedente (art. 32), resguardou a autonomia de gestão do concessionário. A intervenção depende da existência de “causas determinantes” que a justifiquem (art. 33) e deverão estar relacionadas com circunstâncias que estejam comprometendo a qualidade do serviço ou situações reais de descumprimento de normas contratuais, regulamentares e

²⁵⁶ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 54-55.

²⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 691.

²⁵⁸ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 244-245 e 263.

legais (art. 32). Desse modo, a medida não será cabível em face de qualquer discordância do poder concedente quanto à forma de gestão do serviço.

Deve-se confrontar a autonomia de gestão conferida ao concessionário com o poder de direção e controle atribuído à Administração. Verifica-se haver diferenças na forma como tal poder é abordado pela doutrina. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵⁹ teoriza que, no âmbito do poder de direção e controle, encontram-se os poderes de alteração unilateral do contrato e de fiscalização. A doutrina de Portugal mencionada trata separadamente as figuras do *poder de controle* (ou fiscalização) e do *poder de direção* da Administração. Esse consiste no poder conferido ao concedente para emitir ordens, a fim de esclarecer o objeto do contrato, visando evitar a desorganização do serviço. Ressalta, contudo, que tal poder não se confunde com o poder de modificação unilateral do contrato.²⁶⁰

Apesar da distinção no tratamento doutrinário da matéria, os autores citados concordam que tal poder de direção e controle, no que diz respeito à Administração do serviço, excluídas as situações que dão causa à alteração unilateral do contrato, tratadas separadamente pelos administrativistas, não pode suprimir a autonomia de gestão do concessionário²⁶¹. Segundo a doutrina de Portugal, que liga o poder de direção a questões relacionadas com a gestão a cargo do concessionário, as orientações provenientes da Administração não devem criar obrigações diversas das que já estão inseridas no ajuste. Referida limitação, contudo, não torna o poder de direção inútil: pode servir para esclarecer melhor o que o concedente pretende com exigências contratuais relacionadas à “segurança” ou “eficiência”, por exemplo.

Comentando sobre o poder de direção e controle da Administração concedente, e sem fazer a distinção procedida pela doutrina portuguesa citada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶² assevera existirem limites “razoáveis” para o seu exercício, de forma que a fiscalização realizada pelo Poder Público não substitua a gestão a cargo do concessionário.

²⁵⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 57.

²⁶⁰ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 246.

²⁶¹ Pedro Gonçalves afirma que o concessionário não é um órgão da Administração pública, não se encontrando, em razão disso, subordinado hierarquicamente a ela. (*A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 243).

²⁶² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 58.

Da mesma opinião é Héctor Jorge Escola²⁶³, que alerta para o risco da atividade de direção e controle desnaturar a concessão, na medida que o concessionário se transforme em um agente cumpridor das ordens da Administração concedente.

Constata-se que apesar das divergências no tratamento da matéria, há consenso quanto a respeitar-se a autonomia de gestão do concessionário. À Administração concedente não cabe traçar o modo de gerenciamento das atividades do concessionário. Pode sim estipular objetivos ou metas de atuação, com vistas a cumprir a sua obrigação de zelar pela boa qualidade do serviço (art. 29, inc. VII da Lei n. 8.987/95). Todavia, não pode haver confusão de responsabilidades: o risco da gestão deficiente será do concessionário.

O poder de controle ou fiscalização sobre os serviços públicos concedidos atribuído à Administração pública, como enfatizado linhas atrás, decorre de preceito constitucional contido no inciso I do artigo 175 da Constituição Federal, que prevê expressamente deva a legislação infraconstitucional sobre concessões estabelecer as condições de *fiscalização* do serviço.

Assim é que a Lei n. 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) estabelece as regras gerais desse poder especial conferido à Administração pública:

- a) a fiscalização será exercida com a cooperação dos usuários (art. 3º);
- b) no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (art. 30);
- c) cláusulas essenciais do contrato de concessão preverão *o modo, forma e condições de prestação do serviço; os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço* (art. 23, incs. II e III);
- d) as cláusulas do contrato de concessão preverão, ainda, a *forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la* (art. 23, inc. VII); e

²⁶³ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires: Depalma, 1979, v. 2, p. 81.

- e) a obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente (art. 23, inc.XIII); bem como
- f) a exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária (art. 23, inc. XIV);
- g) no caso de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública, deverão adicionalmente *estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão* (art. 23, parágrafo único, inc. I);
- h) o poder concedente fiscalizará o serviço *zelando pela boa qualidade do mesmo, recebendo, apurando e solucionando queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados das providências tomadas* (art. 29, inc. VII);
- i) competirá ainda ao poder concedente *estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; incentivar a competitividade* (art. 29, incs. X e XI);
- j) poderá também o poder concedente *intervir* na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e pertinentes (art. 32);
- k) em cada modalidade de serviço público, o respectivo regulamento determinará que o poder concedente estabeleça forma de participação dos usuários na fiscalização e torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados (art. 33).

Quanto aos órgãos fiscalizadores, o parágrafo único do artigo 30 prevê que poderá ser órgão técnico do poder concedente ou entidade com ele conveniada e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶⁴ atenta para o fato de que o concessionário poderá manifestar discordância em relação a ações fiscalizatórias que ultrapassem os limites implícita ou explicitamente inseridos na lei ou no contrato.

O *poder de aplicar sanções ao concessionário* por práticas que comprometam a execução do contrato com regularidade é uma das conseqüências do poder de controle ou

²⁶⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 58.

fiscalização. A forma como tal poder é exercitado pela Administração comporta peculiaridades próprias, diferentes da forma como o Estado atua na ordenação das atividades privadas.

Nas relações que a Administração ordenadora estabelece com os particulares no campo privado, o princípio da legalidade tem aplicação tal qual previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Sendo assim, se a lei não previu expressamente, norma administrativa não pode definir como ilícito comportamento permitido pelo silêncio da lei.²⁶⁵

Foi visto anteriormente que no campo estatal, que inclui as relações entre poder concedente e concessionário, o princípio da legalidade é aplicado com temperamentos, em face da influência do princípio da supremacia do interesse público. O poder exorbitante da Administração em relação aos interesses privados resulta em poder de modificação unilateral do contrato e de sua extinção antecipada.

O que dizer, então, do poder sancionatório atribuído à Administração concedente que transfere para o contrato de concessão a definição das penalidades a serem aplicadas aos concessionários?²⁶⁶ Entende-se que a norma legal que transfere para o contrato de concessão a definição das sanções contratuais, tal como a do artigo 23, inciso VIII da Lei n. 8.987/95, tem como fundamento o princípio da supremacia do interesse público, sendo portanto legítima a fixação no contrato das penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação. Por outro lado, com vistas a resguardar o princípio da legalidade, garante-se que, uma vez definidas no contrato de concessão, as sanções contratuais não podem ser alteradas pelo Poder Público desarrazoadamente.

²⁶⁵ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 80.

²⁶⁶ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 251. O autor afirma que as sanções constarem no contrato e não apenas na lei é a diferença significativa entre o poder administrativo de sancionar o incumprimento de obrigações contratuais e outros poderes administrativos sancionatórios (no âmbito do direito disciplinar ou do direito de mera ordenação social), uma vez que em relação às garantias constitucionais, como ampla defesa e devido processo legal, ambas se assemelham.

Pedro Gonçalves²⁶⁷ salienta que a origem voluntária ou consensual da relação de concessão viabiliza esse “relativo desvio” do princípio da legalidade. Acrescenta que, na realidade, o desvio não seria sequer em relação ao princípio da *legalidade* desse poder sancionatório, mas apenas da sua *tipicidade*, se e quando a legalidade (formal) das cláusulas contratuais que atribuem poderes sancionatórios à Administração estiver assegurada pela lei. É o que ocorre, a nosso ver, em relação ao disposto no artigo 23, inciso VIII da Lei n. 8.987/95.

Assim, se as sanções foram determinadas atendendo às necessidades do interesse público, não caberia à Administração concedente alterar as regras sempre que lhe conviesse, sem um motivo justificável. Por outro lado, se o contrato de concessão prevê sanções não condizentes com a finalidade da norma sancionadora, caberá ao concessionário questioná-la perante o Poder Judiciário, de forma a promover a sua conformação ao interesse público.

Quanto aos *tipos de sanções* previstas na legislação brasileira, têm como objetivo fundamental garantir a regularidade na prestação do serviço, o que inclui os requisitos da eficiência, continuidade, adequação, tarifas módicas, universalidade, modernidade, conforto e segurança. A Lei Geral de Concessões prevê a *intervenção* (art. 32 ss.); a *caducidade* (arts. 35, inc. III e 26, parágrafo único da Lei n. 9.074/95), além das *sanções contratuais* estabelecidas no contrato de concessão.

A legislação brasileira estendeu as garantias constitucionais aos procedimentos de aplicação das penalidades contratuais nas relações entre poder concedente e concessionários. É o que se extrai da regra do artigo 38, parágrafo 2º da Lei n. 8.987/95, ao estabelecer que a declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

O parágrafo 3º do artigo 38 prevê que o processo administrativo de inadimplência não será instaurado antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no parágrafo 1º do mesmo artigo, dando-lhe prazo

²⁶⁷ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 251.

para corrigir as falhas e transgressões apontadas, e para o enquadramento nos termos contratuais.

O parágrafo 5º do artigo 38 da Lei n. 8.987/95 assegura, mesmo no caso de caducidade, indenização ao concessionário, abatidas as multas contratuais e danos causados pela concessionária. Essa é uma garantia do Estado de Direito que a lei fez questão de preservar, proibindo o enriquecimento sem causa do Poder Público, em prejuízo do particular.

Em relação à *intervenção* (art. 32 ss. da Lei n. 8.987/95), também foi previsto o direito de ampla defesa no procedimento administrativo que será obrigatoriamente instaurado pelo poder concedente (art. 33). É considerada medida de execução, em geral transitória²⁶⁸, que deverá ainda obedecer a todos os requisitos formais previstos nos artigos 32 a 34 da Lei n. 8.987/95, sob pena de ofensa ao direito do concessionário de gerir com autonomia o serviço público.

O *poder de modificação*, expressão máxima do princípio da supremacia do Poder Público, pode atingir cláusulas que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato – hipótese em que a Administração terá que compensar o concessionário²⁶⁹ – ou disposições do contrato de concessão relativas à organização do serviço. Nessa última situação, se as alterações não comprometerem o objeto do contrato ou seu equilíbrio econômico-financeiro, não se justificará qualquer pleito rescisório ou objetivando ressarcimento por parte do concessionário.²⁷⁰

Héctor Jorge Escola²⁷¹ afirma que o poder de modificação unilateral do contrato é “virtual”, não sendo exigido que conste expressamente do contrato. A Lei n. 8.987/95, no entanto, contemplou-o no parágrafo 4º do artigo 9º. Acrescenta, outrossim, pressupostos inerentes ao referido poder: seu caráter de irrenunciabilidade pela Administração concedente e sujeição a limitações ditadas por “condições de razoabilidade e conveniência”.

²⁶⁸ José Cretella Júnior, *Dos contratos administrativos*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 163.

²⁶⁹ As situações que caracterizam a “álea ordinária” e a “álea extraordinária” serão tratadas no item 6.7. Salienta-se, desde logo, que não serão indenizados os prejuízos decorrentes dos riscos normais do negócio.

²⁷⁰ É como se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 690).

²⁷¹ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., v. 2, p. 83-84.

Entre as limitações apontadas pelo autor, incluem-se a impossibilidade de alterar o prazo contratual, as garantias financeiras do contrato e o privilégio de exclusividade²⁷². As alterações relacionadas com a organização e funcionalidade do serviço, no entanto, são admitidas, devendo ser obrigatoriamente cumpridas pelo concessionário. Sua negativa em adequar-se às mudanças impostas pelo poder concedente poderá ensejar, além da aplicação de sanções, a perda do privilégio na exploração do serviço.²⁷³

5.8 Os direitos do concessionário

No tópico em que se abordou a situação jurídica do concessionário frente ao interesse público, aludiu-se a dois direitos do concessionário: à autonomia de gestão²⁷⁴ e à conservação da concessão. Sobre o direito à autonomia de gestão, teceram-se comentários no tópico anterior, ao tratar do poder de direção conferido à Administração concedente.

Após reconhecer-se a existência de poderes de autoridade em favor da Administração concedente no item 5.7, comprova-se que tais direitos não são absolutos. Assim, sustenta Pedro Gonçalves que o direito da concessionária é um *direito enfraquecido* em relação ao poder concedente, não possuindo consistência absoluta perante a Administração, que poderá eliminá-lo ou modificá-lo legalmente, antes da verificação do termo quando conveniente ao interesse público.²⁷⁵

Todavia, na visão do autor português, a despeito dessa precariedade de que se reveste o direito do concessionário, não se pode reduzi-lo à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É que o contrato de concessão proporciona o alargamento da esfera jurídica do concessionário. Nessa medida, ele se torna credor de uma proteção legal aos direitos de gerir com autonomia o serviço concedido e de manter-se em uma posição estável durante o prazo da concessão. As ações administrativas

²⁷² Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., v. 2, p. 85.

²⁷³ É como se posicionam Héctor Jorge Escola (*Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., v. 2, p. 86) e Enrique Sayagués Laso (*Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 58).

²⁷⁴ Autonomia essa “funcionalizada” em razão da concretização do interesse público, segundo Pedro Gonçalves (*A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 175).

²⁷⁵ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 264.

aniquiladoras desse último direito citado só serão legítimas se fundadas em motivos consistentes de interesse público que se sobreponham ao direito do concessionário.²⁷⁶

O direito à conservação da concessão é admitido por Héctor Jorge Escola²⁷⁷, ao declarar que o prazo de duração da concessão é uma garantia do concessionário e, a princípio, não poderia ser alterado. A Lei n. 8.987/95, a nosso ver, garantiu ao concessionário direito à estabilidade do contrato, ao prever que a encampação, ou seja, a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por razões de interesse público, dependerá de lei autorizativa e pagamento prévio de indenização (art. 37).

Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que o concessionário possui também o direito a não ter alterado o objeto da concessão²⁷⁸. Completa informando que, mesmo obtendo-se concordância do concessionário para modificação do objeto do contrato, não seria lícito fazê-lo, por constituir ofensa ao princípio da licitação.

Quanto ao direito à exclusividade na prestação do serviço, o mesmo autor posiciona-se pela sua inexistência, desde que a perda da exclusividade seja acompanhada de uma compensação financeira. Não é essa a posição de Pedro Gonçalves, para quem a situação de privilégio ou exclusividade em favor do concessionário existe, mesmo que não conste expressamente do contrato²⁷⁹. Tal direito de exclusividade pode abranger parte de um território ou determinada atividade econômica. Contudo, pode haver concessões em concorrência – no caso do serviço público de transporte coletivo nos grandes centros urbanos, o transporte por ônibus geralmente concorre com o transporte por metrô – admitindo-se que várias empresas concorram em uma mesma área geográfica, desde que o regime da concessão do serviço a preveja.²⁸⁰

De acordo com o que estabelece o artigo 16 da Lei n. 8.987/95, a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo na hipótese de

²⁷⁶ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 266.

²⁷⁷ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., v. 2, p. 84.

²⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 693.

²⁷⁹ Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, cit., p. 266-267.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 267.

inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato que antecede a publicação do edital de licitação, por meio do qual é definido o objeto, área e prazo da licitação. Na prática, a liberação do mercado à concorrência pode dar causa a situações de inviabilidade financeira do concessionário. Esse fato tem sido notado no mercado de transporte coletivo urbano, onde concorrem ônibus e os denominados “transportes alternativos”, realizado por meio de *vans*, *peruas* etc., na maioria das vezes sem controle do órgão estatal competente.

Deve-se avaliar até que ponto a admissão da concorrência não é danosa ao interesse público. Por vezes, a liberação pode ocasionar a impossibilidade de o serviço ser prestado nas mesmas condições acordadas inicialmente, em razão dos prejuízos que gera ao concessionário. Deve-se ter em conta que a concessão de determinados serviços públicos inclui na sua equação os déficits gerados pelo atendimento de setores não lucrativos do negócio, estabelecendo-se uma compensação. Quando, porém, admite-se que outras empresas atuem nas mesmas áreas sem qualquer controle, estabelece-se uma situação de desigualdade. Os problemas surgidos a partir dessas hipóteses comprometem não apenas a economia da empresa concessionária, mas também a qualidade do serviço, os preços e o grau de envolvimento dos recursos públicos, já que o Estado pode ter que subsidiar ou conceder incentivos para compensar os prejuízos e garantir a continuidade da atividade.

5.9 O prazo de duração das concessões

A Lei n. 8.987/95 não estabeleceu prazo máximo de duração das concessões. É certo, porém, que cada concessão terá um prazo determinado, conforme ordena a parte final do artigo 2º, inciso II do referido diploma legal. Os artigos 18, inciso I e 23, inciso I da citada Lei Geral de Licitações prevêm que a definição do prazo da concessão constará, do edital de licitação e das cláusulas essenciais do contrato.

Jaime F Rodriguez-Arana²⁸¹ sustenta que o prazo da concessão será maior ou menor, dependendo da natureza do serviço. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸² afirma

²⁸¹ Jaime F. Rodriguez-Arana, La prorroga de las concesiones de servicios públicos en España, *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, México, v.40, n. 169/171, p. 258, ene./jun. 1990.

²⁸² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 686.

que a fixação do prazo “restou entregue à discricção do Legislativo dos diversos poderes concedentes”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸³ afirma que ante à falta de lei específica definindo limites, fica a critério da Administração fixar um prazo.

Questão vinculada ao tema em evidência é a extinção da concessão por ato unilateral da Administração concedente antes de completado o prazo inicialmente acertado. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁴ entende que o prazo da concessão não é matéria contratual, pois a prestação do serviço por terceiro depende de avaliação do poder concedente sobre sua “conveniência” e “oportunidade”. Daí decorrem duas conseqüências, segundo o mesmo autor: a primeira é que não configura prática administrativa ilícita a extinção da concessão antes do prazo; a segunda, consiste em não reconhecer “interesse jurídico” ao concessionário para pleitear a continuidade da concessão até o prazo final; seu direito limitar-se-ia ao ressarcimento econômico.²⁸⁵

Desse modo, de acordo com a teoria por último mencionada²⁸⁶, desde que o término antecipado da concessão não constitui “ato injurídico”, a indenização correspondente poderia ser paga parceladamente (durante o tempo fixado no edital e no contrato), e não de uma só vez, como prevê o artigo 37 da Lei n. 8.987/95. A expectativa do concessionário no início do contrato era receber a receita destinada a amortizar os investimentos e remunerar o lucro de forma gradual, conforme desenvolvimento do serviço. Portanto, a indenização correspondente, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, também poderia ser paga ao longo do prazo inicialmente previsto.

O prazo da concessão remete, outrossim, às discussões sobre sua prorrogação. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁷ e Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁸ sustentam que tal possibilidade só se apresenta se prevista no edital e no contrato. Justifica-se a formalidade, a nosso ver, para preservar o princípio da igualdade, que obriga seja dado conhecimento das regras do jogo a todos os potenciais pretendentes da licitação para a prestação do

²⁸³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 130.

²⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 687.

²⁸⁵ Essa conclusão não se afina com a opinião de Pedro Gonçalves exposta no item 5.8, que afirma existir direito do concessionário à manutenção do contrato pelo prazo inicialmente previsto.

²⁸⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 687-688.

²⁸⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 131.

²⁸⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 688.

serviço público, bem como o princípio da boa-fé a que se refere Celso Antônio Bandeira de Mello, evitando surpresas ao futuro concessionário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁹ defende que a lei deveria estabelecer os critérios²⁹⁰ para prorrogação do contrato, a fim de impedir fraude ao princípio licitatório. Alerta ser a prorrogação medida excepcional que só se legitima se presente interesse público justificado. Adicionalmente, a autora aceita a prorrogação, se o prazo originariamente contemplado mostrar-se insuficiente para amortizar os investimentos.

Jaime F. Rodriguez Arana²⁹¹ afirma que no Estado Liberal, o concessionário poderia solicitar a prorrogação do contrato, pois tal medida constituía uma faculdade. Atualmente, a mesma só se justifica face ao interesse público. Em todo caso, também esse autor concorda que o concessionário possa solicitar a prorrogação, se for necessária para amortização do investimento e para assegurar a rentabilidade mínima da concessão. Nesse caso, o Poder Público avalia de acordo com o interesse público.²⁹²

Jaime F. Rodriguez Arana expõe que na Espanha, a prorrogação é considerada uma exceção aos princípios da *contratus lex*, da publicidade e da concorrência. Deverá, por conseguinte, estar respaldada no interesse público de continuidade, de realização de modernizações urgentes e, ainda, nas situações em que causas imprevisíveis tenham impedido que o concessionário amortizasse seus investimentos ou obtivesse uma rentabilidade mínima²⁹³. Em qualquer caso, o prazo deverá ser proporcional ao atendimento da medida excepcional, pena de caracterizar meio de furta-se à licitação.

²⁸⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 131.

²⁹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro reputa de constitucionalidade duvidosa os artigos 4º, parágrafos 2º e 3º e 19 a 25, da Lei n. 9.074/95, por preverem prazos longos de prorrogação sem critérios definidos. No caso específico dos artigos 19 a 25, sustenta que a “prorrogação das concessões atuais” ali previstas são absurdas, pois além dos prazos extensos, a lei não ressalvou os casos em que não figure do edital de cada concessão em particular a possibilidade de prorrogação (*Parcerias na administração pública...*, cit., p. 131).

²⁹¹ Jaime F. Rodriguez-Arana, *La prorrogación de las concesiones de servicios públicos en España*, cit., p. 261.

²⁹² *Ibidem*, p. 265.

²⁹³ *Ibidem*, p. 267.

5.10 O instituto da permissão na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 menciona o instituto da permissão no artigo 175, juntamente com a concessão. Não é possível extrair do Texto Constitucional aspectos que diferenciem a concessão da permissão. O constituinte indicou apenas as características comuns dos institutos. Coube ao legislador infraconstitucional a missão de formular as distinções.

Assim é que o artigo 2º, inciso IV da Lei n. 8.987/95 define permissão de serviço público, *in verbis*: “permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

O artigo 40 da Lei n. 8.987/95 aludiu às permissões de forma sumária, preceituando que serão formalizadas mediante “contrato de adesão”, que terão como atributos a precariedade e a revogabilidade unilateral pelo poder concedente²⁹⁴. Além do mais, observarão os termos da Lei n. 8.987/95, segundo consta do *caput*.

Marcos Juruena Villela Souto²⁹⁵ historia o instituto, informando que até a Constituição de 1988, a permissão era enquadrada de forma quase unânime pela doutrina como ato jurídico unilateral, outorgado em caráter precário e sem a segurança de um contrato. Após citar opiniões doutrinárias, no sentido de que após a Constituição de 1988 o instituto teria sido contratualizado, impossibilitando que se revista da forma de ato precário, o citado autor propugna que a unilateralidade e a precariedade ainda são qualidades inerentes à permissão.

Sua tese enfoca que na permissão, a vontade do particular não contribui para a existência do ato, como ocorre na concessão com respeito às cláusulas financeiras. Daí

²⁹⁴ A previsão legal está assim redigida, *in verbis*: “Artigo 40 - A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Parágrafo único - Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.”

²⁹⁵ Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, cit., p. 150-151.

decorre o aspecto da unilateralidade da permissão. O permissionário “adere” às condições definidas unilateralmente pela Administração. Acrescenta o autor que o termo “contrato” inserido no artigo 40 da Lei n. 8.987/95 não impede que tais peculiaridades marquem o conteúdo do ato respectivo.²⁹⁶

Caio Tácito²⁹⁷ emite parecer divergente, assumindo o caráter contratual de um tipo particular de permissão: a de serviços de transporte coletivo. Afirma que a relação jurídica que se estabelece com o Poder Público é bilateral, estável e com cláusulas garantidoras do equilíbrio econômico financeiro. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁸ tece extenso comentário sobre as permissões, enfatizando que o instituto vem sendo utilizado indevidamente em situações jurídicas de longo prazo, em que o particular investe grande capital, exemplificando com o serviço de transporte coletivo de passageiro. Nesses casos, aduz o administrativista, além de a permissão estar servindo a uma outra finalidade que não é a da natureza do instituto, o fato gera para o particular direitos, como à estabilidade e a indenizações, nas hipóteses de extinção unilateral da permissão.

A práxis de inúmeras Administrações brasileiras de fixarem prazo para as permissões não deve ser tida como legítima, por retirar do instituto o aspecto da precariedade, gerando direito a que o prazo seja cumprido, sob pena de ter o Poder Público que indenizar o permissionário. Os direitos do particular em uma relação jurídica de prazo estendido e certo, e na qual ele tenha realizado grandes investimentos, advém dos princípios da boa-fé e da presunção de legalidade dos atos administrativos.²⁹⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰⁰ entende que permissão de serviço público deve ser definida como ato unilateral e precário, tal como tradicionalmente o instituto vinha sendo concebido. Da precariedade decorre que o permitente pode pôr fim ao ato sem que assista ao permissionário direito a indenização. De qualquer modo, ressalva, a extinção

²⁹⁶ Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, cit., p. 153.

²⁹⁷ Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 200, p. 341, abr./jun. 1995.

²⁹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 724.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 723-725.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 723.

unilateral da permissão deverá ser motivada por um interesse público “real”. Esse autor³⁰¹ não poupa críticas ao tratamento conferido pela Lei n. 8.987/95 ao instituto, afirmando que ao tentar harmonizar sua concepção tradicional (ato unilateral e precário) com a natureza de contrato que lhe atribuiu o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, a lei criou uma grande confusão.

³⁰¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 722-723.

6 O INSTITUTO DA CONCESSÃO: ASPECTOS ECONÔMICOS

6.1 O financiamento dos serviços públicos

O tema ora introduzido constitui o ponto mais sensível dos contratos de concessão de serviços públicos. Assim é porque a remuneração dos serviços públicos encontra dificuldades de ordem prática envolvendo o seu financiamento. Altos gastos na implantação de infra-estrutura; baixa capacidade econômica de grande parte dos usuários e custos elevados para a manutenção do serviço são apenas alguns dos vários problemas enfrentados.

Além disso, o Estado se vê frente a tarefas quase impossíveis, como garantir uma política tarifária que realize concretamente tarifas módicas, colocar em funcionamento um sistema de controle estatal eficiente, atender aos deveres de universalização do serviço, possibilitar meios para que os prestadores de serviços públicos, sejam ou não empresas privadas, modernizem a atividade, tudo isso em uma fase de constantes inovações tecnológicas e em meio a uma realidade econômica e social conturbada. Tais dificuldades conduzem à necessidade de ampliar as fontes de financiamento dos serviços públicos.

Floriano de Azevedo Marques Neto³⁰² sustenta haver apenas duas formas de financiamento dos serviços públicos: recursos públicos, provenientes dos tributos, e valores pagos pelos usuários. Aceita-se, segundo o autor, a combinação das duas maneiras: remuneração pelo usuário mais subsídio tarifário. Pretende com tal abordagem enfatizar que pouco importa, para o fim de identificar quem, ao final, paga a conta dos serviços públicos, se o concessionário investe recursos próprios em um primeiro momento. A verdade é que qualquer investimento que realizar, bem como os custos do serviço, terão que ser ressarcidos pelo contribuinte (recursos públicos oriundos dos tributos) ou pelos usuários (recursos advindos das tarifas).

³⁰² Floriano de Azevedo Marques Neto, Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, in Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, (Org.), *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 339.

O autor se concentra em analisar o tema do financiamento dos serviços públicos sob o enfoque distributivo. Argumenta que a forma como se organiza a prestação do serviço público e as modalidades de remuneração irão mostrar como a sociedade decidiu distribuir os custos da atividade³⁰³. O objetivo de Floriano de Azevedo Marques Neto é demonstrar que a tarifa não é a única forma admissível de remuneração no contrato de concessão, e que o financiamento do serviço concedido por meio de subvenções públicas é, além de sustentável juridicamente, às vezes necessário para atender a um interesse coletivo.

Ao longo deste capítulo, trataremos de algumas questões jurídicas concernentes ao financiamento e seus reflexos na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, aspectos que têm relação direta com o tema desta dissertação. Por esse motivo, algumas questões mais específicas relacionadas com as gratuidades e seu reflexo na estabilidade econômica do contrato serão vistas no último capítulo.

6.2 Política tarifária

O artigo 175, inciso III da Constituição Federal prevê que, na prestação de serviços públicos, incumbirá à lei dispor sobre a “política tarifária”. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara³⁰⁴ afirma que, como colocado na Constituição, o regime jurídico tarifário será definido por meio de política pública. Com isso, a fixação da tarifa adquire contornos políticos, e não apenas técnicos. É necessário dar ênfase para o fato de que a política tarifária deverá ser estabelecida por lei, como determina o Texto Constitucional.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti apresenta conclusão no mesmo sentido, acrescentando que, de acordo com a Constituição de 1967, era pela tarifa que se assegurava o equilíbrio econômico-financeiro. Em face, contudo, do atual artigo 175, parágrafo único, III, ficará a cargo do legislador infraconstitucional definir os princípios que orientarão a política tarifária, bem como escolher entre as possíveis soluções de regulação de preços.

³⁰³ Floriano de Azevedo Marques Neto, *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*, cit., p. 340.

³⁰⁴ Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit., p. 77.

Assim, poderá optar por fixar uma tarifa mais baixa, compensando o concessionário de outra forma.³⁰⁵

No que diz respeito à competência das entidades públicas para editar leis sobre política tarifária, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara opina: (i) a lei que a definir deverá se incluir na competência do ente estatal titular do serviço público, uma vez que sua fixação afetará diretamente a forma como o serviço deverá ser organizado³⁰⁶; tal diploma legal teria como objetivo definir ângulos específicos de cada serviço; (ii) as diretrizes gerais fixadas na Lei n. 8.987/95, por já revestirem a forma de “lei”, são suficientes para justificar a adoção de determinados instrumentos de política tarifária, como os “subsídios cruzados”, por exemplo, que, embora não tenham sido previstos expressamente na Lei n. 8.987/95, decorrem do princípio da “modicidade da tarifa”.³⁰⁷

Cuidando de forma mais detalhada das “diretrizes” constantes da Lei n. 8.987/95, destaca o mencionado autor algumas conclusões³⁰⁸. Por exemplo, da interpretação conjugada dos artigos 9º e 15 da Lei n. 8.987/95, é possível extrair que: (i) o valor da tarifa deve constar do termo contratual, medida que tem por finalidade resguardar o interesse privado³⁰⁹; (ii) o montante tarifário pode resultar de proposta formulada pelo candidato ganhador da licitação ou ser determinado pela Administração concedente.

³⁰⁵ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, A experiência brasileira nas concessões de serviço público, cit., p. 206.

³⁰⁶ Segundo Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, compete ao ente estatal definir inclusive se adotará o regime tributário das taxas ou o regime administrativo das tarifas. Manifesta-se, todavia, pela observância das normas gerais instituídas na Lei n. 8.987/95, pelo titular do serviço público em cada esfera de governo. Essas normas, de acordo com suas conclusões, têm respaldo no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988, que atribui competência ao legislador nacional para regular, em caráter geral, a relação de concessão. Assim é que as regras firmadas na Lei n. 8.987/95 não possuem a finalidade de decidir questões de políticas tarifárias. Visam, por outro lado, fixar normas sobre a relação entre poder concedente e concessionários e entre esses e os consumidores-usuários (bem como assegurar proteção ao consumidor dos serviços públicos). Tais normas, no entanto, terão reflexos em tema de política tarifária, mas não com a finalidade de impor restrições à competência dos demais entes estatais para estabelecer suas políticas públicas. (*O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit., p. 81).

³⁰⁷ Essa é a opinião de Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara (*O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit., p. 85). No entanto, a constitucionalidade dos “subsídios cruzados”, pelo que entendemos, é questionável. Sobre o assunto, voltaremos adiante.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 88.

³⁰⁹ Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara reflete sobre um aspecto relevante que se relaciona com o debate sobre o regime jurídico da concessão: as cláusulas que têm relação com a tarifa envolvem, segundo sua avaliação, aspectos contratuais e regulamentares. No que diz respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e no que esse tema guarda relação com a tarifa, a matéria é contratual. No entanto, a alteração do valor tarifário é abrangida pelo poder de modificação unilateral do contrato conferido à Administração concedente, configurando-se, sob esse prisma, matéria de natureza regulamentar. (*O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit., p. 52-53).

O segundo ponto sublinhado é quanto ao princípio da igualdade, que deve ser assegurado na fixação do valor tarifário. De acordo com o artigo 13 da Lei n. 8.987/95, é tolerada a previsão de tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos, que se definem a partir da prestação do serviço a segmentos diferentes de usuários. Tais distinções são aceitáveis e não constituem afronta ao princípio da isonomia. Realmente, se há custos diferenciados que se definem em razão da necessidade de organizar o serviço para alcançar os possíveis usuários, a adoção de valores tarifários diferenciados é procedimento normal.

O princípio da igualdade no regime tarifário também é avaliado em relação aos benefícios tarifários, tais como as reduções no valor da tarifa ou gratuidades, ambos justificados por motivos de solidariedade social. Todavia, remeteremos a abordagem da questão para os últimos capítulos deste trabalho.

Joana Paula Batista³¹⁰ identifica princípios incidentes sobre as tarifas de serviços públicos, a saber: “tarifa módica”, “tarifa certa”, “tarifa razoável”, “tarifa justa”, “tarifa proporcional”, “tarifa irretroativa”, “tarifa suficiente” e “tarifa real”. O princípio da “tarifa módica” decorre, segundo a autora, dos artigos 1º, inc. III, 5º, inc. II³¹¹ e 175, inc. III, todos da Constituição Federal. De fato, o preço do serviço público é elemento essencial para que seu acesso seja possível ao maior número de usuários (caráter universal do serviço público).

“Tarifa certa” porque seu valor deve ser informado a todos os usuários. Tal divulgação deve ser clara, no sentido de não induzir o usuário a erro, bem como conter os dados necessários para que o consumidor compreenda as alterações que forem sendo introduzidas na sua soma. “Tarifa razoável” é a que concilia o princípio da modicidade com um valor remuneratório que permita ressarcir a atividade empresarial do concessionário.

“Tarifa justa”, conforme entende a autora, é a que não contraria o princípio da igualdade. A proporcionalidade da tarifa (“tarifa proporcional”), por seu turno, seria

³¹⁰ Joana Paula Batista, *Remuneração dos serviços públicos*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105-109.

³¹¹ Não concordamos que o princípio da legalidade possa ser apontado como fundamento da modicidade tarifária.

atingida desde que houvesse correspondência entre seu valor e a qualidade do serviço prestado. Na seqüência, o princípio da irretroatividade garante direito adquirido à tarifa em vigor no momento da prestação do serviço. O conceito de “tarifa suficiente” está ligado ao princípio da universalidade do serviço.

A noção de “tarifa real” apresentada pela autora nos parece a mais polêmica. Diz respeito à correlação entre o valor cobrado do usuário e o serviço que é efetivamente prestado e consumido por ele. Nesse sentido, não seriam legítimas as cobranças de tarifas relacionadas com serviços ainda não iniciados, interrompidos ou findos. Também não se justificaria a cobrança por consumo estimado (muito comum em serviços de água e energia) e por consumo mínimo (freqüente em tarifas remuneratórias de serviços de telecomunicações).

O termo “política tarifária” está inserido no Texto Constitucional como um aspecto do regime de concessão e permissão de serviços públicos. Todavia, tal circunstância não deve induzir conclusão no sentido de que os serviços públicos concedidos e permitidos devem sempre ser remunerados mediante tarifa (parcial ou totalmente), como à primeira vista pode parecer. Assumimos o entendimento que tem acompanhado parte da doutrina brasileira, inclusive a aqui citada.³¹²

Reputamos essencial um posicionamento prévio sobre tal assunto, pois é a partir de uma escolha em admitir ou não que o serviço público concedido seja remunerado de outra forma que não apenas mediante tarifa, que serão manejadas questões subjacentes, como definição do valor tarifário, seus reajustes e revisões.

A discussão citada logo no início deste capítulo se constitui em um grande auxílio para a tomada de posição: se o constituinte preferiu que a questão tarifária fosse enfrentada como uma política, nem sempre o valor da tarifa servirá como garantia de uma remuneração equivalente à atividade empresarial do concessionário. Assim, a tarifa em si e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, enquanto direito do concessionário, não estariam sempre relacionados.

³¹² Floriano de Azevedo Marques Neto, *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*, cit.; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit.; Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit.

Tal questão será melhor analisada no item 6.6. Até aqui, parece-nos correto concluir que as diretrizes de uma política tarifária adequada a determinado tipo de serviço público dependerão das suas características particulares. Concordamos com Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, quando escreve que a Lei n. 8.987/95 traçou linhas diretivas das políticas tarifárias, mas os rumos de cada serviço serão definidos em lei própria do ente local.³¹³

Pode ser – e é muito comum acontecer – que a população de usuários de determinado serviço seja carente, a tal ponto que obrigue à fixação da tarifa em um valor bem reduzido, de forma que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato dependa em grande parte de subsídio do Poder Público. Nesse caso, provavelmente não será por meio da tarifa – aqui entendida como valor da contraprestação a cargo do usuário – que se assegurará qualidade e modernidade do serviço ou, até mesmo, se o valor for muito baixo, a remuneração dos custos.

É fácil perceber, portanto, que, no caso apontado, alguns dos princípios tarifários construídos pela doutrina de Joana Paula Batista não valeriam³¹⁴. Verifica-se, por conseguinte, que os princípios ou diretrizes de certa política tarifária dependerão da forma de financiamento assumida para cada tipo de serviço.

6.3 Subvenções do Poder Público

Subsídios, de acordo com Marçal Justen Filho³¹⁵, são quantias despendidas pelo Estado sem contrapartida, com a finalidade de proporcionar benefícios a determinados sujeitos ou atividades³¹⁶. Não há vedação em nosso ordenamento jurídico para a previsão

³¹³ Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit., p. 80.

³¹⁴ Seria difícil, por exemplo, aplicar o princípio da “tarifa razoável”, que prevê uma tarifa módica e, ao mesmo tempo, suficiente para cobrir os custos do concessionário; ou ainda o princípio da “tarifa proporcional”, que pretende possa a qualidade do serviço ser mantida pelo valor tarifário.

³¹⁵ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 335.

³¹⁶ O subsídio (“gasto-subsvenção”), segundo Marçal Justen Filho, não é o mesmo que “gasto-preço”. Este (“gasto-preço”) é desembolsado em troca de serviços ou bens, ou seja, há contrapartida por parte de terceiro. (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 335). O autor sustenta que, por tal razão, nem todo desembolso feito em favor da concessionária é subsídio. Excluem-se, por conseguinte, as hipóteses em que a concessionária executa uma prestação em favor do Poder Público, recebendo remuneração do Estado em troca; as situações de indenização em favor da concessionária; o desembolso de recursos públicos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; os casos em que o Estado apenas “repassa”

de subvenções públicas em favor dos concessionários de serviços públicos³¹⁷, embora haja posição restritiva, como a que se observa da doutrina de Marçal Justen Filho³¹⁸, no sentido de admiti-los somente nas hipóteses em que o subsídio se destine a remunerar o concessionário pelas atividades fornecidas à população necessitada. Os efeitos econômicos dos subsídios, como anota o autor, podem ser negativos, já que consistem em uma fonte de recursos externa ao mercado que pode alterar seu comportamento.³¹⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello admite expressamente a possibilidade de subsídios nas concessões, ao afirmar não haver óbice para que a Administração concedente subsidie parcialmente o concessionário³²⁰. Não conseguimos, entretanto, extrair da exposição do autor³²¹ se ele concorda ou não que a remuneração recaia exclusivamente nos subsídios públicos, sem desnaturar o instituto da concessão.

Apesar de não ter tratado diretamente da última questão suscitada, o autor sustenta que se o serviço fosse remunerado somente por recursos que não fizessem parte da

recursos para o concessionário, sendo esses de fonte extra-estatal, que podem ser recursos tarifários que o Estado recebe dos usuários e repassa ao concessionário. Floriano de Azevedo Marques Neto não faz tais distinções. Sob o título de subsídios, inclui as seguintes situações: (i) subsídios entre serviços, nas hipóteses em que um tipo de serviço mais produtivo produz excedentes econômicos que anulam parcela dos custos do serviço deficitário; (ii) subsídios entre usuários, nas situações em que um grupo de usuários de mais recursos ou de maior número origina verbas suficientes para diminuir o efeito da utilização por classes de usuários mais pobres; (iii) subsídio externo que, segundo sua avaliação, é melhor sob o aspecto econômico, em geral de origem fiscal ou proveniente de um fundo específico, em montante suficiente para “equilibrar o efeito de operação deficitária em razão da adoção de tarifa mais baixa”. Estes últimos podem ser: explícitos, quando existe uma política transparente, estabelecida em lei, conferindo subsídios a regiões ou classes de usuários; ou implícitos, quando, no decorrer da concessão, a Administração concedente, de forma unilateral, decide pela diminuição da tarifa ou veda a incidência de um reajuste da moeda, impondo-se ao Estado, por força dos artigos 37, XXI da Constituição Federal, 59, parágrafos 1º e 2º da Lei n. 8.666/93 e 9º, parágrafo 4º da Lei n. 8.987/95, a recompor o equilíbrio do contrato, indenizando o concessionário (Floriano de Azevedo Marques Neto, *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*, cit., p. 341).

³¹⁷ Marçal Justen Filho afirma não ser possível extrair da Constituição proibição absoluta de subsídio a serviços públicos (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 335, nota 3).

³¹⁸ *Ibidem*, p. 340.

³¹⁹ O direito comunitário vem restringindo as “ajudas de Estado” (Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 338). Anabela Maria Bello da S. B. de Figueiredo Marcos aponta os estudos que mostram as vantagens e desvantagens dos subsídios nos transportes urbanos. Refere-se a um relatório do Banco Mundial de 1986 (*Urban transport: a World Bank policy study*, Washington, p. IX e 22) que indica que o insucesso dos subsídios se deve à falta de incentivos para reduzir custos, o que, em geral, conduz à ineficiência. Todavia, estudo da Union Internationale des Transports Publics – UITP (*International collaborative study*, 1980) conclui que os subsídios ajudaram as empresas a melhorar o nível do serviço, aumentar o número de usuários e limitar os aumentos tarifários. A autora afirma que os subsídios são concedidos sem que haja preocupação em separar os prejuízos de acordo com sua origem, o déficit resultante da ineficiência da empresa e o advindo da adoção de determinada política tarifária. (*O financiamento dos transportes colectivos urbanos*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 164-166).

³²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 665.

³²¹ *Ibidem*, p. 665-666.

exploração do serviço, inexistiria concessão³²². Lança tal conclusão logo após declarar que, “em geral”, o concessionário se remunera “basicamente” pela cobrança de tarifas. Contudo, inclui a concessão de rádio e televisão prevista no artigo 223 da Constituição Federal como exemplo de contrato de concessão não remunerado mediante tarifa, o que nos leva a deduzir que o eminente administrativista não recusa a idéia de que a relação de concessão possa prever forma de remuneração que não inclua tarifa paga diretamente pelo usuário.

Tal debate foi enfrentado por Floriano de Azevedo Marques Neto³²³, que defende um modelo de concessão não remunerado por tarifa custeada pelo usuário. Seu raciocínio se desenvolve com base nos seguintes argumentos: (i) nem da Constituição Federal (art. 175), nem da Lei n. 8.987/95 se deduz que a tarifa integra o regime da concessão e permissão de serviços públicos; (ii) o risco inerente à exploração econômica a cargo do usuário não desaparece pelo fato da remuneração do serviço ser efetivada pelo Poder Público; (iii) pode haver exploração econômica do serviço mesmo sem pagamento de tarifa diretamente pelo usuário. O essencial é a “fruição direta do usuário”³²⁴ (fruição do serviço).

O autor afirma, por exemplo, que “política tarifária” (art. 175, parágrafo único, inc. III da CF) não significa que o regime de concessão e permissão tenha que prever remuneração por meio de tarifa³²⁵. Na elaboração de “política tarifária” para determinado serviço público, a Administração concedente pode optar por não cobrar tarifa do usuário.

³²² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 666.

³²³ Floriano de Azevedo Marques Neto, *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*, cit., p. 331-351. Dinorá Adelaide Musetti Grotti menciona tal debate, citando que de um lado estão Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e de outro Benedicto Porto Neto e o próprio Floriano de Azevedo Marques Neto (Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit., p. 182-231).

³²⁴ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit., p. 344.

³²⁵ *Ibidem*, p. 346.

O jurista faz menção também ao artigo 11 da Lei n. 8.987/95³²⁶, em respaldo à sua teoria. Ao admitir “receitas alternativas” ao lado de “receitas complementares”, o legislador infraconstitucional teria aceitado outras formas de remuneração em substituição³²⁷ às tarifas. Ainda sobre o citado artigo, o autor afirma que a previsão constante na parte final, no sentido de que as “outras fontes” serão permitidas “com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”, não vai contra a sua tese, uma vez que uma tarifa igual a zero seria a máxima concretização do princípio da modicidade.³²⁸

Quanto ao risco, o referido autor pondera que o único aspecto que se veria afetado caso a tarifa não fosse paga diretamente pelo usuário seria o risco advindo da inadimplência do usuário³²⁹. Os demais riscos, como modificações no custo dos insumos, aumento dos investimentos essenciais e risco de demanda permanecem, mesmo que o desembolso da remuneração esteja a cargo da Administração concedente³³⁰. Ademais, salienta que no contrato de concessão, os riscos não são inteiramente atribuídos ao concessionário.

O último elemento tratado é o fato da concessão permitir a exploração econômica do serviço. No entanto, ainda pode existir “exploração econômica” mesmo em face de atividade cuja remuneração consiste, exclusivamente, em subsídio do Poder Público. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, em uma concessão em que não haja cobrança de tarifa do usuário, desde que ele esteja usufruindo do serviço, haverá exploração de atividade econômica, porque a remuneração ficará vinculada ao comportamento da demanda, ou seja, o usuário é quem determinará a quantidade de serviço, e não a Administração concedente³³¹. Conclui o citado autor lembrando o artigo 11 da Lei n. 8.987/95: “Dentre estas fontes alternativas pode sim, estar o pagamento pelo

³²⁶ A referida norma dispõe, *in verbis*: “Artigo 11 - No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no artigo 17 desta Lei.”

³²⁷ Floriano de Azevedo Marques Neto dá ênfase à palavra “substituição”, com o intuito de deixar claro que as “receitas alternativas” seriam de outro tipo que não tarifas pagas pelos usuários (Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, cit., 346).

³²⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto, Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, cit., p. 347.

³²⁹ Ainda assim, segundo seu raciocínio, o risco da inadimplência do usuário só poderá ser atribuído ao concessionário se decorrente de sua negligência empresarial.

³³⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto, Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, cit., p.348.

³³¹ *Ibidem*, p. 349.

Estado de um valor (inclusive com natureza tarifária) definido em lei, no edital ou no contrato por unidade de serviço utilizado.”³³²

Ilustrativa a situação vivenciada por Brasília com relação aos serviços de transporte coletivo por ônibus, comentada por Caio Tácito³³³. Lá, por ocasião do Plano Cruzado, que resultou no congelamento dos preços e salários, foi editado o Decreto n. 9.268, de 13 de fevereiro de 1986, determinando a constituição do Caixa Único do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, visando “compensar” os encargos “da despesa com o transporte público coletivo no orçamento das famílias de baixa renda”.

Segundo consta do referido parecer³³⁴, o artigo 2º, *in fine* do Decreto estabelecia que por meio do caixa único “fica desvinculado, do preço da passagem paga pelo usuário, o ressarcimento dos custos dos serviços prestados pelas empresas operadoras”. A receita do caixa único provinha de duas fontes: (i) do produto da arrecadação da venda das passagens³³⁵; (ii) das transferências efetuadas, a qualquer título, pelo Poder Público.

Assim, afirma o autor, o equilíbrio econômico-financeiro do concedente era garantido por “uma modalidade própria de tarifas”, constituída de uma receita formada por pagamentos oriundos dos usuários, complementada por subvenções do Poder Público³³⁶. Na seqüência, sublinha que o subsídio não é um favor público seguido de um enriquecimento injustificado do concessionário, mas “um ato de política social”.³³⁷

³³² Floriano de Azevedo Marques Neto, Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, cit., p. 349. O autor informa que em resposta a consulta formulada pelo Ministério das Comunicações sobre o melhor modelo jurídico a ser adotado para promover a “universalização” dos serviços de acesso às redes digitais de informação com recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), o Tribunal de Contas da União opinou pela obrigatoriedade de aplicação do regime de concessão à iniciativa privada, sendo que a “totalidade” da remuneração seria feita com recursos públicos do FUST (Acórdão n. 1107-31/2003 ao TC n. 005.302/2003-9, Consulta, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, j. 13.08.2003, *DOU*, de 25.8.2003). Pela Lei n. 9.998/00, os recursos do FUST são de natureza tributária e são oriundos de contribuições pagas pelas empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações.

³³³ Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 338-348.

³³⁴ *Ibidem*, p. 343.

³³⁵ Elas eram coletadas pelos concessionários, porém não lhes pertenciam, mas sim ao caixa único (Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 343).

³³⁶ Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 344.

³³⁷ Planilhas de custos unitários determinavam o “valor base do critério de remuneração quilométrica”, com as quais se apurava a efetiva quilometragem de cada empresa e o número de passageiros transportados, chegando-se ao valor da receita de cada empresa (Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 344).

Extrai-se outrossim do parecer que posteriormente foi instituído o Programa de Renovação da Frota³³⁸, criando em favor das empresas uma “parcela adicional destinada ao financiamento da renovação da frota e da expansão e melhoria dos serviços”. As empresas assumiam, mediante “termos de compromisso”, proceder às modernizações previstas. O compromisso não foi cumprido integralmente pelos concessionários (alguns investiram em veículos, mas em quantidade aquém da prevista), resultando em decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal obrigando devolução da integralidade dos valores recebidos por eles a título de “adicional”³³⁹. O autor finaliza seu estudo sustentando que o valor do adicional não deveria ser devolvido integralmente, mas descontados os investimentos realizados pelas empresas concessionárias.³⁴⁰

No início de sua exposição, o autor historia o sistema de subvenções públicas no Brasil, ressaltando que em 1840 teve início um programa de ajuda financeira às empresas de estradas de ferro, concedendo-se “benefício de uma garantia ao dividendo cabível aos tomadores de ações de tais empresas”³⁴¹. Faz referência também à admissão dos subsídios na relação de concessão pela doutrina francesa de Benoit e Laubadère.³⁴²

Dinorá Adelaide Musetti Grotti³⁴³ anota que o contrato de concessão contemporâneo assumiu uma nova identidade. No século XIX, era associado a privilégio, assegurando-se o mínimo de rentabilidade, por meio de garantias estatais. Tal concepção modificou-se, para incorporar ao instituto instrumentos de competição que permitissem ganhos empresariais pela eficiência. A referida renovação não chegou, contudo, a afastar por completo a possibilidade de “subvenções” por parte do Poder Público.

³³⁸ Resolução n. 271 do Conselho do Transporte Público Coletivo, de 30 de abril de 1987 (Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 344).

³³⁹ Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 345.

³⁴⁰ Ibidem, p. 347.

³⁴¹ Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 342. Posteriormente, segundo Caio Tácito, o sistema de auxílio público foi alargado com a Lei n. 641, de 26.06.1852. O governo estava autorizado a conceder “uma subvenção quilométrica ou a garantir juros que não excedessem de 7%, correspondentes ao capital empregado e pelo prazo de 30 anos (art. 1º), prevista a participação ao Estado nos lucros que superassem a taxa estipulada”.

³⁴² Caio Tácito, Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo, cit., p. 342.

³⁴³ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, A experiência brasileira nas concessões de serviço público, cit., p. 192-196.

Realmente, verifica-se que determinados serviços públicos, entre os quais se inclui o transporte coletivo, em face da realidade brasileira permeada de carências sociais, não se sustentam, a não ser com incentivos e subsídios públicos.

6.4 A Lei das Parcerias Público-Privadas e o subsídio ao parceiro privado: critérios

A Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079, de 30.12.2004) criou figuras contratuais (concessão patrocinada³⁴⁴ e concessão administrativa³⁴⁵) que se caracterizam pela existência de contraprestação pecuniária direta do Poder Público ao particular³⁴⁶. Essas formas de contratação, contudo, só restarão configuradas se presentes, além dos requisitos inseridos nos conceitos legais constantes dos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da Lei n. 11.079/2004, os previstos no parágrafo 4º do mesmo artigo 2º, a saber: valor do contrato igual ou superior a vinte milhões de reais e período de prestação do serviço igual ou superior a cinco anos. O objetivo da lei é atender a situações em que a manutenção ou implantação de determinado serviço público demanda grandes investimentos, afigurando-se inviável seu financiamento exclusivamente mediante tarifas pagas pelos usuários.

As peculiaridades dessa legislação são muitas. Sem o propósito de esmiuçar cada uma delas, destacamos apenas alguns aspectos relevantes: (i) a remuneração ao parceiro privado poderá ser atrelada ao seu desempenho, consoante metas e padrões de qualidade e disponibilidade especificados no contrato (art. 6º, parágrafo único); (ii) as obrigações pecuniárias assumidas pela Administração pública poderão ser garantidas por vários meios como (art. 8º e incs.): vinculação de receitas, à exceção de receitas oriundas de impostos

³⁴⁴ Voltamos a transcrever o texto da lei, para melhor compreensão, *in verbis*: Artigo 2º - (...) § 1º - Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

³⁴⁵ “§ 2º - Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

³⁴⁶ Todavia, na prática, a aplicação da lei não será muito grande. Primeiro, porque muitos dos serviços públicos de “índole econômica”, como salienta Jacintho Arruda Câmara (A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas, in Carlos Ari Sunfeld (Coord.), *Parcerias público-privadas*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 177) já foram submetidos a contratos de delegação adotando-se a Lei Geral das Concessões (Lei n. 8.987/95) ou as leis setoriais de serviços públicos, como a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), a Lei dos Portos (Lei n. 8.630/93) e a Lei n. 9.074/95, na parte em que regula o setor elétrico. Tais leis, ao disciplinarem setores específicos de prestação de serviços públicos, contemplaram modelos característicos de relacionamento entre o setor público e o privado.

(art. 167, inc. IV da CF); contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; outros mecanismos admitidos em lei.

O Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) a que se refere o artigo 8º, inciso V, foi previsto no artigo 16 do comentado diploma das PPPs que autorizou a União, suas autarquias e fundações públicas a dele participar, no limite global de seis bilhões de reais. O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado dos cotistas, além de ser sujeito a direitos e obrigações próprios (art. 16, § 1º).

Verifica-se que a Lei n. 11.079/2004 cercou de garantias o pagamento da contraprestação do parceiro público ao parceiro privado. Não é assim que ocorre em relação às concessões comuns, regidas pela Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95³⁴⁷). Como bem assinala Jacintho Arruda Câmara³⁴⁸, o que diferencia o subsídio estatal presente nas concessões comuns do que é aplicado nas concessões patrocinadas é que nestas últimas a subvenção pública é contemplada no contrato como dever do Poder Público, podendo ser acompanhada de garantia; enquanto os subsídios regidos pela Lei Geral das Concessões estão sujeitos a políticas públicas e podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, inexistindo garantia de que possa se valer o concessionário.

Finalmente, registra-se a inovação trazida pelas *concessões administrativas* (art. 2º, § 2º da Lei n.11.079/2004). Antes, porém, lembramos a abordagem realizada no item 6.1, sobre as concessões sem ônus para os usuários, admitida pela doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto, sob a égide da Lei n. 8.987/95. A citada posição doutrinária aceita que a remuneração se opere exclusivamente com recursos do Poder Público, sem que haja pagamento de tarifa pelo usuário. Os argumentos ali expostos demonstram, entre outros

³⁴⁷ Lei n. 11.079/2004: “Artigo 3º - (...) § 2º - As concessões comuns continuam regidas pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.”

³⁴⁸ Jacintho Arruda Câmara, A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas, cit., p. 180.

elementos, ser possível haver exploração do serviço pelo concessionário, com assunção de riscos, sem que para tanto houvesse a necessidade de pagamento de tarifa diretamente pelo usuário: o importante era a “fruição direta do usuário”.

Pois bem, a figura da “concessão administrativa” consiste em ser a Administração pública a usuária direta, mas também a “indireta” do serviço. Nessa última hipótese, o usuário direto é a população que faz uso do serviço. Desse modo, a Administração pública remunera a atividade, mas quem usufrui é o cidadão. O modelo é em tudo semelhante à situação descrita na doutrina acima referida. A diferença é que as concessões administrativas, enquanto sujeitas a regulamentação especial, devem observar outros requisitos, como o valor contratual mínimo de vinte milhões e o prazo mínimo de cinco anos. Se não estiverem presentes tais elementos, o regime das PPP’s – e, portanto, a figura da concessão administrativa – não poderá ser aplicada.

Jacinto Arruda Câmara³⁴⁹ assevera que a concessão administrativa é empregada nas circunstâncias em que se mostra inviável firmar uma relação individualizada com os usuários para fins de cobrança de tarifa³⁵⁰, como nos serviços de iluminação pública e de limpeza urbana. O autor informa que mesmo anteriormente à Lei das PPPs, o Estado de São Paulo, por meio da Lei Municipal n. 13.478, de 30.12.2002, imprimiu uma solução similar ao das concessões administrativas, ao citar a prefeitura como usuária do sistema de limpeza urbana, no papel de representante da coletividade ou de parcela da mesma (art. 8º, inc. III).

³⁴⁹ Jacinto Arruda Câmara, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas*, cit., p. 180.

³⁵⁰ No item 8.9, será exposto comentário de César A. Guimarães Pereira favorável a que a fixação do valor tarifário não se submeta a critérios rígidos de “identificação da unidade de utilização do serviço e à extensão precisa da responsabilidade de cada usuário”, como se dá em relação às taxas que, por serem tributos, estão sujeitas a princípios como o da limitação do poder de tributar. Propugna, por tal motivo, pela adoção de parâmetros mais flexíveis na determinação da tarifa, de modo a não inviabilizar as concessões que pretendam adotar o referido regime, na maioria das vezes tão útil para atender aos interesses do Poder Público, como representante da sociedade, e dos usuários específicos do serviço. (A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos, cit., p. 346.

6.5 Subsídios cruzados

Segundo Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara³⁵¹ o subsídio cruzado é um mecanismo de política tarifária por meio do qual deslocam-se recursos recebidos em um certo segmento (de usuários ou de serviços) para outro, com a finalidade de propiciar ao segmento beneficiado o desembolso de quantias menores.

Ressalta o autor que, em razão disso, determinados usuários pagam um valor maior que o suficiente para cobrir os custos e a remuneração do prestador do serviço, pois há também a parte relacionada com a transferência de recursos; enquanto o segmento de usuários beneficiado remunera um valor inferior ao que é preciso para custear o serviço.³⁵²

Extrai-se ainda da tese do autor que os “subsídios cruzados” têm sido proibidos em ambientes competitivos. Conforme explica, a prática do citado subsídio criaria uma desigualdade entre os competidores, pois se adotada tal política, determinados segmentos de serviços seriam acrescidos de custos adicionais. Decidiu-se que para evitar a ocorrência de tal espécie de problema, os deveres de universalização seriam supridos através de recursos públicos ou por meio de “fundos setoriais” abastecidos pelos agentes do mercado.³⁵³

Além disso, segundo Richard A. Posner³⁵⁴ os subsídios cruzados, além de limitarem a escolha dos consumidores, nem sempre beneficiam as pessoas necessitadas. Ademais, salienta Posner, conferem uma aparência de legitimidade aos monopólios, o que acaba prejudicando a competição.

³⁵¹ Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, cit., p. 92.

³⁵² *Ibidem*, p. 92.

³⁵³ *Ibidem*, p. 96.

³⁵⁴ “*Superficially an attractive idea, on reflection internal subsidization is seen to have a number of questionable features. In the first place, a subsidy of a service rather than of money – a subsidy in kind, as it were – limits consumer choice.(...) In the second place, internal subsidization is an incredibly crude instrument for assisting needy or deserving elements of society. All too often, the principal beneficiaries turn out to be members of the affluent middle class.(...) Worse, internal subsidies give a stamp of legitimacy and propriety to monopoly profits independent of natural monopoly, and thereby help to entrench the regulated monopolist.*” (Richard A. Posner, *Natural monopoly and its regulation*, Washington, DC: Cato Institute, 1999, p. 72-73).

6.6 O artigo 11 da Lei n. 8.987/95

O artigo 11 da Lei n. 8.987/95, já mencionado, prevê que o edital de licitação da concessão poderá contemplar, em favor da concessionária, “outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”³⁵⁵. Celso Antônio Bandeira de Mello fornece os seguintes exemplos de “fontes de receitas paralelas”: “direito de exploração de áreas do subsolo ou contíguas a obra pública (para a instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de gasolina, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas etc.)”.³⁵⁶

No ensinamento de Marçal Justen Filho, por força da tradição, os ganhos do que ele denomina “atividades marginais” não ingressavam na equação econômico-financeira da concessão, mesmo porque não eram significativos. Tal fato decorria da ausência de uma visão sistêmica do instituto, enquanto parte da realidade econômica. Não havia portanto planejamento estratégico antecedente ao contrato de concessão que permitisse avaliar os seus benefícios difusos. Todavia, evoluiu-se para a percepção de que os projetos deverão ser conduzidos por “concepções empresariais de alta especialidade”.³⁵⁷

O autor entende que a expressão *poderá*, inserida no artigo 11, não significa uma faculdade da Administração concedente. Desde que as condições possibilitem o exercício de outras atividades que gerem receitas complementares, o edital de licitação deverá prevêê-las. Como salienta Marçal Justen Filho, não se aceita que a Administração desconsidere oportunidades que possibilitem redução dos custos tarifários.³⁵⁸

³⁵⁵ A redação do artigo 11 da Lei n. 8.987/95 é a seguinte: “No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no artigo 17”. O artigo 17, por seu turno, estabelece: “Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei à disposição de todos os concorrentes. § 1º - Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade. § 2º - Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.”

³⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 697.

³⁵⁷ Marçal Justen Filho *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, cit., p. 158.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 159.

As atividades econômicas ou *serviços públicos* de onde serão extraídas as receitas complementares deverão manter um vínculo com o objeto da concessão (atividades acessórias)³⁵⁹. Assim, sua existência está condicionada à concessão. Quando não, a concessão serve para incrementar as referidas atividades complementares. Segundo Marçal Justen Filho, até mesmo o prestígio resultante da concessão seria atingido pela previsão do artigo 11, desde que contribuísse para aumento da receita da concessionária. A junção das atividades associadas ao serviço objeto da concessão oferece condições para ampliação do objeto da concessão.³⁶⁰

Já as fontes de receitas *alternativas* não implicam na prestação de outras utilidades ao público, tampouco na ampliação do objeto da concessão. Segundo Marçal Justen Filho, aproveita-se o próprio serviço público objeto da concessão para conseguir outras receitas que substituirão as tarifas.³⁶¹

A exclusividade a que se reporta o artigo em comento só poderá vigorar se a atividade complementar for serviço público. Em se tratando de atividade econômica, por imposição constitucional (respeito à livre concorrência e à livre iniciativa), o concessionário sujeitar-se-á à livre competição do mercado.³⁶²

Finalmente, um último aspecto que consideramos relevante para a questão é a possibilidade de o concessionário desenvolver outras atividades, obtendo daí receitas alternativas, mesmo não tendo sido previsto tal fato inicialmente. Nesse caso, Marçal Justen Filho³⁶³ entende que tais receitas devem ser computadas na equação econômico-financeira do contrato, abatendo-se do cálculo tarifário.

³⁵⁹ Marçal Justen Filho *Concessões de serviços públicos*: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995, cit., p. 160.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 160.

³⁶¹ Marçal Justen Filho *Concessões de serviços públicos*: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995, cit., p. 160. Aqui, constata-se um reforço da tese de Floriano de Azevedo Marques Neto já apresentada. A expressão “alternativa” prevista no artigo 11 viabilizaria a remuneração da concessão por outros meios substitutivos das tarifas. Marçal Justen Filho utiliza também o termo “substituição”, enfatizando que “a receita é alternativa para a remuneração do concessionário” (*Ibidem*, mesma página).

³⁶² *Ibidem*, p. 161.

³⁶³ *Ibidem*, p. 162.

6.7 O equilíbrio econômico-financeiro do contrato

O fundamento do princípio da “manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato” varia segundo o doutrinador. Enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁴ o estuda com base no artigo 37, inciso XXI da Carta Constitucional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶⁵ recusa tal embasamento, destacando que a norma constitucional em evidência não menciona os contratos de concessão que, por tal razão, deverão ser regidos pelo artigo 175 da Lei Maior.

Tais divergências doutrinárias terão conseqüências diversas, como veremos ao final. Desde já cumpre sublinhar, na esteira dos ensinamentos apresentados pelos administrativistas citados, que a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato desenvolveu-se no Brasil a partir da doutrina e jurisprudência francesas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que tal idéia progrediu no Conselho de Estado Francês, órgão máximo da jurisdição administrativa na França. Todavia, no princípio, as relações de concessão eram governadas pelos princípios do direito privado (*pacta sunt servanda* – os ajustes devem ser observados; e *lex inter partes* – o contrato vale como “lei” entre as partes). Por tal motivo, nos contratos de concessão, o prestador do serviço deveria executá-lo “em seu próprio nome e por sua conta e risco”.³⁶⁶

Posteriormente, evoluiu-se para a concepção de que deveria ser estabelecida, em favor do concessionário, a equivalência financeira entre os encargos e as vantagens contratuais³⁶⁷ que lhe eram atribuídos no contrato. Tal garantia possibilitaria que a Administração promovesse alterações unilaterais no contrato para assegurar a continuidade na prestação do serviço, ao mesmo tempo que preservaria a situação econômica do concessionário.

³⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 702.

³⁶⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 122.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 114.

³⁶⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita que a primeira decisão endossando tal entendimento foi pronunciada pelo Conselho de Estado, em 11.3.1910, mediante decisão em que figurava como parte interessada a Cie. Française des Tramways (*Parcerias na administração pública...*, cit., p. 114). Marçal Justen Filho enfatiza a necessidade de haver relação entre encargos e retribuições. Ensina que a equação econômica-financeira leva em conta todos os aspectos que produzem “vantagens” e “encargos”, como o prazo previsto para pagamento e os fatores que exercem influência no custo (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 392).

Importou-se outrossim da doutrina francesa as noções de “álea ordinária” e “álea extraordinária”³⁶⁸. Esse último conceito se desdobra nas noções de “álea administrativa” (inclui o poder de alteração unilateral do contrato, a teoria do fato do príncipe e a teoria do fato da administração³⁶⁹) e “álea econômica” (relacionada com a teoria da imprevisão³⁷⁰). Basicamente, segundo ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷¹, a “álea ordinária” diz respeito aos riscos que devem ser assumidos pelo concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. As “áleas extraordinárias”, por sua vez, referem-se aos riscos imprevisíveis e inevitáveis cobertos pelo princípio em comento.

As opiniões também oscilam sobre os riscos que devem ser incluídos na “álea ordinária” e a quem deve ser atribuído o ônus de ressarcir os riscos inseridos no conceito de “álea extraordinária”. Tais definições estão relacionadas com os já comentados diferentes fundamentos adotados pela doutrina para a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷², por exemplo, rejeita que tal apoio esteja no artigo 37 inciso XXI da Constituição Federal. Prefere atrelar a base da teoria aos princípios da equidade, da razoabilidade, da continuidade do contrato administrativo e da indisponibilidade do interesse público.³⁷³

Marçal Justen Filho³⁷⁴ sustenta que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato encontra lastro nos princípios da indisponibilidade do interesse público, da isonomia e da proteção da propriedade privada. Com base no princípio da isonomia, evita-se que a comunidade, via Administração concedente, enriqueça às custas do concessionário. Por outro lado, esse princípio assegura que o particular não usufrua de vantagens não previstas na equação econômica financeira em prejuízo da sociedade. Pelo princípio da propriedade privada, garante-se que o Estado não se aproprie do patrimônio privado sem prévia e justa indenização.³⁷⁵

³⁶⁸ Segundo afirma Celso Antônio Bandeira de Melo (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 698).

³⁶⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 116.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 116.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 115.

³⁷² *Ibidem*, p. 122.

³⁷³ *Ibidem*, p. 115.

³⁷⁴ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 392.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 394.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷⁶ afirma que o concessionário será responsável pelos seguintes fatos: (i) os previsíveis, decorrentes da gestão do negócio; (ii) as consequências de eventual ineficiência empresarial e de flutuações do mercado; (iii) os que poderiam ser obstados pelo particular e os que tenham sido causados por sua vontade; (iv) os que se enquadrem na teoria da imprevisão (imprevisíveis, estranhos à vontade das partes, inevitáveis, causa de desequilíbrio excessivo no contrato), cujos prejuízos, na avaliação da autora, devem ser repartidos com a Administração pública.

A autora entende que os prejuízos deverão ser divididos entre a Administração concedente e o concessionário, caso se verifiquem os requisitos da “teoria da imprevisão” (álea econômica) porque, a partir da assinatura do contrato, o concessionário responsabiliza-se pelo risco do empreendimento, estando sujeito a maior ou menor lucro e, como o fato é “estranho à vontade das partes”, os agravos econômicos devem ser repartidos. Celso Antônio Bandeira de Mello, contudo, possui outra opinião: “De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria *da imprevisão*, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no direito francês.”³⁷⁷

Marçal Justen Filho não rejeita a possibilidade de repartição dos prejuízos, quando afirma: “No impasse entre as partes, a fixação da indenização será atribuída ao magistrado, a quem cabe realizar uma avaliação dos resultados já obtidos pelo particular anteriormente e repartir entre as partes os efeitos dos fatos imprevisíveis.”³⁷⁸

Nas hipóteses em que se verificar “fato de príncipe”, “fato da administração”, bem como alteração unilateral do contrato pelo concedente, os ônus serão imputados unicamente à Administração. O “fato do príncipe”, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é aquele que origina responsabilidade extracontratual. Não se inclui sob tal título o poder de alteração unilateral do contrato, que é de natureza “contratual”³⁷⁹. São assim situações caracterizadoras do “fato do príncipe”, segundo a autora, “as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado”³⁸⁰. Tem-se como

³⁷⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 122.

³⁷⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 701.

³⁷⁸ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 386.

³⁷⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 117.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 117.

exemplo o disposto no parágrafo 3º do artigo 9º da Lei n. 8.987/95, prevendo a revisão da tarifa sempre que houver criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta e quando comprovado seu impacto.

Segundo Marçal Justen Filho³⁸¹, quando verificado o *fato do príncipe*, a indenização do contratado será integral, e será apurada em vista das condições em que ocorreu o fato, a não ser nos casos em que o contrato tenha contemplado a solução a ser aplicada em relação à indenização.

O “fato da administração” é toda ação administrativa “imprevisível” e “inevitável” que guarda liame com a qualidade de parte conferida à Administração na relação de concessão. Porém não é estranho à vontade das partes³⁸². É uma falta contratual de responsabilidade da Administração. Tal fato pode gerar direito ao reequilíbrio econômico, ou obstaculizar, temporária ou definitivamente, a execução do contrato.³⁸³

Concretizado o “fato da administração”, pode o concessionário intentar ação judicial visando rescindir o contrato, de acordo com previsão inserida no artigo 39 da Lei n. 8.987/95. Todavia, o concessionário não poderá paralisar o serviço até a decisão judicial transitada em julgado, consoante esse dispositivo legal. Di Pietro manifesta-se no sentido de que o rigor de tal preceito deve ser abrandado, já que situações existirão em que a não suspensão do serviço por falta imputável à Administração poderá resultar em ruína do concessionário, se ele tiver que aguardar decisão judicial. Nesse caso, por meio de medidas judiciais acautelatórias, e com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, poder-se-á obter uma tutela judicial que resguarde do risco de danos irreparáveis o concessionário.³⁸⁴

A “força maior” não se confunde com o “fato da administração”, já que é um acontecimento estranho à vontade das partes, inviabilizador da execução do contrato e

³⁸¹ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 385.

³⁸² Ao contrário do que se verifica na teoria da imprevisão, cujos elementos são imprevisibilidade, inevitabilidade, causa desvinculada da vontade das partes, e resultado condizente com uma desestabilização contratual de grandes proporções (Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p.122).

³⁸³ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 117.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 120.

incapaz, por isso, de constituir-se como fato gerador de sanções³⁸⁵. Sua ocorrência leva à rescisão.

Já a alteração unilateral do contrato, com previsão nos artigos 9º, parágrafo 4º, 18, inciso VII e 23, inciso V, todos da Lei n. 8.987/95, também autoriza a recomposição econômico-financeira do contrato.

Algumas considerações adicionais sobre a matéria, no âmbito da teoria geral, possuem lugar de destaque. A primeira diz respeito à noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o lucro empresarial. Marçal Justen Filho³⁸⁶ afirma não haver correspondência entre ambos. A equação econômico-financeira representa relação entre encargos e vantagens³⁸⁷, enquanto o lucro é o resultado apropriado pelo particular entre custos e remuneração. Pode acontecer de certa equação não produzir lucro ao concessionário e, mesmo assim, haver equilíbrio econômico-financeiro.

O autor fornece o seguinte exemplo: uma empresa aplica suas disponibilidades financeiras no mercado financeiro, optando por um investimento vinculado à variação cambial. Se posterior crise cambial proporciona um lucro considerável para a empresa – lucro esse que não é de natureza operacional –, a Administração concedente não pode, em razão de tal fato, negar ao concessionário o direito a eventual recomposição da equação econômico-financeira e nem reduzir a tarifa, sob alegação de que a situação financeira vantajosa da empresa concessionária permite.

A segunda constatação doutrinária é no sentido de que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato efetivamente assegura ao concessionário

³⁸⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 118.

³⁸⁶ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 388.

³⁸⁷ Conforme teoriza Marçal Justen Filho, a “intangibilidade da equação econômica-financeira” pode ser representada pela figura de uma balança com dois pratos, sendo que em um estão os encargos e em outro as vantagens. Assim, caso haja a inserção de um encargo, haverá rompimento do equilíbrio e terá que haver acréscimo de retribuições. Do mesmo modo, quando há diminuição dos encargos, impõe-se diminuição das vantagens. Consoante ensina o autor, nos casos em que o evento extraordinário produzir benefícios extraordinários ao particular, ele não poderá se apossar das vantagens daí decorrentes. O autor defende ainda que havendo “deflação” ou redução de custos, ou mesmo diminuição da carga fiscal em favor do concessionário, a tarifa devesse ser reduzida para menos. (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 390).

uma margem de garantia maior que a que teria no exercício de uma atividade econômica comum. Isso se dá porque e na medida em que for necessário ao interesse público.

A terceira questão está regulamentada pelo artigo 11 da Lei n. 8.987/95 e pertence às fontes alternativas ou acessórias resultantes da exploração de novos empreendimentos pelo concessionário, que também são consideradas na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inclusive para a redução das tarifas, nas hipóteses em que o ganho com o desenvolvimento das atividades acessórias for relevante.³⁸⁸

Questão interessante e com repercussão sobre os contratos de concessão abrangidos pela Lei n. 8.987/95 refere-se à fixação como diretriz das parcerias público-privadas “a repartição objetiva de riscos entre as partes” (art. 4º, inc. VI). Assim é que o artigo 5º, inciso III da Lei n. 11.079/2004 prevê que os contratos de PPP deverão contemplar “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

A polêmica acerca dos dispositivos citados se dá em razão da interpretação que a doutrina confere ao artigo 65, inciso II, “d” da Lei n. 8.666/93³⁸⁹, aplicado subsidiariamente aos contratos de concessão, por força do que preceitua o artigo 124 do referido diploma legal, no sentido de caber à Administração concedente o ônus de reequilibrar o contrato, frente à ocorrência dos fatos ali previstos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹⁰ propugna que deverá haver revisão das cláusulas financeiras do contrato de concessão sempre que se configurar situação caracterizadora do “fato do príncipe”, “fato da administração”, alteração unilateral do contrato e álea econômica imprevisível e não imputável à vontade das partes, por força do que dispõem o inciso II, “d” e os parágrafos 5º e 6º do artigo 65.

³⁸⁸ Nesse sentido se posiciona Marçal Justen Filho (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 421).

³⁸⁹ *In verbis*: “Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo entre as partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

³⁹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, cit., p. 122.

Sobre a matéria, Marcos Barbosa Pinto sustenta a constitucionalidade do artigo 5º, inciso III da Lei de PPP, indica as diretrizes que podem ser extraídas de seu conteúdo e, mais interessante ainda, defende a possibilidade de que tal repartição de riscos seja aplicada nas concessões comuns.³⁹¹

No tocante à possibilidade de haver repartição de riscos entre as partes, incluindo os decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, inc. III da Lei n. 11.079/2004) nas concessões comuns³⁹², o autor a sustenta com respaldo nos seguintes argumentos: (i) a própria Lei n. 8.987/95 previu uma espécie de repartição de riscos entre a Administração concedente e o concessionário, ao atribuir a este último os riscos ordinários, deixando por exemplo para o ente estatal os riscos de alteração unilateral (art. 9º, § 4º); (ii) o artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.987/95³⁹³, ao atribuir ao concessionário o desempenho do serviço por sua conta e risco, deve ser interpretado como conferindo-lhe o “principal risco da exploração comercial do serviço, qual seja, o risco de que a receita auferida por ele será suficiente para cobrir seus custos”³⁹⁴; (iii) o artigo 65, II, “d” da Lei n. 8.666/93, que incide em caráter subsidiário sobre as concessões, não obriga que o Estado assuma os riscos ali indicados, admitindo apenas a possibilidade de modificação contratual, por meio de acordo entre as partes; (iv) se o contrato de concessão estabeleceu forma de repartição de risco diversa do que determina o artigo 65, II, “d”, não há porque aplicar essa norma, pois se a Lei n. 8.987/95 conferiu ao Estado poderes de contratar mediante concessão, deu-lhe autoridade para fixar

³⁹¹ Marcos Barbosa Pinto, Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006.

³⁹² Concessão comum, na dicção do artigo 2º da Lei das PPPs, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro-privado. O parágrafo 3º ressalva que a concessão comum não constitui parceria público-privada. A parceria público-privada pode revestir a forma de “concessão patrocinada” e “concessão administrativa”. A primeira, segundo os termos da lei, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. A segunda é definida como o contrato de prestação de serviços de que a Administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

³⁹³ *In verbis*: “Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...); II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;”

³⁹⁴ Marcos Barbosa Pinto, Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 176.

as condições do contrato, não sendo correto entender que haveria necessidade de norma expressa na Lei Geral de Concessões para a repartição do risco.³⁹⁵

Marcos Barbosa Pinto afirma que a alocação de riscos para a parte que pode assumi-los a um custo mais baixo representa uma economia de custos para o contrato de PPPs, gerando benefícios não apenas para o setor privado, mas também para o Estado³⁹⁶. Acrescenta que quanto mais extensos forem os riscos assumidos pelo concessionário, mais cara será a proposta do licitante.³⁹⁷

São justamente os prováveis benefícios que as regras dos artigos 4º, inciso VI e 5º, inciso III da Lei n. 11.079/2004 podem gerar para o interesse público que dão respaldo à sua constitucionalidade. Ademais, segundo afirma Marcos Barbosa Pinto³⁹⁸, quanto mais clara – objetiva, para usar as palavras da lei – for a repartição de riscos em um contrato de concessão, mais transparente será o processo licitatório e mais equânime o ajuste. Quanto aos interesses do parceiro privado, eles também não se encontram ameaçados pelas disposições legais citadas, porque ciente da forma como serão repartidos os riscos antecipadamente (por ocasião do procedimento licitatório), o pretendente formulará sua proposta econômica incluindo as conseqüências daí advindas no seu cálculo. Preserva-se, desse modo, o princípio da *manutenção*³⁹⁹ do equilíbrio econômico-financeiro do contrato previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.

O autor propugna que a repartição de risco é mais benéfica para o interesse público. Tal assertiva choca com a teoria administrativa, no sentido de que a proteção do particular contra eventos extraordinários proporciona maiores benefícios ao interesse público, em razão do particular fixar preços mais baixos.

³⁹⁵ O princípio da legalidade, segundo Marcos Barbosa Pinto, poderia conduzir à conclusão no sentido de que seria necessário norma expressa autorizando a repartição de riscos (Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 177).

³⁹⁶ Ibidem, p. 159.

³⁹⁷ Marcos Barbosa Pinto, Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 158, nota de rodapé n. 2. Essa é uma conclusão também apresentada por Marçal Justen Filho, ou seja, um dos objetivos do princípio do equilíbrio econômico-financeiro é possibilitar que a Administração obtenha melhores propostas que não agreguem custos relacionados com fatos imprevisíveis. (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 393).

³⁹⁸ Ibidem, p. 164.

³⁹⁹ Marcos Barbosa Pinto faz questão de enfatizar que o princípio constitucional determina a “manutenção” das condições propostas pelo licitante. Não significa, como se pensa, a modificação ou suspensão das obrigações contratuais ao argumento de que o ajuste não é economicamente estável (Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 163).

Segundo Marcos Barbosa Pinto, estudo novo do Banco Mundial indica que na América Latina encontram-se muitos contratos de concessão com conteúdos vantajosos para a Administração pública, mas que, após sua celebração, são alterados para incluir disposições “extremamente” benéficas para o concessionário. O fenômeno se dá, de acordo com o estudo, porque algumas empresas com maior quantidade de informações e mais próximas do Poder Público se aproveitam da situação para renegociar em proveito próprio.⁴⁰⁰

Com base no princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*) o autor sob comento afirma que uma alocação de riscos que diminua os custos totais de um serviço é só por isso proveitosa, mesmo quando o Estado não se apropria de parte dos ganhos de eficiência.⁴⁰¹

Em seguida, Marcos Barbosa Pinto aponta as diretrizes⁴⁰² que considera válidas para nortear uma adequada repartição de riscos, ressaltando que cada caso deve merecer uma análise técnica cuidadosa. As diretrizes, resumidamente, são as seguintes: (i) alocar os riscos sobre quem tenha maior controle sobre eles, com vistas a incentivar a redução de custos; (ii) não imputar riscos aos agentes econômicos com capacidade para “externalizar” os prejuízos, como o Estado, que repassa as perdas para o contribuinte, o que gera ineficiência; (iii) atribuir o risco à parte que consiga obter seguro a um preço mais baixo⁴⁰³; (iv) caso o custo do seguro seja baixo para uma das partes, mas não seja possível descobrir se a alocação do risco para aquela trará maiores benefícios ao contrato, a diretriz será a de não permitir que o custo do seguro determine a alocação de risco, a não ser que o risco não seja coberto por seguro do mercado, hipótese em que deve ser atribuído ao Estado que “venderá” sua “capacidade de absorção de perdas para o parceiro privado a um preço

⁴⁰⁰ Ocorre uma espécie de “fenômeno da captura” que, conforme descreve por Fábio Nusdeo (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*, cit., p. 219), ocorre quando no âmbito do processo regulatório, os regulamentos são moldados para atender aos interesses das “unidades reguladas”.

⁴⁰¹ Marcos Barbosa Pinto, *Repartição de riscos nas parcerias público-privadas*, cit., p. 167.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 168-170.

⁴⁰³ Marcos Barbosa Pinto pondera a dificuldade de implementar tal diretriz porque o Estado muito raramente contrata seguro, em razão da extensão de seu patrimônio, e das diferentes atividades que são exercidas no campo da Administração pública. Além do mais, como o Estado pode externalizar as perdas, é razoável supor que sairá mais dispendioso deixar que o ente público assumo o risco, já que não haverá estímulo para evitar o risco (*Repartição de riscos nas parcerias público-privadas*, cit., p. 168).

adequado”⁴⁰⁴; (v) a última diretriz é: nas situações em que não se puder determinar qual a alocação de risco mais eficiente; não inovar nas regras, pois os custos que decorrerão de uma apuração da eficiência da alocação podem ser altos e não compensarem.

Num exercício de aplicação das diretrizes a hipóteses concretas, o autor inclui entre alguns dos riscos a serem suportados pelo parceiro privado os seguintes: (i) risco de variação de custos; (ii) risco de caso fortuito ou força maior nos casos em que há cobertura securitária.⁴⁰⁵

Entre os riscos a serem assumidos pelo Estado, o autor aponta: (i) o risco de inflação; (ii) as modificações unilaterais do contrato; (iii) as alterações introduzidas por lei ou regulamento direcionadas ao serviço; (iv) o risco de caso fortuito ou força maior, quando não houver cobertura securitária.

No que pertine a outros tipos de riscos, como os relativos à demanda e mudanças genéricas no ordenamento jurídico (risco político⁴⁰⁶), o autor apresenta conclusões inovadoras. O risco de demanda deverá ser atribuído à parte que possuir melhores condições de implementá-la⁴⁰⁷. Nas hipóteses em que nem a Administração concedente, nem o concessionário têm controle sobre a demanda, opina o autor no sentido de que o risco seja assumido pelo Estado mediante a cobrança de um preço, já que no Brasil inexistente seguro para o risco de demanda.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ Marcos Barbosa Pinto cita o exemplo do Chile que, em alguns contratos de concessão, oferece uma opção ao setor privado: incorporar determinados riscos ou pagar ao Estado um preço para que ele o faça (Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 170, nota de rodapé n. 29). Nos casos em que o Estado fornece seguro para o risco, o ideal é que o setor privado assuma parcela do risco, para que não caia no desestímulo, mas, ao contrário, continue encetando esforços para minimizar os riscos (Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 170, nota de rodapé n. 31).

⁴⁰⁵ Marcos Barbosa Pinto, Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 171-174.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 172.

⁴⁰⁷ Marcos Barbosa Pinto imagina os seguintes exemplos: no setor ferroviário, sendo o parceiro privado encarregado da comercialização do serviço, cabe-lhe suportar o risco de demanda, a fim de que se sinta incentivado a incrementá-la; no setor de presídios, contudo, não teria sentido o mesmo raciocínio, sendo prudente, por isso, passar para o Estado o risco (Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 171).

⁴⁰⁸ O Governo do Estado de São Paulo, na PPP da Linha 4 do Metrô, optou pelo compartilhamento do risco de demanda (Marcos Barbosa Pinto, Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, cit., p. 172, nota de rodapé n. 38).

De acordo com a lição de Marçal Justen Filho⁴⁰⁹, nos casos em que a estrutura tarifária é determinada pelo custo do serviço, a remuneração do concessionário fica vinculada a tal variação, aumentando conforme cresçam as despesas. Nas hipóteses em que a tarifa é atrelada ao comportamento eficiente do concessionário, é fundamental que se confira maior autonomia, para que o particular possa gerir a empresa, reduzindo-se a intervenção estatal. Deve-se, além disso, garantir ao concessionário a perspectiva de ampliação do lucro, o que confere ao Estado o direito de impor-lhe o risco de ampliação de eventuais prejuízos.

O “risco político” a que faz menção o autor são as situações enquadráveis no que a doutrina tradicional denomina “fato do príncipe”. Quanto às disposições legais e regulamentares direcionadas ao serviço, opina Marcos Barbosa Pinto, como vimos acima, se inserirem no âmbito do risco estatal. Já quanto às modificações gerais na ordem jurídica, informa que o caminho atualmente trilhado em nível internacional é o de compartilhar os riscos entre as partes.⁴¹⁰

6.8 A cobrança pela outorga da concessão

Consoante observa Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a cobrança pela outorga da concessão, prevista como um dos critérios de escolha do proponente na licitação para a concessão de serviço público (art. 15, inc. II da Lei n. 8.987/95), pode onerar o contrato, representando risco ao princípio da modicidade tarifária. Como explica a autora, é uma forma indireta de apropriação estatal da riqueza privada, já que o custo da outorga será incluído no valor da tarifa paga pelo usuário.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 395.

⁴¹⁰ Marcos Barbosa Pinto, *Repartição de riscos nas parcerias público-privadas*, cit., p. 172.

⁴¹¹ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*, cit., p. 211.

6.9 Os benefícios tarifários

O artigo 35 da Lei n. 9.074/95 prevê, *in verbis*: “A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Parágrafo único - A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular.”

Essa disposição legal toca particularmente ao tema desta dissertação. As reduções tarifárias constituem “benefícios tarifários” que se destinam a favorecer determinada classe de usuários. O artigo 35 da Lei n. 9.074/95 impõe que os mesmos sejam instituídos por lei com previsão da origem dos recursos, ou que a tarifa seja revisada para cobrir o acréscimo financeiro que o benefício por certo ocasionará. A questão será enfrentada em detalhes no último capítulo deste trabalho.

6.10 Os ganhos da eficiência empresarial e do desenvolvimento tecnológico

A Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95) não previu como se daria a repartição dos ganhos advindos da eficiência empresarial na prestação dos serviços e do desenvolvimento tecnológico. Já a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) e a Lei n. 9.427/96, que dispõe sobre as concessões dos serviços de energia elétrica, abordaram a questão. No primeiro caso, os parágrafos 2º e 3º do artigo 108 dispõem, *in verbis*: “§ 2º - Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. § 3º - Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.”

O artigo 14, *caput* e inciso IV da Lei n. 9.427/96, por seu turno, preceituam que o regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende a “apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade”.

Jorge Luis Salomoni⁴¹² sustenta que, nos contratos de concessão de serviços públicos, inclui-se no poder de autoridade da Administração obstar a elevação de tarifa ou pedágio recebido pelo concessionário, ou reduzi-lo, quando se verifique distorção em favor do concessionário, nas situações em que ele obtém mais ganhos que os previstos originalmente, quaisquer que sejam os seus valores.

⁴¹² No original: “Sostendré que en los contratos de concesión de servicios públicos – y por ende en los de concesión de obra pública –, los únicos sujetos que no tienen riesgo que soportar, son el Estado concedente y el usuario, por lo que la garantía de la ecuación económica financiera se traduce en el ejercicio de la potestad, por parte de la administración, de impedir el aumento de la tarifa o peaje que percibe el concesionario, o de rebajarla, cuando se produzca una distorsión en favor de este último, es decir, que el cocontratante de la administración pública obtenga más ganancias que las previstas originariamente, cualquiera sea el quantum de la misma.” (Jorge Luis Salomoni, *Teoría general de los servicios públicos*, p. 373 – Nossa tradução).

7 O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS SOBRE PNEUS

7.1 O Sistema Nacional de Viação

A Lei n. 10.233, de 05.06.2001, reestruturou os transportes aquaviário e terrestre, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes.

O artigo 2º desse diploma legal estabelece que o Sistema Nacional de Viação (SNV) é constituído pela infra-estrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O seu parágrafo único preceitua que o SNV rege-se por princípios e diretrizes fixados de acordo com os incisos XII, XX e XXI do artigo 21 da Constituição Federal.⁴¹³

Uma das finalidades visadas com a instituição do sistema é baratear o preço do serviço de transporte. É o que se extrai do parágrafo 1º do artigo 4º, que define como infra-estrutura viária adequada a que torna mínimo o custo total do transporte, compreendido como o somatório dos custos de investimento, manutenção e operação do sistema.

A lei contempla o dever de universalização dos transportes, prevendo a possibilidade de criação de subsídios para o alcance de tal objetivo. No artigo 6º, figura entre as atribuições do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT): “(...) IV - aprovar, em função das características regionais, as políticas de

⁴¹³ “Artigo 21 - Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.”

prestação de serviços de transporte às áreas mais remotas ou de difícil acesso do país, submetendo ao Presidente da República e ao Congresso Nacional as medidas específicas que implicarem a criação de subsídios.”

Os artigos 11 e 12 estabelecem os princípios gerais e as diretrizes a serem perseguidos na execução do serviço, enfatizando a obrigação de cada esfera de governo assumir o encargo de subsidiar as respectivas atividades de transportes, bem como atender ao princípio da eficiência, no que pertine ao planejamento dos custos. As normas em comento estão assim redigidas, *in verbis*: “Artigo 11 - O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais (...) IV - assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência. Artigo 12 - Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: (...) VI - estabelecer que os subsídios incidentes sobre fretes e tarifas constituam ônus ao nível de governo que os imponha ou conceda.”

No que diz respeito às formas de delegação dos serviços, verifica-se que a Lei n. 10.233/2001 tratou dos três meios tradicionais de delegação: concessão, permissão e autorização. A primeira figura (concessão) será aplicada quando houver a exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública – é o caso da concessão de rodovias remuneradas por pedágios – e a prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura.

Sob o regime de permissão, serão prestados os serviços regulares de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infra-estrutura (MP n. 2.217-3, de 04.09.2001). A delegação mediante autorização foi reservada para as situações de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, de prestação de serviço de transporte aquaviário ou de exploração de infra-estrutura de uso privativo (MP n. 2.217-3, de 04.09.2001).⁴¹⁴

⁴¹⁴ “Artigo 14 - (...) I - depende de concessão: a) a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infra-estrutura do Sistema Nacional de Viação; b) o transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infra-estrutura ferroviária; III - depende de autorização: a) Vetado; b) o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento; c) a construção e operação de terminais portuários privativos; d) Vetado; f) o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infra-estrutura. IV - depende de permissão: a) o transporte rodoviário coletivo regular de passageiros (MP n. 2.217-3/2001); b) o transporte ferroviário de passageiros não associado à infra-estrutura (MPn. 2.217-3/2001).”

O instituto da autorização está previsto no artigo 21 da Carta Constitucional. Todavia, sua caracterização não consta da Lei Maior, resultando de construção doutrinária. Mesmo a doutrina diverge quanto à definição dos elementos que integram a delegação mediante autorização. Almiro do Couto e Silva, ao abordar o regime privado previsto para o serviço de telecomunicações (Lei n. 9.472/97), cuja forma de outorga é a “autorização”, afirma caber ao legislador ordinário definir o que venha a consistir “autorização”, não havendo impedimento para que o instituto possa ser caracterizado como ato discricionário ou ato vinculado (licença).⁴¹⁵

Assim é que a Lei n. 10.233/2001 guardou a delegação mediante autorização para os serviços públicos que visam atender interesse coletivo não tão relevante, como o transporte rodoviário de passageiros em regime de afretamento, deixando os regimes de concessão e permissão para as linhas regulares de transporte coletivo urbano. Conferiu-se maior flexibilidade ao instituto, inclusive liberdade de preços.⁴¹⁶

De acordo com o artigo 21 desse diploma legal, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) é entidade integrante da Administração federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes. Consoante o artigo 22, a esfera de atuação da Agência é a seguinte: I - o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; II - a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; III - o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; IV - o transporte rodoviário de cargas; V - a exploração da infra-estrutura rodoviária federal; VI - o transporte multimodal; VII - o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Almiro do Couto e Silva, *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?*, cit., p. 69.

⁴¹⁶ “Artigo 43 - A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos artigos 13 e 14 e apresenta as seguintes características: I - independe de licitação; II - é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; III - não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação. (...) Artigo 45 - Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no artigo 31.”

⁴¹⁷ Com a extinção da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), o serviço de transporte ferroviário metropolitano e urbano foi transferido para Estados e Municípios, *in verbis*: “Artigo 103 - A Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e a Empresa de Transportes Urbanos de Porto Alegre S.A (TRENSURB) transferirão para os Estados e Municípios a administração dos transportes ferroviários urbanos e metropolitanos de passageiros, conforme disposto na Lei n. 8.693, de 3 de agosto de 1993. Parágrafo único - No exercício das atribuições referidas nos incisos V e VI do artigo 25, a ANTT

Por último, destaca-se que a Lei n. 10.233/2001 acolheu o princípio da livre concorrência e previu o sistema de remuneração tarifário com base em limites máximos, no artigo 28: “A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos artigos 13 e 14, visando a que: (...) II - os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I, definindo claramente: a) Vetado; b) limites máximos tarifários e as condições de reajustamento e revisão; c) pagamento pelo valor das outorgas e participações governamentais, quando for o caso.”

7.2 Espécies de transporte terrestre

O transporte rodoviário, ferroviário e metroviário são espécies de transporte terrestre. O transporte rodoviário coletivo urbano é realizado principalmente por meio de ônibus (comum e seletivo) e táxis. As lotações (transporte realizado em geral por *vans* e *kombis*) efetuam serviço de transporte coletivo de passageiros de forma irregular, uma vez que não estão sujeitas a fiscalização, além de concorrerem deslealmente com o transporte regular, já que não estão obrigadas a transportar pessoas gratuitamente e beneficiários de tarifas reduzidas, e não têm de obedecer a trajetos, horários e paradas predeterminadas, podendo, por tal motivo, cobrar menos.⁴¹⁸

Identifica-se portanto como modalidade de transporte rodoviário urbano o transporte regular, destinado a assegurar condições para a mobilidade urbana e atender prioritariamente aos princípios da continuidade e da universalização. Caracteriza-se por linhas freqüentes que se organizam com vistas a suprir as funções básicas da cidade, no

coordenará os acordos a serem celebrados entre os concessionários arrendatários das malhas ferroviárias e as sociedades sucessoras da CBTU, em cada Estado ou Município, para regular os direitos de passagem e os planos de investimentos, em áreas comuns, de modo a garantir a continuidade e a expansão dos serviços de transporte ferroviário de passageiros e cargas nas regiões metropolitanas.”

⁴¹⁸ Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, Brasília: Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Transportes e da Mobilidade Urbana. Departamento de Cidadania e Inclusão Social 2006 (Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/media/RelatorioBarateamentodasTarifasREVISADO.pdf>>. Acesso em: 25.10.2006).

que pertine ao desenvolvimento econômico e às necessidades de deslocamento da população para os pontos de trabalho, educação, saúde e lazer.

Nos serviços de transporte regular, o Poder Público coordena o sistema de transporte coletivo urbano, de forma a garantir o oferecimento do serviço a todas as áreas habitadas da cidade. Deve também regular o valor das tarifas, de maneira a compatibilizá-la com as condições de aquisição da maioria da população.

Tal serviço é complementado por outros, como táxis, lotações, serviços fretados, serviços voltados ao atendimento de categorias especiais, como estudantes, pessoas com problemas graves de saúde etc. São serviços que também estão sob controle do Poder Público, variando a intensidade da intervenção estatal.⁴¹⁹

Nos casos de transporte coletivo restrito a segmentos mais selecionados da população, como serviços de fretamento, a Lei municipal de São Paulo n. 13.241, de 12 de dezembro de 2001, estabelece no parágrafo 2º do artigo 1º⁴²⁰ que o regime a ser aplicado será o de direito privado, sujeito à regulamentação e à prévia *autorização* do Poder Público. Nesse caso, por não se tratar de serviço essencial destinado ao atendimento da maioria da população, é possível a adoção de regime diferente do predominantemente público.

⁴¹⁹ Segundo Almiro do Couto e Silva, os transportes rodoviários de passageiros em regime de afretamento, apesar de serem disponibilizados ao público em geral, não se destinam a atender a um interesse coletivo com traço de essencialidade tão intenso como os serviços de linhas regulares. Assemelham-se aos serviços realizados por operadores turísticos que, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 3º, II da Lei n. 9.074/95, independem de concessão ou permissão. Todavia, não se descaracterizam como serviços públicos, pois mantêm-se o vínculo orgânico com o Poder Público, visto necessitarem de “autorização”; voltam-se à satisfação de um interesse público, embora não sejam tão essenciais; e submetem-se a regime especial de direito privado administrativo (Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?, cit., p. 71).

⁴²⁰ “Artigo 1º - Os serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo serão prestados sob os regimes público e privado. § 1º - O Transporte Coletivo Público de Passageiros é serviço público essencial, cuja organização e prestação competem ao Município, conforme disposto no artigo 30, inciso V da Constituição Federal e no artigo 172 da Lei Orgânica do Município de São Paulo. § 2º - O Transporte Coletivo Privado, destinado ao atendimento de segmento específico e pré-determinado da população, inclusive de escolares e de fretamento, está sujeito a regulamentação e a prévia autorização do Poder Público, conforme disposto no artigo 179, inciso II da Lei Orgânica do Município de São Paulo.”

7.3 Análise da competência dos entes federativos

O artigo 21, inciso XII, alíneas “d” e “e” da Constituição Federal determina competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (alínea “d”) e os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (alínea “e”).

Aos Estados, por competência residual (art. 25, § 1º da CF), foi atribuído o serviço de transporte no âmbito intermunicipal, e aos Municípios, em vista do disposto no artigo 30, inciso V, compete organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (transporte urbano), incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial, consoante apregoa a Magna Carta.

Quanto à competência legislativa, o artigo 22 da Constituição Federal preceitua competir à União legislar privativamente sobre: “IX - diretrizes da política nacional de transportes; XI - trânsito e transporte”. Observa-se que o último inciso citado faz referência às matérias “trânsito e transporte”, sem especificar, como fez no inciso IX, que se trataria de “diretrizes” ou “normas gerais”.

No entanto, Alexandre de Moraes⁴²¹ interpreta conjuntamente esse incisos, afirmando que em matéria de “trânsito e transporte”, assim como em relação à política nacional de transportes, a competência da União diz respeito à fixação de diretrizes. Segundo o autor, aos Estados compete legislar sobre normas de trânsito e transporte intermunicipal, enquanto aos Municípios restaria legislar sobre os assuntos de interesse local. A competência municipal, a nosso ver, pode incluir tanto trânsito quanto transporte no âmbito territorial do Município.

⁴²¹ Alexandre de Moraes, Competência. Trânsito e transporte intermunicipal perante a Constituição Federal, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 12, p. 324, jul./set. 1995.

7.4 Panorama da situação atual do serviço

O Ministério das Cidades, por meio da Secretaria Nacional de Transportes e da Mobilidade⁴²² elaborou relatório indicando os principais problemas que afetam o transporte coletivo público urbano por ônibus atualmente no Brasil: o valor elevado das tarifas, considerando a capacidade econômica da maior parte dos usuários; a diminuição da quantidade de passageiros⁴²³; as restrições que envolvem a utilização do vale-transporte⁴²⁴; e o deslocamento das pessoas dos meios coletivos para os meios privados de locomoção⁴²⁵. Com a diminuição da receita proveniente das tarifas, o efeito é a majoração do valor tarifário unitário⁴²⁶ o que expulsa mais usuários do sistema ou impede que outros entrem, gerando um círculo vicioso.

A inconsistência do modelo atual de circulação urbana, as deficiências na regulação e gestão dos serviços (como a falta de integração tarifária e a interação entre os vários meios de transporte), a superação da estrutura tarifária que ainda se baseia na “tarifa pelo custo”, a resistência à realização de licitações para delegação do serviço mediante concessão, as *gratuidades* sem fontes externas de financiamento, o alto custo dos insumos necessários para a operação do serviço e a elevada carga tributária são dificuldades que se somam às já mencionadas.

⁴²² Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.

⁴²³ A redução do uso do transporte público é estimada em 20% a 30% nas grandes cidades brasileiras (Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), *Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios*, [São Paulo], 2006, p. 83, Série Cadernos Técnicos, v. 3).

⁴²⁴ Sobre o vale-transporte, ver o item 8.7. O relatório do Ministério das Cidades indica que é cada vez menor a contribuição das empresas, por meio do vale-transporte. Além do mais, o benefício é limitado aos trabalhadores do setor formal (Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.).

⁴²⁵ A diminuição da utilização do transporte público causa impactos ambientais consideráveis, bem como elevação no consumo de energia, já que a maioria dos usuários passa a usar motocicleta e automóveis, causando maiores danos ambientais e maior consumo de energia. O aumento da utilização de automóveis e motocicletas é atribuído à capacidade de grande parte da população de suportar os custos com licenciamento e seguros, à disponibilização de veículos a preços populares, bem como à baixa qualidade do transporte coletivo.

⁴²⁶ O estudo da ANTP/BNDES informa que a tarifa média praticada nos ônibus municipais em 2003 era de R\$ 1,37, com tarifas máximas e mínimas, respectivamente, de R\$ 1,80 e R\$ 0,80. O relatório do Ministério das Cidades citado faz-se referência ao estudo *Evolução das tarifas de ônibus urbanos 1994 a 2002*, da Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, do Ministério das Cidades, informando que a tarifa de ônibus urbano das capitais cresceu, em média, nos últimos nove anos, em torno de 240% (R\$ 0,35 para R\$ 1,20), contra 180% do IGP-DI (Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.).

Além dos fatos apontados, há questões como a reduzida importância conferida pelas políticas locais e metropolitanas para o transporte público, implicando em falta de investimentos e planejamento adequados. O planejamento urbano deve ser realizado de forma coordenada com a política de transporte, com o objetivo de proporcionar condições para que sejam providas com transporte público áreas de maior interesse econômico, além de viabilizar uma ocupação territorial que atenda a uma distribuição racional do espaço habitável.

O relatório em comento apresenta dados interessantes. Informa que o serviço de transporte público coletivo urbano é formado por 1.600 empresas operadoras, entre as quais estão 12 empresas metroferroviárias, com faturamento anual de cerca de R\$ 24 bilhões. Quanto ao número de veículos sobre pneus e a quantidade de passageiros, diz que nas 223 cidades brasileiras com mais de 100 mil habitantes, trafegam cerca de 115 mil ônibus, carregando 60 milhões de passageiros por dia.

A Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP) e o BNDES publicaram estudo⁴²⁷ a partir de dados colhidos no ano de 2003, constatando que entre os transportes públicos, os ônibus figuram como o mais importante meio de locomoção, com 90% dos deslocamentos, enquanto os sistemas metroferroviários aparecem com 10%. A pesquisa foi realizada em cidades brasileiras com mais de 60 mil habitantes e indicou ainda que a maioria das viagens é feita a pé (34%). Em seguida, vêm o transporte público (32%) e o automóvel (29%).

O Ministério das Cidades⁴²⁸ destaca que as gratuidades representam um peso considerável nos custos elevados das tarifas. A Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU)⁴²⁹ apresenta os percentuais de ocorrência de gratuidades nos ônibus urbano, em várias cidades brasileiras, no mês de julho de 2006, com destaque para

⁴²⁷ Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), *Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios*, cit., p. 18.

⁴²⁸ Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.

⁴²⁹ Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU), Gratuidades e passes; gratuidade categoria (Disponível em: <http://www.ntu.org.br/frame_banco.htm>. Acesso em: 25 jan. 2007).

Belém, com 22,70%⁴³⁰, Campo Grande-MS, com 29%⁴³¹, e Porto Velho-RO, com 25%. A cidade de São Paulo aparece com 10 a 12%.⁴³²

O relatório do Ministério das Cidades ressalta que as gratuidades não observam *critério de renda*, o que proporciona distorções de ordem distributiva, como os subsídios cruzados que utilizam recursos tarifários recebidos dos usuários, entre os quais estão pessoas carentes, para cobrir os custos de passagens de estudantes de classe média, por exemplo.

A ausência de fontes permanentes de financiamento para a implantação de infraestrutura⁴³³ é outra séria dificuldade enfrentada pelo setor. A falta de corredores exclusivos para ônibus na grande maioria das capitais brasileiras obriga os veículos a concorrerem com os automóveis nos congestionamentos. O tempo de espera no congestionamento resulta em maior gasto com combustível, além de agregar outros custos adicionais. O trabalho da ANTP/BNDES⁴³⁴ informa que os recursos do Fundo Nacional de Segurança e Educação para o Trânsito (FUNSET), mantido com 5% do valor de todas as multas de trânsito arrecadadas no país e da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) poderiam ser utilizados em investimentos, mas vêm sendo contingenciados pelo Governo Federal.

Os problemas atingem não apenas o transporte coletivo por ônibus, mas também outros modais, como o metrô e os trens metropolitanos. Observa-se, contudo, que o metrô de São Paulo vem obtendo resultados favoráveis, a partir de uma política tarifária voltada

⁴³⁰ Na cidade de Belém, as categorias beneficiadas são: policiais rodoviários, estaduais e federais, fiscais da companhia de transporte, fiscais da Delegacia Regional do Trabalho, oficiais da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, deficientes físicos, idosos (acima de 60 anos), policiais militares e civis, carteiros, guardas municipais, menores até 6 anos, agentes de fiscalização do Ministério do Trabalho e da Justiça, funcionários das empresas de transporte urbano, presidiários.

⁴³¹ Categorias beneficiadas: fiscais de secretarias municipais, policiais militares, idosos acima de 65 anos, estudantes (100% gratuito) com passagem na roleta, fiscais do Ministério do Trabalho, carteiros, líderes comunitários, deficientes físicos (com acompanhantes), oficiais de justiça.

⁴³² Gratuidades para as seguintes categorias: idosos, deficientes, funcionários das empresas de transporte urbano, oficiais de justiça, carteiros, guardas do Município, policiais militares.

⁴³³ O relatório do Ministério das Cidades informa que existem algumas linhas de financiamento para infraestrutura urbana no Ministério das Cidades, como o Programa Mobilidade Urbana (fundo perdido) e o Programa de Infra-estrutura para Mobilidade Urbana do BNDES (Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.).

⁴³⁴ Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), *Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios*, cit., p. 87.

para esforços de auto-sustentação, com o mínimo de auxílio proveniente de verbas públicas. Todavia, não se pode desconsiderar na comparação dos dados do metrô e do ônibus urbano que esse modal enfrenta dificuldades próprias, como a maior dispersão das linhas, face à necessidade de atender as diversas áreas da cidade e os congestionamentos, que proporcionam queda de produtividade.

A Secretaria dos Transportes Metropolitanos, por meio da Coordenadoria de Transporte Coletivo, elaborou análise do desempenho econômico e financeiro do Metrô, Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) e Empresa que gerencia o Sistema Intermunicipal Metropolitano por Ônibus (EMTU), no que diz respeito ao transporte de passageiros da região metropolitana de São Paulo (RMSP), Baixada Santista (RMBS) e de Campinas (RMC). Os dados trabalhados se referem aos valores anuais 1991 a 2005 e valores mensais de 2005.⁴³⁵

A Companhia do Metrô informa que, no ano de 2005, adotou política tarifária orientada para o “auto-financiamento de sua operação”, evitando recorrer a subsídios. No entanto, buscando atender às necessidades sociais, tanto o Metrô quanto a CPTM se integraram à política tarifária implantada pela São Paulo Transportes (SPTrans)⁴³⁶ para as linhas municipais de São Paulo, por meio do Bilhete Único⁴³⁷. Segundo consta da análise, a partir da adesão à referida configuração de política tarifária, houve a necessidade de aumentar os subsídios ao sistema, comprometendo a política de auto-financiamento.

O Metrô de São Paulo, de acordo com a análise, apresentou no ano de 2005 “superávit” no resultado operacional depurado⁴³⁸ de R\$ 23,15 milhões, relativo a um custo operacional depurado de R\$ 851,9 milhões e uma receita total (incluindo subvenção de

⁴³⁵ SÃO PAULO (Estado). Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Coordenadoria de Transporte Coletivo, *O transporte de passageiros da região metropolitana de São Paulo: Desempenho econômico e financeiro do Metrô, CPTM e EMTU, Valores anuais – 1991-2005- Valores mensais – 2005*, São Paulo, 2005.

⁴³⁶ A São Paulo Transporte (SPTrans) e a Companhia de Engenharia de Tráfego (CET) são empresas vinculadas à Secretaria Municipal de Transportes. A SPTrans foi criada em março de 1995, em substituição à Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC).

⁴³⁷ O Bilhete Único é um cartão eletrônico implantado na gestão da prefeita Marta Suplicy (gestão 2001-2004) para viabilização do sistema interligado. Ele possibilita ao usuário utilizar quantos ônibus e microônibus necessite, por um período de até duas horas, pagando apenas o preço de uma passagem (São Paulo (Cidade). Prefeitura. Secretaria Municipal de Transportes, *São Paulo interligado: o plano de transporte público urbano implantado na gestão 2001-2004*, São Paulo, 2004).

⁴³⁸ O resultado operacional (R-C) é a receita após a subtração do custo operacional, que pode ser depurado, parcial ou total.

gratuidades) de R\$ 875,08 milhões. Da análise, consta que em 2005 o ressarcimento das gratuidades alcançou o valor de R\$ 127 milhões. As gratuidades beneficiam idosos, deficientes e desempregados, e apresentam crescimento, sendo que em 2005, atingiram 10,7% da demanda, acima dos 6% registrados em 1999.

A CPTM em 2005, por sua vez, apresentou déficit operacional de R\$ 305,8 milhões, ocasionado pelos altos investimentos realizados no exercício 2004/2005. A maior parte da receita da CPTM proveio do Governo do Estado de São Paulo, que ingressou com R\$ 326,3 milhões de subvenção no exercício de 2005, sendo a receita total de R\$ 462,2 milhões.

Verifica-se que o esforço dos técnicos é para que serviço de transporte público se auto-sustente sem precisar recorrer a subsídios. A situação do ônibus urbano é atualmente deficitária, como indica a mobilização dos municípios, através da Frente Nacional de Prefeitos e do Fórum Nacional de Secretários de Transporte, visando buscar ajuda do Governo Federal, o que resultou na já citada proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus elaborada pelo Ministério das Cidades.

O referido documento tem como sugestões finais uma série de incentivos públicos ao setor. Apesar do relatório não ter sido aprovado pela coordenação do governo, vale destacar os seguintes pontos: (i) o Governo Federal comprometer-se-ia a reduzir a alíquota do PIS para os empresários do setor, de 1,65% para 1%; em contrapartida, os Municípios empregariam para o ISS a menor alíquota (2%) e cobrariam uma “taxa de administração” não superior a 3%; (ii) o Governo Federal reduziria em 50% o preço do óleo diesel para o transporte coletivo urbano, repassando a diferença para a gasolina, por meio de elevação da CIDE, e, em contrapartida, os Municípios reduziriam as tarifas de transporte coletivo no mínimo em 10%.

O Governo Federal auxiliaria ainda incentivando o uso do gás veicular e financeira, por intermédio do BNDES, veículos especiais em condições mais favoráveis.

Com relação às gratuidades, o Governo Federal se comprometeu a buscar fontes extra-tarifárias para o seu custeio, à exceção dos idosos, estudantes do ensino público fundamental e pessoas portadoras de deficiência.

7.5 A regulação e seus principais problemas

A coordenação da política de transporte público no Brasil teve intensa participação do governo federal antes da década de noventa, por meio da Empresa Brasileira de Transporte Urbano (EBTU) e do Grupo Executivo da Implantação da Política de Transporte (GEIPOT)⁴³⁹. A partir de 1993, a participação limitou-se ao Conselho Nacional de Transportes Urbanos (CNTU), que se deu até 1996, e à Coordenação Geral de Transportes Urbanos da Secretaria de Desenvolvimento no Ministério dos Transportes. Posteriormente⁴⁴⁰, foi criada a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano (SEDU), vinculada à Presidência da República. Mais recentemente, foi criado o Ministério das Cidades e, ligada à sua estrutura, a Secretaria de Mobilidade (SEMOB).

Eduardo Alcântara de Vasconcellos⁴⁴¹ aponta ausência de coordenação entre os órgãos que atuam em áreas relacionadas com a mobilidade urbana no plano federal, a saber: Ministério dos Transportes (infra-estrutura viária e ferroviária); Ministério de Minas e Energia (custos e fornecimento de combustíveis); Ministério da Fazenda (impostos e taxas incidentes sobre o transporte); Ministério da Ciência e Tecnologia (desenvolvimento tecnológico de veículos e equipamentos de transporte); Ministério da Educação (educação para o trânsito no sistema escolar); Ministério da Saúde (acidentes de trânsito como questão de saúde pública); Ministério do Meio Ambiente (legislação sobre emissões veiculares e processos de licenciamento ambiental).

A partir da Constituição de 1988, com o reforço da autonomia municipal, teve início o processo de “municipalização do transporte” que consistia, resumidamente, em concentrar no Município as tarefas de coordenação, organização e fornecimento de suporte normativo, humano, técnico e financeiro. O marco constitucional resultou no distanciamento do Governo Federal das questões relacionadas com o transporte urbano. Restou à União a incumbência de fixar as diretrizes da política nacional de transportes (art. 22, IX da CF). Assim é que, ao criar o Sistema Nacional de Viação, concebeu os vários tipos de transporte terrestre e a estrutura que lhes serve de apoio como um sistema

⁴³⁹ Eduardo Alcântara de Vasconcellos, Desvendando a política brasileira de mobilidade urbana. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27/28, n. 107/108, p. 13-15, 3./4. trim. 2005.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 13-15.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 15.

submetido a um conjunto de diretrizes. Tal concepção conduz a uma atuação integrada das diversas instâncias governamentais, respeitando-se as competências reservadas a cada uma.

O estudo realizado pela ANTP em parceria com o BNDES⁴⁴² conclui que um dos maiores desafios institucionais do transporte público no plano local está na busca de uma maior integração entre os órgãos responsáveis pelo transporte nas áreas metropolitanas e os prefeitos. A falta de diálogo tem postergado a realização de obras de infra-estrutura e melhorias no serviço. O serviço ferroviário, na maior parte das vezes operando com déficit e sem demanda suficiente, enfrenta a indefinição quanto à transferência do comando de sua operação para os governos estaduais, o que contribui para um prolongamento do problema.

Além das questões abordadas acima, o problema afeto às licitações e à concorrência demanda grande esforço regulatório, em face da forma como está estruturado o setor empresarial que atende ao serviço de transporte coletivo urbano.

A licitação é vista como uma oportunidade para a reordenação do setor. Pode-se, por seu meio, serem montados novos modelos contratuais que introduzam a competitividade e estimulem a eficiência da gestão privada. A competitividade no setor de transporte coletivo urbano deverá estar presente por ocasião da licitação, já que a liberação completa do mercado, em se tratando de serviço de transporte coletivo, teve resultados desastrosos em países hispano-americanos.⁴⁴³

No que diz respeito à existência de contratos públicos de concessão e permissão, informações recentes⁴⁴⁴ dão conta de uma realidade preocupante: em um universo de 437 municípios consultados, com população igual ou superior a 60.000 habitantes (pesquisa realizada pela ANTP/BNDES citada), 13% não possuem qualquer regulamentação, 57%

⁴⁴² Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), *Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios*, cit., p. 86.

⁴⁴³ Nazareno Stanislau Affonso, Editorial, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 21, n. 82, p. 6, 1. trim. 1999. Joaquim José Guilherme de Aragão, Anísio Brasileiro de Freitas Dourado, Oswaldo Cavalcanti Lima Neto e Rômulo Dante Orrico Filho, também são favoráveis a uma licitação competitiva, acompanhada de um controle competitivo de desempenho e uma política tarifária que estimule as empresas (Joaquim José Guilherme de Aragão et al., *Construindo modelos de relações institucionais e reguladoras no transporte público urbano*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos, ANTP, ano 24, n. 94, p. 53, 1. trim. 2002).

⁴⁴⁴ Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), *Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios*, cit., p. 35.

operam sob permissão e 41% sob regime de concessão. O estudo demonstrou que, apesar da maior parte dos contratos possuir prazo de duração que oscila entre 10 e 14 anos, há muitos com prazos maiores que 25 anos.⁴⁴⁵

Segundo o Ministério das Cidades⁴⁴⁶, a ausência ou precariedade dos contratos – no caso das permissões – gera instabilidade jurídica, afetando de forma negativa os investimentos. Houve contudo resistência do setor privado em nível nacional, ao se tentar aprovar, em 1996, projeto de lei objetivando a prorrogação por dez anos e sem licitação das permissões então vigentes.⁴⁴⁷

A “relação patrimonialista” que as empresas operadoras instauram em relação ao serviço é um desafio a ser encarado pelo Poder Público. Com tal postura, criam obstáculos à introdução de inovações no setor. Neste ponto, um aspecto merece ser avaliado com respeito ao serviço de transporte sobre pneus: características históricas que marcaram tanto a regulação quanto a gestão promovida pelos empresários do ônibus contribuíram para a existência de peculiaridades na relação que se estabeleceu entre o Poder Público e particulares, fazendo com que, por vezes, não existisse uma separação tão nítida entre eles. Embora essa situação esteja mudando, ainda há uma influência muito grande do poder empresarial que se consolidou historicamente.

Um breve apanhado histórico auxilia a compreensão do fenômeno. A opção brasileira pelas ferrovias durou até meados do século XX, em razão de uma organização socioeconômica basicamente voltada para a área rural⁴⁴⁸. O sistema ferroviário convivia com o transporte urbano realizado por meio de bondes⁴⁴⁹, que era operado por companhias estrangeiras que detinham o monopólio da atividade por 30 a 50 anos, explorando-os

⁴⁴⁵ Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), *Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios*, cit., p. 36.

⁴⁴⁶ Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.

⁴⁴⁷ Projeto de lei do Deputado Chico da Princesa, que esteve prestes a ir para votação no Plenário da Câmara Federal, em regime de urgência, no final de 1996 (Nazareno Stanislau Affonso, Editorial, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 21, n. 82, p. 6, 1. trim. 1999).

⁴⁴⁸ Anísio Brasileiro; Etienne Henry, Secretaria de Viação, fabricação e promoção do sistema ônibus brasileiro, in Anísio Brasileiro; Etienne Henry (Orgs.), *Viação ilimitada: ônibus das cidades brasileiras*. São Paulo: Cultura, 1999, p. 53.

⁴⁴⁹ O Estado do Rio de Janeiro começou a operar bondes em 1892, atingindo uma das mais extensas redes do mundo (Anísio Brasileiro; Etienne Henry, Secretaria de viação, fabricação e promoção do sistema ônibus brasileiro, cit., p. 53).

conjuntamente com outros serviços essenciais como água, eletricidade, gás, telefonia e telégrafos.⁴⁵⁰

Tais empresas exerciam a maior parte das atribuições regulatórias. Definiam tarifas e itinerários, submetendo-os à aprovação do ente estatal. Além dos prazos longos concedidos para a exploração do serviço, que possibilitava às empresas obter retorno dos investimentos em infra-estrutura, o Poder Público concedia benefícios para que o setor empresarial importasse equipamentos e material rodante, além de garantir juros altos para os investimentos ferroviários.⁴⁵¹

Enquanto os bondes ocupavam as áreas centrais das cidades, as “lotações” (veículos de pequeno porte) surgiram nas áreas periféricas, até que, aos poucos, foram ocupando o espaço urbano antes dominado pelo serviço de bonde, que já entrava em declínio⁴⁵². A principal característica do serviço de transporte que começou a se estruturar nas regiões afastadas dos centros urbanos, e que viria a substituir os bondes, era o fato das empresas se organizarem em torno da unidade familiar, como salientam Etienne Henry e Anísio Brasileiro, sendo essa a base da viação tradicional existente no país.⁴⁵³

Nas décadas de 50 e 60, a regulamentação do serviço de transporte coletivo realizado pelas lotações e viações estava sob a responsabilidade das Municipalidades⁴⁵⁴. Tal aspecto não livrou a regulação aplicada ao serviço de transporte coletivo de problemas. Com o afastamento do capital privado estrangeiro da prestação do serviço, muitos Municípios tiveram que assumir a operação, sem que possuíssem recursos suficientes e capacidade de organização.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ Foi o caso da operadora americano-canadense Light.

⁴⁵¹ Anísio Brasileiro; Etienne Henry, *Secretaria de viação, fabricação e promoção do sistema ônibus brasileiro*, cit., p. 60.

⁴⁵² Anísio Brasileiro e Etienne Henry realizaram um levantamento histórico sobre a origem dos bondes elétricos em 41 cidades brasileiras e informam que os primeiros sistemas de bondes elétricos a serem extintos no Brasil foram os de Piraju e Sacramento em 1937. Os sistemas de São Paulo e Fortaleza saíram do poder da iniciativa privada para o controle público em 1947 (*Secretaria de viação, fabricação e promoção do sistema ônibus brasileiro*, cit., p. 60).

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 83.

Ademais, era comum que os Municípios assumissem a operação das linhas deficitárias, embora tal ocorrência não tenha se manifestado em todas as cidades, ao invés de instaurar um modelo regulatório que permitisse distribuir tais faixas de mercado entre os operadores privados⁴⁵⁶. Anísio Brasileiro e Etienne Henry asseveram, contudo, que o papel do Poder Público no setor de transporte coletivo, durante muito tempo, foi funcionar como suporte ao desenvolvimento do empresariado⁴⁵⁷. Em capitais como Curitiba e Belo Horizonte, a ausência do Poder Público na operação direta do serviço não impediu que a atividade de tutela do Estado em relação ao serviço fosse realizada com eficiência.

A concorrência desleal proporcionada pelo transporte informal é outro problema da regulação. Segundo o referido relatório do Ministério das Cidades, sem que haja controle sobre a informalidade por parte do Poder Público, os proprietários de *vans* e *kombis* se auto-regulam por meio de associações ou cooperativas. Desse modo, com o passar do tempo, definem o preço da tarifa, fixam reserva de mercado, dividem entre si os pontos de parada, montam terminais particulares e vedam o ingresso de novos operadores. Ademais, elegem as linhas mais rentáveis e deixam de conduzir passageiros com gratuidades e isenções.

Joaquim José Guilherme de Aragão e outros⁴⁵⁸ chegaram a algumas interessantes conclusões sobre mudanças a serem implementadas na regulação dos serviços de transporte público urbano, que merecem registro. A primeira aponta que, ante as peculiaridades do mercado de transporte público, a competição pelo usuário não pode ser tão ampla, em vista da relevância pública do serviço, das limitações do espaço viário, que obrigam a uma política de segmentação, utilizando veículos de porte pequeno, e em face da dificuldade de acesso de grande parcela da população.

Afirmam ainda ser recomendável adotar uma política de diversificação e segmentação, uma vez que terá a potencialidade de atrair novos usuários para o setor. Mas

⁴⁵⁶ Conforme Anísio Brasileiro e Etienne Henry a cidade de Curitiba escapou da regra, ao estimular o setor privado a investir nos veículos “biarticulados” e nas “estações-tubo” (Anísio Brasileiro; Etienne Henry, Secretaria de viação, fabricação e promoção do sistema ônibus brasileiro, cit., p. 87).

⁴⁵⁷ Anísio Brasileiro; Etienne Henry, Secretaria de viação, fabricação e promoção do sistema ônibus brasileiro, cit., p. 88.

⁴⁵⁸ Joaquim José Guilherme de Aragão et al., Construindo modelos de relações institucionais e reguladoras no transporte público urbano, cit., p. 52-55.

a cautela orienta restrições a tal prática, caso haja ameaças à rede básica de serviço público e congestionamento de vias.⁴⁵⁹

Sugerem, outrossim, a cooperação entre serviços de transporte coletivo de linha e outros segmentos de transporte, como táxi, transporte escolar e fretado. No campo da organização empresarial, as perspectivas apontam no sentido de que a reestruturação do setor gere concentração empresarial. Todavia, pequenas empresas continuariam a ser importantes para a prestação de serviços diversificados, enquanto operadores individuais poderiam formar cooperativas ou associações empresariais mais complexas.⁴⁶⁰

7.6 O transporte coletivo urbano de passageiros sobre pneus e a inclusão social

Pesquisa sobre a mobilidade urbana na população de baixa renda, realizada no ano de 2004 pelo Instituto de Desenvolvimento e Informação em Transporte (ITRANS), oferece um quadro das dificuldades de acesso ao transporte público enfrentadas pela população brasileira. O relatório menciona resultado da pesquisa nacional por amostragem domiciliar realizada pelo IBGE em 2001, apontando que 45% da população urbana total brasileira possui renda mensal familiar de até 3 salários mínimos⁴⁶¹. Outra pesquisa desenvolvida em 2002 pela então Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República (SEDU-PR), sobre os usuários habituais por modo de transporte coletivo e classes sociais, mostra que apenas 27% dos usuários de ônibus municipal pertencem às classes econômicas mais pobres (D e E).⁴⁶²

Comparando-se tais informações, causa estranheza o fato de ser baixo o índice de utilização do transporte coletivo pelas pessoas mais necessitadas, quando a maioria da população urbana recebe até 3 salários mínimos (45%, como indicou a pesquisa do IBGE).

⁴⁵⁹ Joaquim José Guilherme de Aragão et al., Construindo modelos de relações institucionais e reguladoras no transporte público urbano, cit., p. 53.

⁴⁶⁰ O Ministério das Cidades aponta o risco de tais cooperativas passarem a substituir o Poder Público no controle do serviço, além de assegurar em seu favor privilégios de linhas, pontos de parada e vantagens tarifárias (Alexandre de Ávila Gomide; Carlos A. Morales; Luiz Carlos Bertotto, *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.).

⁴⁶¹ Instituto de Desenvolvimento e Informação em Transporte (ITRANS), *Mobilidade e pobreza: pesquisa sobre a mobilidade urbana na população de baixa renda*, Relatório final 2004, [Brasília], 2004, p. 11.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 9.

Dados coletados a partir daí pelo ITRANS de residentes nas regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Recife confirmam tal ocorrência, principalmente em razão da dificuldade de acesso da população aos meios de transporte coletivos, por falta de recursos. Também foram constatados outros problemas que levam a população mais carente a abandonar o transporte coletivo, relacionados com o tempo de espera nas paradas e o reduzido número de veículos para atender a determinada localidade.

Uma das pesquisas do ITRANS, de julho de 2003, aponta que de um total de 113 famílias residentes na Região Metropolitana de São Paulo, com renda abaixo de 3 salários mínimos mensais, 52,2% têm problemas em pagar o preço da passagem. Nas demais regiões metropolitanas, as dificuldades em suportar o custo do transporte foram as seguintes: Região Metropolitana do Rio de Janeiro: 42,2%, de 109 famílias consultadas; Região Metropolitana de Belo Horizonte: 58,3%, de 144 famílias consultadas; Região Metropolitana de Recife: 64,9%, de 174 famílias consultadas. Entre os membros das famílias estudadas, há pessoas com e sem trabalho.

Apurou-se ainda que os trabalhadores de baixa renda são os menos beneficiados com os auxílios disponíveis, incluindo o vale-transporte. Nesse último caso, isso se dá porque a maior parte das pessoas que se insere na faixa de renda inferior a 3 salários mínimos mensais se encontra em ocupações informais. O relatório conclui que aproximadamente 2/3 da população pesquisada (com renda abaixo de 3 salários mínimos mensais) não recebe auxílio para os seus deslocamentos. O vale-transporte é utilizado por cerca de 10% da população de baixa renda da Região Metropolitana de Recife e por quase 20% na Região Metropolitana de São Paulo.⁴⁶³

A análise dos dados conduz à suspeita de que grande parte dos vales-transportes entregues aos trabalhadores pode estar sendo vendida por eles no mercado paralelo (os “passes” são vendidos a um preço mais barato e as pessoas mais pobres os adquirem⁴⁶⁴). É

⁴⁶³ Instituto de Desenvolvimento e Informação em Transporte (ITRANS), *Mobilidade e pobreza: pesquisa sobre a mobilidade urbana na população de baixa renda*, Relatório final 2004, cit., p. 15.

⁴⁶⁴ A pesquisa aponta que 40% de um total de 85 famílias consultadas na Região Metropolitana de São Paulo compram vales-transportes de “segunda mão” mais em conta (Instituto de Desenvolvimento e Informação em Transporte (ITRANS), *Mobilidade e pobreza: pesquisa sobre a mobilidade urbana na população de baixa renda*, Relatório final 2004, cit., p. 16).

comum que os vales-transportes sejam vendidos para comprar alimentos⁴⁶⁵. A pesquisa demonstrou também grande número de beneficiários de isenções (gratuidades) na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, superior três vezes à média das demais regiões metropolitanas (São Paulo, Recife e Belo Horizonte).

A pesquisa constatou ainda que a maioria da população das regiões metropolitanas citadas, com renda familiar até 3 salários mínimos, se desloca mais pelo modo ônibus (média de 50%) e a pé (média de 20%). O metrô é utilizado em percentual bem inferior (média de 10%).

O transporte, ao lado do desemprego, violência, saneamento, infra-estrutura e saúde é apontado como um dos principais problemas nos bairros ou locais de residência pesquisados⁴⁶⁶. Embora a população tenha apresentado mais queixas (entre 50% e 60%) reclamando da ausência de transporte que chegue até o local de sua residência, deixando para segundo lugar os pedidos quanto à redução do preço da passagem (30% a 40%), os analistas do ITRANS afirmam que tal resultado não significa que o valor da tarifa não esteja comprometendo a qualidade de vida das famílias pesquisadas, mas sim que as dificuldades relacionadas com a oferta e o acesso a tais serviços são mais urgentes.

A menção detalhada aos dados da pesquisa realizada pelo ITRANS teve como finalidade mostrar que há uma parcela considerável da população de baixa renda que precisa de auxílio público para fazer uso do transporte coletivo. A mobilidade de tal camada social está comprometida, impedindo o usufruto de direitos sociais básicos como ensino, saúde⁴⁶⁷, lazer e trabalho. O transporte desponta em tal contexto como um meio necessário para que tais direitos fundamentais possam ser exercidos.

As propostas de solução para o problema da exclusão social originadas de dificuldades relacionadas com a mobilidade serão abordadas mais à frente nos itens que tratarão do vale-transporte e dos subsídios diretos aos usuários, no capítulo seguinte.

⁴⁶⁵ Instituto de Desenvolvimento e Informação em Transporte (ITRANS), *Mobilidade e pobreza: pesquisa sobre a mobilidade urbana na população de baixa renda*, Relatório final 2004, cit., p. 23.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁶⁷ A pesquisa do ITRANS relata que o problema maior está na falta de transporte para a população carente ser atendida nos hospitais públicos, em situações de emergência. Geralmente utilizam “carona” ou pedem auxílio de viaturas policiais. O acesso à escola não figura como o mais grave, em vista da expansão de estabelecimentos escolares nos bairros, possibilitando o acesso a pé.

8 GRATUIDADES E SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS

8.1 Noção de gratuidade

O significado do vocábulo “gratuidade” não enseja dúvidas: “gratuidade” é a qualidade do que é “gratuito”, ou seja, do que “é feito ou dado de graça”⁴⁶⁸. Em relação ao tema serviço público, a gratuidade é tratada como princípio em vias de extinção, como veremos adiante, bem como um benefício atribuído a certa categoria de usuários dos serviços públicos onerosos.

É relevante outrossim enfatizar que o conceito de gratuidade está relacionado com o dever do usuário de pagar o serviço (hipótese em que o serviço não será gratuito) ou da sua desoneração (situação que leva a definir o serviço como “gratuito”). Como se discutirá adiante, não existe serviço público sem custo. Portanto, a gratuidade não se estabelece em relação ao serviço, estando conectada à atribuição ou não de ônus ao usuário.

8.2 As gratuidades na Constituição Federal de 1988

A Carta Constitucional contém preceitos que estabelecem de forma direta gratuidades em casos especiais, normas que garantem à população o fornecimento gratuito de serviços sociais relevantes, na medida que autorizam o Estado a financiá-los, e ainda regras que autorizam o Estado a promover ações de assistência social que podem incluir o acesso gratuito a determinados serviços, enquanto tal proteção for necessária para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

No primeiro caso, estão as hipóteses da garantia de transporte gratuito ao idoso⁴⁶⁹, as previsões de isenção de despesas decorrentes do manejo de medidas judiciais

⁴⁶⁸ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa ilustrado*, 11. ed., Rio de Janeiro; São Paulo: Civilização Brasileira, 1967.

⁴⁶⁹ “Artigo 230 - (...) § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.”

necessárias à garantia dos direitos de locomoção e de informação, bem como de assistência jurídica aos carentes de recursos⁴⁷⁰, e a gratuidade relativa ao registro de atos da vida civil.⁴⁷¹

Na segunda categoria, estão os serviços de ensino público fundamental e médio⁴⁷² e os serviços públicos de saúde. Quanto ao ensino, o inciso IV do artigo 206 prevê expressamente a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. O artigo 211 preceitua que o ensino será financiado com a receita resultante dos impostos, cabendo à União destinar anualmente pelo menos 18% do total, enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios nunca poderão destinar menos que 25%.

Os serviços de saúde, juntamente com a previdência e assistência social, são financiados por toda a sociedade⁴⁷³, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das receitas provenientes das contribuições sociais, conforme o artigo 195 do Texto Constitucional.

Consoante o artigo 198 da Magna Carta, as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único, por meio do qual será assegurado atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, inc. II da CF).

No terceiro grupo, estão as normas constitucionais, por meio das quais se pode ampliar as hipóteses de gratuidades, com vistas a suprir necessidades sociais. É o caso do artigo 23, inciso X, que estabelece ser competência comum dos entes federativos combater

⁴⁷⁰ “Artigo 5º - (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...) LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania;”

⁴⁷¹ “Artigo 5º - (...) LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito;”

⁴⁷² “Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;”

⁴⁷³ José Afonso da Silva utiliza o termo “princípio da solidariedade nacional” ao se referir ao artigo 195, *caput*, na parte em que menciona o financiamento da seguridade social por toda a sociedade. Ressalta não se saber como a sociedade poderá financiar a seguridade de forma *direta*. O financiamento por meio dos impostos, como prevê o dispositivo, não é *direto*, mas *indireto* (*Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 764).

as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; e do *caput* do artigo 194, que define a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social⁴⁷⁴. Esse último artigo é complementado pelo artigo 203, que preceitua que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Entre as hipóteses passíveis de serem agrupadas no terceiro bloco, está ainda a faculdade atribuída aos Estados e ao Distrito Federal de vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até 0,5% de sua receita tributária líquida (art. 204, parágrafo único da CF) e a possibilidade de criação de programas suplementares de atendimento ao educando no ensino fundamental, por meio de fornecimento de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, inc. VII da CF).

8.3 A gratuidade dos serviços públicos

Os serviços de educação e saúde – que para parte da doutrina são considerados serviços públicos não-privativos do Estado, enquanto outra linha de pensamento os identifica como “serviços sociais”⁴⁷⁵ –, quando prestados pelo Estado, são abrangidos integralmente pela gratuidade, em face da relevância do bem jurídico para a comunidade (saúde e educação)⁴⁷⁶. Além disso, qualquer cidadão, independentemente da sua capacidade econômica ou de suas condições físicas, pode usufruir dos referidos serviços, que são disponibilizados a toda a sociedade (quando prestados pelo Estado).

Segundo Ricardo Lobo Torres⁴⁷⁷, a Constituição Federal de 1988 fez distinção entre as atividades de saúde que se referem à proteção do “mínimo existencial” e dos

⁴⁷⁴ Para José Afonso da Silva, a seguridade social abrange a proteção à maternidade, à infância e também a assistência aos desamparados, além de outros objetos, como a proteção aos deficientes físicos. Os incisos do artigo 203 indicam também a proteção à família, à adolescência, à velhice e à integração ao mercado de trabalho (*Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 781).

⁴⁷⁵ Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, cit., p. 81.

⁴⁷⁶ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços de educação, saúde, previdência e assistência social não poderão ser prestados exclusivamente por terceiros. O artigo 196 da Constituição Federal posiciona a saúde como um dever do Estado e o artigo 6º da Carta Constitucional insere a saúde entre os direitos sociais (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 652).

⁴⁷⁷ Ricardo Lobo Torres, *A fiscalidade dos serviços públicos no estado da sociedade de risco*, in Heleno Taveira Tôres, *Serviços públicos e direito tributário*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 145.

pressupostos imprescindíveis ao existir, quais sejam, “medicina preventiva”, “vigilância sanitária e epidemiológica”, que são fornecidas gratuitamente, e as que se inserem na categoria dos direitos sociais, a saber, a “medicina curativa”, cuja manutenção pode se dar mediante contribuições.

O artigo 43 da Lei n. 8.080, de 19.09.1990, que regula as ações e serviços de saúde executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado (art. 1º), estabelece, *in verbis*: “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.”⁴⁷⁸

Os serviços públicos prestados sob regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF), por sua vez, em geral submetidos a um regime tarifário, pressupõem o pagamento de tarifas pela maior parte dos cidadãos que dele fazem uso. Além disso, são fornecidos em regra por empresas do setor privado, que “exploram” a atividade sob sua conta e risco. Por tal motivo, apenas alguns usuários serão beneficiários da gratuidade.

Há ainda a possibilidade do Poder Público, ao invés de outorgar a prestação do serviço público a terceiros, prestá-lo diretamente. Nesses casos, podem ocorrer as seguintes situações: (i) o serviço é custeado inteiramente pelos recursos públicos provenientes dos impostos; (ii) a atividade é remunerada mediante a cobrança de taxa⁴⁷⁹; (iii) a atividade,

⁴⁷⁸ Ricardo Lobo Torres critica o modelo de gratuidade do sistema de saúde pública, por ter contribuído para a transferência do seu financiamento a terceiros via “contribuições exóticas exigidas das empresas”, por levar a classe média a aderir aos planos de saúde. Completa afirmando que o anunciado “acesso universal, gratuito e igualitário às ações e serviços de saúde é utópico”, originando nos cidadãos expectativas que não podem ser satisfeitas. Conforme salienta, os serviços públicos de “medicina curativa” estão condicionados a escolhas orçamentárias nem sempre suficientes para cobrir os investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos que atendam a toda a população (A fiscalidade dos serviços públicos no estado da sociedade de risco, cit., p. 127).

⁴⁷⁹ Não ingressaremos nos debates que as “taxas” suscitam no meio jurídico que, além de complexos, não interferem diretamente com o tema desta dissertação. Limitar-nos-emos a expor a noção geral do instituto que, diferentemente dos impostos, é fixado em relação aos serviços públicos que podem ser objeto de fruição individual; é também necessário identificar nos serviços as características de especificidade e de divisibilidade. O artigo 145 da Constituição Federal de 1988 dispõe: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.”

mesmo prestada diretamente pelo Estado, é remunerada por meio de tarifa⁴⁸⁰. No primeiro caso, o serviço é gratuito para o usuário. Nas duas outras situações, o serviço não será gratuito para a maioria dos usuários, mas poderão ser estabelecidas gratuidades para alguns.

Joana Paula Batista⁴⁸¹ entende que, nas hipóteses em que a Constituição Federal ou lei infraconstitucional tenha determinado a prestação de certo serviço público gratuitamente, o Estado não poderá delegar sua prestação ao particular, sob pena de desvio de finalidade. No caso, se o serviço previsto para ser prestado gratuitamente for submetido ao regime de concessão ou permissão, haverá um custo adicional consistente no “lucro” do particular, o que acarretará maior onerosidade, em prejuízo do contribuinte, caso não seja cobrada taxa ou tarifa, ou do usuário, se for exigida contraprestação específica dele.

8.4 A gratuidade no transporte coletivo urbano de passageiros sobre rodas

O serviço de transporte coletivo urbano de passageiros sobre rodas é um serviço público municipal, prestado em geral mediante concessão ou permissão a particulares, submetendo-se à Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95). Por tal motivo, adota, em regra, um regime de remuneração tarifado, não raro complementado por subsídios do Poder Público.

Os usuários de tal espécie de serviço público municipal são, na sua grande maioria, pessoas de poucos recursos econômicos. Tal circunstância, aliada ao fato de que nas grandes cidades, especialmente nas que não dispõem de outros serviços de transporte (como metrô, por exemplo), o transporte por ônibus é o único meio de deslocamento, posicionam as reduções tarifárias (tarifas reduzidas que não remuneram o custo do serviço) e gratuidades como questões irrenunciáveis na definição da política tarifária a ser

⁴⁸⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto faz referência aos serviços de abastecimento de água ou de captação e tratamento de esgotos realizados em alguns municípios diretamente por autarquias ou por sociedades de economia mista municipais, porém remunerados por meio de tarifas cobradas dos usuários (Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, cit., p. 340).

⁴⁸¹ Joana Paula Batista, *Remuneração dos Serviços Públicos*, cit., p. 46.

implementada. Por tal razão, o Estado geralmente participa fornecendo suporte financeiro a tais serviços.

Tais reduções e gratuidades, concedidas no serviço de transporte coletivo com o objetivo de inclusão social, não se confundem com as de caráter comercial. É o caso de descontos tarifários ou gratuidades admitidos durante certos períodos, com o objetivo de atrair maior clientela. A análise de tais benefícios, contudo, envolve aspectos econômicos que não serão objeto deste trabalho. Interessa, por outro lado, asseverar que sua aplicação deverá observar a critérios que não criem desigualdades entre os usuários.

8.5 Gratuidade e subsídios públicos

Em se tratando de serviços concedidos, é pertinente introduzir uma opinião ponderada quanto ao financiamento mediante subsídios. Ela vem de Marçal Justen Filho⁴⁸², que entende que antes de se recorrer aos subsídios públicos, o ideal é compensar os encargos contratuais do concessionário por meio de medidas internas à concessão. Tais providências, além de assegurarem a autonomia financeira da concessão, poupam recursos públicos. São elas: elevação das tarifas; prorrogação do prazo da concessão; redução de investimentos; redução dos padrões de qualidade; e dispensa de “taxa de outorga” ou encargo equivalente imposto ao concessionário.⁴⁸³

A majoração tarifária poderá encontrar problemas na sua implementação, que poderão ser de origem econômica, em face de eventual política adotada pelo Poder Público no sentido de evitar a elevação das tarifas; mas principalmente de natureza social, tendo em vista a essencialidade do serviço e a baixa capacidade contributiva da maior parte dos usuários.

⁴⁸² Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 405.

⁴⁸³ “Assim, numa concessão de exploração de rodovia, pode transferir-se a realização de obras de duplicação, remetendo-as para época posterior; numa concessão de transporte de passageiros, é possível elevar a idade média da frota; numa concessão de serviços de telecomunicação, podem ser adiadas exigências relacionadas com a universalização do serviço.” (Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 405).

Há ainda as questões de natureza jurídica, nas situações em que o aumento do encargo do concessionário tiver como causa a concessão de gratuidades a determinadas categorias de usuários, que deverão ser avaliadas em face do princípio da igualdade. Tais questões serão analisadas mais adiante. Adianta-se que no sistema de subsídios cruzados, as gratuidades ou reduções tarifárias são compensadas mediante um financiamento interno ao próprio serviço, por meio do qual as tarifas pagas cobrem os déficits gerados pelos descontos ou isenções de que se beneficiam alguns usuários.

Não é demais rememorar que o artigo 17 da Lei n. 8.987/95 prevê expressamente a possibilidade de serem concedidos subsídios, desde que previamente autorizados por lei e à disposição de todos os concorrentes⁴⁸⁴. O artigo 11 do mesmo diploma legal também é considerado pela doutrina como fundamento para a concessão de subsídios⁴⁸⁵. A admissibilidade de contraprestação da Administração pública ao parceiro privado está prevista, outrossim, na recente Lei n. 11.079/2004, que trata das parcerias público-privadas, na modalidade de “concessão patrocinada”.

Nas hipóteses em que o regime de concessão é adotado sem qualquer ônus para o usuário, ou seja, com o Poder Público suportando todo o ônus da remuneração ao concessionário, liberando o usuário de qualquer contraprestação, o serviço será gratuito. Não é contudo o que comumente ocorre nas concessões de serviços públicos. O sistema normalmente usado é o misto, em que o usuário paga uma tarifa, que pode ser fixada em valor inferior ao custo médio do serviço, dependendo da política tarifária adotada, e o Poder Público subsidia uma parte. O subsídio estatal pago diretamente ao concessionário poderá servir para cobrir os encargos dele com gratuidades para segmentos específicos de usuários, com investimentos e com reduções tarifárias previstas como medidas de política tarifária.

⁴⁸⁴ Marçal Justen Filho menciona a possibilidade do Estado “indenizar” o concessionário em dinheiro pelo acréscimo de encargos ou diminuição de vantagens, ou entregar ao concessionário bem público distinto de moeda, por meio de dação em pagamento (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 407).

⁴⁸⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto, *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*, cit., p. 346. Ver item 6.3.

8.6 Custeio público das gratuidades, princípios da administração pública e normas constitucionais sobre finanças públicas

A opção da Administração pública voltada a financiar, via recursos públicos, as gratuidades, importa em observância dos princípios da administração pública e dos princípios e regras constitucionais contidos no artigo 165 da Constituição Federal de 1988. Recorremos mais uma vez a Marçal Justen Filho⁴⁸⁶ que, mesmo admitindo possa o Estado subsidiar o concessionário nos casos em que seja preciso suprir necessidades fundamentais, como atendimento das pessoas necessitadas, ressalta que o “regime jurídico dos subsídios” comporta a atenção a dois princípios, o da indisponibilidade do interesse público e o da isonomia, e a um terceiro aspecto, o regime de remuneração mediante tarifa que, de acordo com o seu entendimento, integra a lógica do instituto da concessão, não podendo, por tal motivo, ser alterado em sua substância pela aplicação de um regime de subsídios.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁸⁷, implica em reconhecer que os interesses públicos não podem ser apropriados (nem os bens estatais, como pondera Marçal Justen Filho⁴⁸⁸). Desse modo, a princípio, qualquer encargo público requer uma contrapartida. Mas tal restrição não impede o Estado de dar cumprimento a outros objetivos fundamentais da República, entre os quais a redução das desigualdades regionais e a eliminação da pobreza (art. 3º, incs. II e III da CF), bem como conceder incentivos como medida de fomento econômico ou subsídios para promover determinadas atividades de interesse coletivo.⁴⁸⁹

O princípio da isonomia em relação aos subsídios importa considerar que por meio de auxílios a determinadas pessoas ou atividades, se está conferindo um tratamento diferenciado em relação aos demais cidadãos. Tal fato, entretanto, não obsta os subsídios, pelos mesmos motivos aduzidos no parágrafo anterior, ou seja, para dar efetivação a direitos fundamentais.

⁴⁸⁶ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 338.

⁴⁸⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 62.

⁴⁸⁸ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 338.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 338.

A terceira causa de restrição, ou seja, a necessidade de implantar um regime de concessão que estimule a eficiência e se sustente com o pagamento de tarifa pelos usuários – o que, em um primeiro momento, pode se ver comprometido se o Poder Público assume a obrigação de remunerar o serviço público⁴⁹⁰ – também não impede a inclusão de subsídios no regime da concessão. Os eventuais questionamentos sobre a pertinência ou não dos subsídios situam-se no âmbito dos efeitos econômicos.

Como salientado nos tópicos anteriores, em que se abordou a questão dos serviços públicos prestados sem ônus para o usuário, seja por meio de prestação direta pelo Estado, seja através de serviços públicos delegados mediante regime de remuneração subsidiado inteiramente pelo Poder Público, ou ainda nos casos em que os serviços públicos concedidos são parcialmente subsidiados, a destinação dos recursos públicos deverá observar os ditames constitucionais pertinentes às finanças públicas, bem como as diretrizes traçadas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101, de 04.05.2000).

O artigo 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabelece que suas disposições obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Carlos Valder do Nascimento aponta os princípios básicos da gestão fiscal que a lei em comento visa garantir: prevenção de déficits, prudência fiscal, segurança, planejamento e publicidade ou transparência.⁴⁹¹

O artigo 17 dessa lei, ao ditar as regras das “despesas obrigatórias de caráter continuado”, sujeitando-as à previsão antecipada em lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, se aplica às situações em que o serviço público é prestado de forma direta pelo Estado. A norma em destaque remete ao artigo 16, inciso I da LRF, que prevê que criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa deverá ser acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes.

Os subsídios públicos se enquadram na previsão do artigo 26 da LRF, que trata de recursos públicos destinados ao setor privado. Preceitua que a destinação de recursos para,

⁴⁹⁰ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 339.

⁴⁹¹ Ives Gandra da Silva Martins; Carlos Valder do Nascimento (Orgs.), *Comentários à Lei de responsabilidade fiscal*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas, deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

A Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), ao vedar a prática de subsídios cruzados (art. 70), admitindo-os apenas excepcionalmente, enquanto não fosse criado fundo específico (art. 81, parágrafo único, I), inovou, ao prever que as despesas decorrentes das obrigações de universalização dos serviços de telecomunicações, que não possam ser recuperadas com a exploração eficiente do serviço, serão financiadas por um dos seguintes meios (art. 81): Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (inc. I); fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado (inc. II).

O fundo a que se refere o inciso II do artigo 81 da Lei n. 9.472/97 foi criado através da Lei n. 9.998, de 17 de agosto de 2000 (FUST) e prevê o aporte de recursos do setor público – “dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais” (art. 6º, inc. I); recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), criado pela Lei n. 5.070/66 (art. 6º, inc. II); preço público de outorga cobrado pela ANATEL (art. 6º, inc. III) – bem como contribuição privada de 1% incidente sobre a receita operacional bruta das operadoras (art. 6º, inc. IV).

A criação de fundos especiais com receitas integralizadas por recursos públicos e privados é uma forma de direcionar a aplicação, notadamente das verbas públicas, com vistas à cobertura de deveres de universalização e gratuidades. O artigo 167, inciso IV da Carta Magna veda, é bem verdade, a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as situações ali previstas, relacionadas ao atendimento dos sistemas de saúde, ensino e os serviços de administração tributária.

Contudo, a lei instituidora do fundo pode, a exemplo do que fez o legislador em relação ao FUST (Lei n. 9.998/2000), prever como possível que dotações públicas venham a constituir receitas do fundo por ato discricionário do Poder Público e, adicionalmente, captar outras verbas públicas – que não sejam provenientes de impostos – para compô-lo, como as taxas de fiscalização eventualmente cobradas pela Administração concedente, os

valores cobrados dos concessionários a título de outorga e contribuições das próprias empresas. Podem também constituir receita dos fundos os ganhos de eficiência do parceiro privado, cuja repartição com o parceiro público tenha sido prevista em contrato.

8.7 Subsídios diretos ao usuário: vale-transporte e benefícios da assistência social

A necessidade de financiar os transportes coletivos por outros meios que não as tarifas e os subsídios públicos tem levado os países desenvolvidos, nos anos mais recentes, a buscar recursos dos beneficiários indiretos do serviço público de transporte urbano⁴⁹². São classes de cidadãos que usufruem das externalidades positivas geradas pelo sistema de transporte público, como os empregadores, comerciantes e proprietários de imóveis⁴⁹³. As externalidades negativas resultantes dos congestionamentos proporcionados por automobilistas têm também justificado a defesa da imposição de taxas que onerem os proprietários de veículos automotores.

Os empregadores são especialmente favorecidos por um sistema regular de transporte público que funcione como meio de deslocamento da maior parte da classe trabalhadora. Na França, os empregadores participam intensamente do financiamento dos transportes coletivos, contribuindo de duas formas: (i) custeando metade do valor das passagens de seus empregados; (ii) por meio do pagamento do *versement transport*, ou seja, de uma taxa sobre os salários pagos pelas empresas cujo quadro de funcionários ultrapasse nove trabalhadores, e uma vez que estejam localizadas no interior do perímetro

⁴⁹² Anabela Maria Bello da S. B. de Figueiredo Marcos, *O financiamento dos transportes colectivos urbanos*, cit., p. 169. O financiamento a cargo dos beneficiários indiretos é razoável como opção mais justa para cobrir déficits e investimentos das empresas operadoras do que a utilização dos subsídios públicos, que sacrificam uma parte da população que não auferem benefícios na mesma intensidade que os comerciantes ou que não causa tantos prejuízos, como os proprietários de veículos automotores (aumento dos níveis de poluição, congestionamentos etc.).

⁴⁹³ Anabela Maria Bello da S. B. de Figueiredo Marcos cita a base de incidência e respectivos beneficiários indiretos da “taxa” que proporcionaria a “internalização” das externalidades geradas pelo sistema de transporte coletivo, a saber: (i) sobre a massa salarial, na hipótese dos empregadores; (ii) sobre o uso da rede viária e sobre o período de permanência em zonas urbanas de grande movimento, em se tratando dos automobilistas; (iii) sobre as vendas, no caso dos comerciantes; (iv) sobre a “volumetria” dos imóveis e “acessibilidade do local”, para os que fazem uso da propriedade imobiliária (*O financiamento dos transportes colectivos urbanos*, cit., p. 171).

urbano dos transportes⁴⁹⁴. O valor máximo da taxa oscila entre 0,55% para determinadas regiões, e 2,2% para outras.

No Brasil, foi criado o *vale-transporte* por meio da Lei n. 7.418, de 16.12.1985, posteriormente alterada pela Lei n. 7.619, de 30.09.1987, e disciplinado pelo Decreto n. 95.247, de 17.11.1987. O benefício é uma forma de “subsídio direto”⁴⁹⁵ financiado pelos empregadores, uma vez que o usuário trabalhador sofre desconto de no máximo 6% em sua remuneração do valor despendido com transporte (art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.418/85). Como benefício social e como instrumento de garantia do comparecimento assíduo de um grupo de usuários que assegure o aporte de receita para o sistema, o vale-transporte tem deixado a desejar.⁴⁹⁶

Todavia, como os recursos de financiamento do vale-transporte provêm de outra fonte que não subsídios públicos ou tarifas pagas pelos usuários, constituem um auxílio social importante e uma ajuda financeira considerável para o sistema de transporte público. No entanto, o custo que o financiamento do vale-transporte gera para o empresário é repassado para os preços dos produtos, fazendo com que a população que os adquire participe de uma forma indireta de seu financiamento. Além disso, a obrigação de custear o benefício leva os agentes econômicos a buscar formas de se furta ao seu pagamento.

⁴⁹⁴ Anabela Maria Bello da S. B. de Figueiredo Marcos, *O financiamento dos transportes colectivos urbanos*, cit., p. 173. A autora destaca que, a partir de 1973, o *versement transport* passou a financiar não apenas o deslocamento domicílio-trabalho, mas também os investimentos e os prejuízos advindos da exploração da atividade. Em relação à citada taxa, há ainda três aspectos interessantes que acirram o debate: (i) apesar das críticas à utilização do montante correspondente à sua arrecadação nos déficits da exploração, é fato que as empresas se beneficiam do transporte coletivo não apenas para o deslocamento de seus empregados, mas também pelo deslocamento das pessoas em geral na cidade para efetuarem compras; (ii) o valor desembolsado pelos empregadores para tal fim é repassado para o preço dos produtos que comercializam, além de repercutir no valor remuneratório pago aos empregados (efeito redistributivo repartido com os empregados e população em geral); (iii) ao gerar um compromisso financeiro maior para as empresas, o *versement transport* não serve de estímulo ao emprego.

⁴⁹⁵ Termo utilizado por Alexandre de Ávila Gomide, Carlos A. Morales e Luiz Carlos Bertotto (*Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.).

⁴⁹⁶ As dificuldades que acompanham a realização do benefício são enumeradas Alexandre de Ávila Gomide, Carlos A. Morales e Luiz Carlos Bertotto (*Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*, cit.); Antônio Maurício Ferreira Netto (O papel da regulação: direito ao transporte e a mobilidade urbana sustentável: instrumento de combate à pobreza pela inclusão, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 25, n. 100, p. 69, 3. trim. 2003) e Emiliano Stanislau Affonso; Ronaldo da Rocha, Financiamento: recursos e financiamento para o transporte público, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 25, n. 100, p. 99-100, 3. trim. 2003). Entre elas, estão: fiscalização deficiente; benefício que não atinge a massa de desempregados; fraudes no seu uso; a concessão do seu valor em pecúnia para funcionário público da União (auxílio-transporte previsto na MP n. 2.165-36, de 23.08.2001). Sugerem a assinatura de convênios entre o Ministério do Trabalho e os Municípios para a fiscalização do vale-transporte.

Outro fator relevante a ser considerado é que os cidadãos que residem em áreas mais distantes do local de trabalho são discriminados no momento da contratação, por utilizarem, em geral, um ou mais transportes, o que gera despesas adicionais para o empregador. Esse é um dos motivos que levam as municipalidades, como o Município de São Paulo, a adotar a tarifação única. Contudo, a medida gera outros problemas, que serão abordados no item 8.9.

Por tal razão, é importante que seja aperfeiçoada a fiscalização da atividade empresarial. Ademais, o Poder Público deve avaliar a possibilidade de amenizar o encargo em relação a alguns setores da economia. O artigo 3º da Lei n. 7.418/85, revogado pela Lei n. 9.532, de 10.12.1997, previa a possibilidade de dedução de um percentual das despesas com vale-transporte no imposto sobre a renda.

Além do vale-transporte, que funciona como um subsídio direto ao usuário, no serviço de transporte coletivo de passageiros, não são comuns auxílios diretos de outras espécies. Como visto, em geral as gratuidades e reduções tarifárias são custeadas pelos demais usuários por meio de subsídios cruzados, ou através de subsídios públicos concedidos diretamente ao concessionário. Em ambos os casos, os recursos são internalizados na concessão. Alexandre de Ávila Gomide⁴⁹⁷ sustenta que os subsídios diretos são melhores por possibilitar que o usuário escolha a operadora que o irá transportar, estimulando a competição entre os concessionários.

Assim é que, a título de sugestão, o autor propugna a utilização dos cadastros dos programas sociais já existentes, como bolsa-escola, auxílio-gás e outros, para identificar a parcela necessitada da população, com posterior concessão de “passes gratuitos” a essas pessoas. Alberto Lima e Halley Henares⁴⁹⁸ propõem a criação do “vale transporte social (VT-S)”, que seria incluído na cesta básica dos cidadãos carentes.

Para tanto, pode o Poder Público fazer uso dos recursos de fundos já criados e cujos objetivos definidos nas leis instituidoras permitam atender a situações de carências

⁴⁹⁷ Alexandre de Ávila Gomide, Transporte urbano e inclusão social: elementos para políticas públicas, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 26, n. 103, p. 35, 3. trim. 2004.

⁴⁹⁸ Alberto Lima; Halley Henares, A tarifa, os tributos e o usuário, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27, n. 105, p. 22, 1. trim. 2005.

sociais. As gratuidades nos serviços de transporte coletivo urbano para pessoas carentes podem, a nosso ver, ser custeadas, por exemplo, pelos recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, criado pelo artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Temporárias, para vigorar até o ano de 2010. Seus objetivos, delineados no artigo 1º da Lei Complementar n. 111, de 06.07.2001, são viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência, mediante aplicação de recursos em ações suplementares de nutrição, habitação, saúde, educação, reforço de renda familiar⁴⁹⁹ e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida.

Suas receitas são provenientes de percentuais incidentes sobre o imposto sobre grandes fortunas (art. 153, inc. VII da CF), de recursos do Fundo criado pelo artigo 81 do Ato das Disposições Constitucionais Temporárias para receber os recursos resultantes de desestatizações realizadas pela União, de dotações orçamentárias e doações de qualquer natureza de pessoas físicas e jurídicas. O parágrafo único do artigo 2º prevê que aos recursos integrantes do Fundo não se aplica o disposto no artigo 159 e no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, assim como qualquer desvinculação de recursos orçamentários.

Cita-se outrossim o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), criado pela Lei n. 8.742, de 07.12.1993, que, no parágrafo único do seu artigo 2º, prevê que a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais. Há previsão também de criação do Fundo Nacional do Idoso, conforme o artigo 115 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003), que poderá receber os recursos decorrentes de multas a infrações administrativas previstas nesse diploma legal e das sanções judiciais relacionadas com ações envolvendo interesses de idosos.

⁴⁹⁹ O artigo 3º, inciso I da Lei Complementar n. 111/2001 prevê que os recursos do Fundo serão direcionados a ações que tenham como alvo famílias cuja renda per capita seja inferior à linha de pobreza, assim como indivíduos em igual situação de renda. O parágrafo 1º do artigo 3º, por sua vez, estabelece que o atendimento às famílias e indivíduos de que trata o inciso I será feito prioritariamente por meio de programas de reforço de renda, nas modalidades “bolsa escola”, para as famílias que têm filhos com idade entre 6 e 15 anos, e “bolsa alimentação”, àquelas com filhos em idade de zero a 6 anos e indivíduos que perderam os vínculos familiares.

Especificamente em relação ao serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, entre as sugestões apontadas, está o emprego de verbas do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador, criado pela Lei n. 7.998, de 11.01.1990⁵⁰⁰), para a doação de “auxílio-transporte”, juntamente com o seguro-desemprego, para os trabalhadores desempregados.⁵⁰¹

Relatório elaborado pelo ITRANS⁵⁰² alerta que o auxílio-transporte para pessoas desempregadas não surtirá o efeito desejado, ou seja, a quebra do círculo vicioso da pobreza (pobreza => baixa mobilidade => segregação socioespacial => pobreza) se elas não saírem em busca de trabalho. Por tal motivo, é importante exigir dos beneficiários, comprovação de que estão se empenhando na procura de emprego.

Proposta de Alexandre A. Gomide⁵⁰³ inclui o financiamento dos passes dos estudantes pelo orçamento das Secretarias de Educação e dos doentes em tratamentos longos pelo orçamento da saúde. Quanto a categorias especiais, como carteiros, oficiais de justiça e policiais militares, o custeio deveria se dar por meio de recursos oriundos das instituições a que pertencem.

Os estudantes podem ainda contar com os recursos dos fundos previstos no artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵⁰⁴, destinados à manutenção e ao

⁵⁰⁰ De acordo com o artigo 11 da Lei n. 7.998/90 (instituidora do FAT), constituem recursos do referido Fundo: o produto da arrecadação das contribuições devidas ao PIS e ao PASEP; o produto dos encargos devidos pelos contribuintes, em decorrência da inobservância de suas obrigações; a correção monetária e os juros devidos pelo agente aplicador dos recursos do fundo, bem como pelos agentes pagadores, incidentes sobre o saldo dos repasses recebidos; o produto da arrecadação da contribuição adicional pelo índice de rotatividade, de que trata o parágrafo 4º do artigo 239 da Constituição Federal (“O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei”); outros recursos que lhe sejam destinados.

⁵⁰¹ Antônio Maurício Ferreira Netto, O papel da regulação: direito ao transporte e a mobilidade urbana sustentável: instrumento de combate à pobreza pela inclusão, cit., p. 70.

⁵⁰² Instituto de Desenvolvimento e Informação em Transporte (ITRANS), *Mobilidade e pobreza: pesquisa sobre a mobilidade urbana na população de baixa renda*, Relatório final 2004, cit., p. 30.

⁵⁰³ Alexandre Ávila Gomide, *Mobilidade urbana e inclusão social: desafios para o transporte urbano no Brasil*, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 25, n. 100, p. 61, 3. trim. 2003.

⁵⁰⁴ O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), instituído pela Emenda Constitucional n. 14/96, foi regulamentado pela Lei n. 9.424, de 24.12.1996. A recente Medida Provisória n. 339, de 28.12.2006, criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais de Educação (FUNDEB), revogando os artigos 1º a 8º e 13 da Lei n. 9.424/96. Tais fundos são constituídos apenas com recursos públicos provenientes de impostos.

desenvolvimento da educação básica e remuneração do magistério. Tais verbas poderiam ser aplicadas em programas de transporte escolar para estudantes de baixa renda.

O ideal, por conseguinte, é que as políticas de educação, saúde, lazer, trabalho etc. incluam auxílio integral ou parcial ao transporte necessário para que a população carente possa ter acesso a tais bens e serviços essenciais.

8.8 Princípio da igualdade e sua relação com o princípio da capacidade contributiva

O princípio é de observância obrigatória em relação às gratuidades, uma vez que a concessão dos benefícios, ao mesmo tempo que libera alguns (ou todos) os usuários de ônus, implica na oneração de outros sujeitos. No caso, o encargo poderá ser imputado à população em geral (se a gratuidade for coberta por recursos públicos), ao concessionário, que terá o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato afetado, ou aos demais usuários, nas hipóteses em que o Estado decidir adotar o sistema de subsídios cruzados.

Neste tópico e nos dois que o seguem, abordaremos a situação do usuário de serviço público submetido a um regime de concessão tarifado. A finalidade é demonstrar que a tarifa por ele suportada não poderá ser fixada em valor aleatório, embutindo custos que nada têm a ver com a utilização que o usuário faz do serviço ou com melhorias no serviço (encargos suportados em regime de solidariedade, como se verá adiante). Essa questão, como se verá no item 8.10, em que trataremos do subsídio cruzado, tem a ver com as gratuidades.

Adicionalmente, porém, é fundamental considerar que, mesmo aplicando-se todas as teorias e técnicas que levem a um custo tarifário próximo ao real, pode ocorrer de o usuário não possuir condições econômicas de arcar com o custo sem sacrifício à sua

subsistência. O tema guarda relação com o princípio da capacidade contributiva, previsto no parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição Federal.⁵⁰⁵

Sacha Calmon Navarro Coelho⁵⁰⁶ define o princípio como “a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*)”. Segundo seu comentário, será subjetiva quando considerar a “capacidade econômica real” da pessoa. Quando for o caso de apreciar aspectos de cunho objetivo relacionados com a pessoa (como os bens que possui), a possibilidade econômica que estará sendo levada em consideração tem caráter objetivo. O autor acrescenta que, na sua avaliação, a Constituição Federal adotou o critério subjetivo, ou seja, que leva em conta a “capacidade econômica real do contribuinte”.

Segundo ainda o mesmo autor, o princípio em questão detém, sob o ponto de vista ético, dois ângulos: (i) assentar a superioridade do ser humano e de suas organizações sobre a autoridade estatal, quanto à imposição de tributos; (ii) vincular a ação da Administração tributária aos valores da justiça e da igualdade. A manifestação do princípio da capacidade contributiva é plena nos impostos sobre a renda, em razão de se aplicarem “tabelas progressivas” e “deduções pessoais”⁵⁰⁷. Nas taxas e contribuições de melhoria, entretanto, sua incidência se dará por meio de isenções ou reduções no valor fixado, considerando carências financeiras de certos contribuintes.⁵⁰⁸

Na lição de César A. Guimarães Pereira⁵⁰⁹, a aproximação entre os princípios da igualdade e da capacidade contributiva conduz a dois resultados: (i) obstar situações que não levem em conta a capacidade de pagamento da pessoa; (ii) a obrigação de que se implementem instrumentos que “atinjam efetivamente essa capacidade, promovendo a igualdade material”.

⁵⁰⁵ *In verbis*: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à Administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

⁵⁰⁶ Sacha Calmon Navarro Coelho, *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 90.

⁵⁰⁷ Sacha Calmon Navarro Coelho, *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*, cit., p. 96-97.

⁵⁰⁸ Sacha Calmon Navarro Coelho fornece como exemplo a isenção da taxa judiciária para os pobres e a redução ou isenção da contribuição de melhoria aos humildes beneficiados pela realização de obras públicas (*Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*, cit., p. 97).

⁵⁰⁹ César A. Guimarães Pereira, *A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, p. 320.

8.9 Definição do valor tarifário em relação ao custo do serviço e investimentos futuros

Conforme anota César A. Guimarães Pereira⁵¹⁰, nos serviços públicos, em vista da complexidade das variáveis que compõem seu custo, a melhor orientação para dar efetividade ao princípio da igualdade na definição do valor tarifário é adotar critérios que considerem a “racionalidade” e a “proporcionalidade”. Com base nesses requisitos será possível fixar um valor que chegue o mais próximo possível do custo individual do serviço. O princípio em questão impede que a tarifa: (i) seja fixada em valor arbitrário que não considere o valor aproximado dos custos correspondentes à utilização do serviço pelo usuário; (ii) inclua os custos da ineficiência do prestador.

Segundo Alain-Serge Mescheriakoff⁵¹¹, quando aplicado aos serviços públicos, o princípio da igualdade é dotado de imprecisão, pois apenas mediante a verificação de cada caso será possível afirmar se há ou não igualdade. Desse modo, uma igualdade tarifária pode dar existência a uma desigualdade de acesso à prestação, se o valor da tarifa não for suportável por uma pessoa pobre. Por outro lado, a diferenciação tarifária (a princípio discriminatória) pode facilitar o acesso ao serviço⁵¹². O inverso também é verdadeiro, como se verá na exposição a seguir, ou seja, uma tarifa única pode propiciar maior acesso de pessoas sem recurso ao serviço, já que os encargos que seriam suportados somente por ela serão repartidos com os demais usuários.

Antes de avançarmos na matéria, é importante recorrer ao auxílio da ciência econômica, comentada por juristas versados no tema “remuneração dos serviços concedidos”. Alain-Serge Mescheriakoff, ao tratar da igualdade tarifária e suas possibilidades de aplicação sob a ótica econômica, fornece a distinção entre “custo médio”

⁵¹⁰ César A. Guimarães Pereira, A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos, cit., p. 321.

⁵¹¹ Alain-Serge Mescheriakoff, *Droit des services publics*, cit., p. 148.

⁵¹² Nesse caso, a diferença tarifária para possibilitar o acesso da pessoa necessitada poderá ter que levar em consideração a capacidade contributiva da pessoa. Essa seria a hipótese de um usuário de transporte coletivo de poucos recursos que reside longe do local de trabalho.

e “custo marginal”⁵¹³. No primeiro caso (custo médio), todos os usuários pagam a mesma tarifa. Na modalidade de tarifação “custo marginal”⁵¹⁴, as tarifas serão distintas, em função de aspectos como tempo e lugar de consumo.

Os conceitos de “custo médio” e “custo marginal” foram estudados em profundidade por Marçal Justen Filho⁵¹⁵. Entre as suas conclusões, estão as seguintes: (i) embora a tarifação pelo “custo marginal” seja melhor para o usuário, por possibilitar uma gradual redução do preço da tarifa conforme cresça o fornecimento do serviço, ela apresenta um problema para o empresário, consistente em não poder embutir no referido custo o valor de eventuais investimentos; (ii) na tarifa fixada pelo “custo médio”, por seu turno, há um tipo de divisão entre os usuários dos custos requeridos para a implantação da atividade (e outros custos, como os relativos à fixação de uma tarifa mais baixa para determinada categoria de usuários); (iii) podem ser aplicadas fórmulas que empreguem os dois métodos de cálculo (“custo médio” e “custo marginal”), como a fixação de “tarifas mínimas” de valor maior para as unidades de consumo iniciais, até que ocorra a amortização dos investimentos (“custo médio”) e, após, o valor é calculado pelo “custo marginal”.⁵¹⁶

⁵¹³ “A igualdade tarifária possui um conceito distinto da noção de neutralidade tarifária. Aquela é suscetível de receber várias significações ligadas à noção de igualdade econômica que mantém relações variáveis com a igualdade jurídica e material dos usuários. Ela pode significar em um nível coletivo que o serviço público deve se autofinanciar. Nesse caso, a tarifação deverá fazer-se a um custo médio e a neutralidade tarifária coincidirá com a igualdade de tarifa para todos os usuários. Se a neutralidade tarifária é vista no nível de cada usuário, eles devem pagar prestação que reflita o custo efetivo do serviço. Nessa hipótese, a tarifação se fará pelo custo marginal e variará em função do lugar e do tempo de consumo, sendo suscetível de produzir grandes diferenças entre as somas pagas pelos usuários”. No original: “*L’égalité tarifaire doit être distinguée de la notion de neutralité tarifaire, laquelle est susceptible de recevoir plusieurs significations liées à la notion d’égalité économique qui entretiennent des rapports variables avec l’égalité juridique et matérielle des usagers. Elle peut signifier à un niveau collectif que le service public doit se financer lui meme, dans ce cas la tarification devra se faire au coût moyen et la neutralité tarifaire coïncidera avec l’égalité de tarifs pour tous les usagers. Si la neutralité tarifaire est envisagée au niveau de chaque usager, ce dernier doit payer ce que sa prestation coûte effectivement au service, dans cette hypothèse la tarification se fera au coût marginal et variera en fonction du lieu et du temps de la consommation, ce qui est susceptible de produire de grandes différences entre les sommes payées par les usagers.*” (Alain-Serge Mescheriakoff, *Droit des services publics*, cit., p. 166 – Nossa tradução).

⁵¹⁴ César A. Guimarães Pereira faz referência aos conceitos de “custo médio” e “custo marginal” apresentados por Mescheriakoff. Quanto ao “custo marginal”, explica que cada usuário pagará o valor do custo adicional que provocou para a Administração (A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos, cit., p. 320, nota 24).

⁵¹⁵ Marçal Justen Filho apresenta os seguintes conceitos de “custo médio” e “custo marginal”: “Como é cediço, o custo marginal corresponde ao montante necessário a produzir uma unidade a mais (ou deixar de produzir uma unidade a menos). Já o custo médio é obtido pela divisão da despesa total realizada pelo número de unidades produzidas.” (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 353).

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 353-366.

A tarifação pelo “custo do serviço”, consoante observa Marçal Justen Filho⁵¹⁷, é o método tradicional de fixação do valor tarifário. Traz, contudo, para a Administração concedente, a dificuldade de fiscalizar a correção dos custos. Em geral, concretizam-se os efeitos que, como ponderou César A. Guimarães Pereira linhas atrás, se quer evitar: o concessionário insere nas tarifas os encargos decorrentes de sua ineficiência. Por tal motivo, modernamente algumas técnicas novas de tarifação têm sido implementadas. Por meio das técnicas recentes, o poder concedente não se posiciona mais como um garante de determinada remuneração que baste para cobrir as despesas do concessionário mais o lucro. Adota-se um valor tarifário inicial, presumivelmente necessário para cobrir os custos, que será reajustado, em data futura, de acordo com um certo índice (geralmente alguns anos depois). Mas, além disso, o valor sofrerá uma redução previamente determinada, por meio da aplicação de um “deflator”. Com isso, o empresário deve se esforçar para aumentar seus lucros o mais que puder, para que não sofra prejuízo em razão da aplicação do “deflator”.⁵¹⁸

Diante de tais afirmações, questiona-se sobre constituir eventual afronta ao princípio da isonomia a inclusão na tarifa dos custos relacionados com os investimentos a serem realizados ao longo da concessão. A discussão tem cabimento, na medida que o usuário estará financiando uma obra futura, que poderá vir a não utilizar. César A. Guimarães Pereira⁵¹⁹ declara que tal prática não infringe o princípio. Raciocina que deve ser admitida uma solidariedade entre “gerações de usuários”, a fim de implementar a “modicidade tarifária como bem coletivo”. Dessa forma, é importante que não apenas os usuários atuais assumam custos de investimentos futuros, mas que os futuros usuários não se recusem a assumir ônus de benefícios a que só os usuários atuais tenham tido acesso.⁵²⁰

César A. Guimarães Pereira dá ênfase a um aspecto relevante: o princípio da isonomia, ao exigir respeito à correspondência “aproximada” entre o valor tarifário e os custos individuais do serviço em relação a cada usuário, não pode constituir um óbice para a adoção do regime tarifário. Em outras palavras, a fixação do montante a ser cobrado a

⁵¹⁷ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 356.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 359.

⁵¹⁹ César A. Guimarães Pereira, *A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, cit., p. 322.

⁵²⁰ César A. Guimarães Pereira fornece exemplo de custos relativos a determinadas obras ou prestações temporárias que comporão a equação tarifária a vigorar por todo o tempo da concessão (*A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, cit., p. 323).

título de tarifa não se submete às mesmas regras tributárias rígidas sujeitas a princípios como limitação do poder de tributar e “contenção do poder estatal”, de modo a gerar exigências pertinentes à identificação da unidade de utilização do serviço e a extensão precisa da responsabilidade de cada usuário.⁵²¹

O regime tarifário, no seu entender, deve admitir certa flexibilidade que permita estabelecer um custo aproximado do serviço. Tal interpretação, segundo o autor, tem uma utilidade muito grande, pois permite que por meio da tarifação se atinjam os objetivos sociais visados com a prestação do serviço público, além de possibilitar arranjos que levem em consideração critérios de eficiência⁵²² e proporcionem realização de outros objetivos, a bem de um melhor desempenho da atividade pública.

A atribuição de parcela dos encargos ao usuário (valor aproximado), e não o valor exato do custo individual, soa razoável, dada a dificuldade de determinar de forma precisa tal valor. É importante, todavia, atentar para o fato de que, ao se afirmar que a tarifa deverá representar, o máximo possível, a utilização individual do serviço pelo usuário⁵²³, sem que tal exigência chegue a inviabilizar a definição de um determinado valor tarifário⁵²⁴, estar-se-á concluindo que a melhor efetivação do princípio da igualdade será adotar tarifas diferenciadas para determinados segmentos de usuários, pelo menos em relação a certos tipos de serviços públicos, como é o caso do transporte coletivo.

Tal afirmação teórica enfrenta alguns problemas práticos. É muito comum que no serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, as Municipalidades adotem como política tarifária a fixação de uma tarifa única. Pelo menos em relação ao serviço público de transporte coletivo sobre rodas, é fato que o custo do serviço não é o mesmo para todos os usuários. Basicamente, podem ser apontadas duas causas que geram diferenças de custo, as várias extensões de percurso e a diversidade de velocidades imprimidas aos veículos,

⁵²¹ César A. Guimarães Pereira, *A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, cit., p. 348-349.

⁵²² César A. Guimarães Pereira faz referência às fórmulas tarifárias que têm como objetivo estimular a atuação eficiente dos concessionários (*A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, cit., p. 339)

⁵²³ Essa é a opinião de César A. Guimarães Pereira, exposta no item 8.8 (*A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, cit., p. 321).

⁵²⁴ César A. Guimarães Pereira afirma que a definição do valor tarifário deve orientar-se pelo “princípio da praticabilidade”. Assim, deve-se trabalhar em cima de “presunções construídas sobre indícios relevantes, de forma a simplificar e tornar mais razoável a instituição da tarifa” (*A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, cit., p. 329).

dependendo dos horários (horários de maior ou menor “pico”). Sendo a tarifa igual para todos os usuários, está claro que ela não reflete as diferenças de encargos na execução do serviço.

Todavia, embora a fixação de uma tarifa única não reflita a atribuição justa dos custos, de acordo com o uso que cada cidadão faz do serviço, ela pode possibilitar a realização da igualdade material, na seguinte medida: se as tarifas fossem fixadas em valores diferentes, considerando o custo mais próximo possível imputável a cada usuário, os cidadãos de determinado núcleo urbano que morassem mais distanciados dos centros de produção e comercialização e que precisam utilizar o transporte coletivo nos horários de pico para chegar ou voltar do trabalho seriam os mais sacrificados financeiramente. Como, em geral, parte-se da concepção de que os residentes em áreas mais distantes são mais pobres e constituem a maioria dos usuários, e os moradores de áreas centrais formam a parcela da população de maior capacidade econômica, a fixação de tarifas diferenciadas estaria contribuindo para promover uma exclusão social. Se a maioria dos usuários daquele serviço se encontra em tal situação, a promoção da igualdade material estaria, com certeza, comprometida.

Ao se adotar uma tarifa única, e tomando-se como verdadeiro o fato de que a maioria dos usuários pertence à camada da população mais carente de recursos materiais, tal modelo tarifário seria uma forma de concretização do princípio da capacidade contributiva, já que por seu meio, o valor da tarifa para os que fazem trajetos mais longos a custo mais elevado estaria sendo reduzido, com o objetivo de permitir que tais pessoas possam pagá-la.

Contudo, há várias circunstâncias que precisam ser levantadas. Primeiro, o fato de que as pessoas com mais recursos dificilmente utilizam transporte coletivo para se deslocarem. Pode-se afirmar que a grande maioria dos usuários, especialmente do transporte coletivo sobre rodas (ônibus), compõe a parcela mais carente da sociedade. Nesse cenário, a tarifa única estaria servindo para retirar recursos de quem recebe apenas um pouco mais de rendimentos, em benefício de quem, presumivelmente, percebe renda menor. Se, por outro lado, as pessoas com menos recursos estivessem percebendo auxílio do Estado, mediante subsídios públicos, toda a população estaria contribuindo para custear

os desamparados, e não apenas os demais usuários. Dessa forma, o ônus da realização da solidariedade social seria repartido entre todos os que a ela estão obrigados.

Alexandre de Ávila Gomide ressalta que as políticas de tarifa única são empregadas na maior parte dos Municípios brasileiros. Para ele, tais políticas mereceriam reavaliação, pois se sustentam na presunção de que os “pobres” realizam os trajetos mais extensos, por residirem nas periferias urbanas, enquanto “os ricos” viajam nos trechos mais breves, por possuírem residência nas regiões centrais. Tal fato, contudo, deve ser confrontado com outro: a “favelização das áreas centrais das grandes cidades”.⁵²⁵

Por vezes, a desigualdade entre os usuários surge em razão da incapacidade do serviço assumir uma organização ideal que atenda de forma satisfatória ao usuário. Mauricio Cadaval⁵²⁶ apontou tal problema, relatando que o ideal para o usuário do transporte público seria existir uma linha de transporte para cada “desejo de viagem”, de forma que ele só necessitasse pagar uma tarifa para chegar ao seu destino. No entanto, isso não ocorre sempre nos grandes centros urbanos, porque os itinerários desejados são muitos. Questões de “racionalidade econômica” obrigam a optar pela implantação de linhas de demanda mais elevada e maior “viabilidade econômico-financeira”. As pessoas que residem em áreas não atendidas por linhas diretas são prejudicadas, pois têm que fazer uso, em geral, de duas ou mais linhas, desembolsando tantas passagens quanto for o número de linhas.

Por tal motivo, explica o autor, aplicam-se “integrações tarifárias”, ou seja, duas linhas de transporte são integradas, sob a ótica tarifária, de modo que o passageiro utiliza ambas pagando uma só tarifa, que é menor que o somatório das tarifas de cada linha. É um tipo de “gratuidade” ou “desconto” que se concede aos usuários que precisam fazer transferências. Em geral, o excedente do custo é repartido com os demais usuários, inclusive com aqueles que não realizam transferência entre linhas. É questionável também o fato de os usuários que executam viagens sem transferência terem que pagar por aqueles

⁵²⁵ Alexandre de Ávila Gomide, *Transporte urbano e inclusão social: elementos para políticas públicas*, cit., p. 35.

⁵²⁶ Maurício Cadaval, *Integração tarifária e diversificação*, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 28, n. 109, p. 30, 1. trim. 2006.

que precisam realizar transferências. Sem dúvida, visto por um certo prisma, é uma afronta ao princípio da igualdade.⁵²⁷

A análise da estrutura tarifária a ser adotada em cada país que melhor atenda à capacidade contributiva dos usuários foi objeto de estudo nos Estados Unidos⁵²⁸. O resultado indica que a adoção da estrutura de tarifa única ou de tarifas diferenciadas depende em grande parte das características particulares de cada realidade. Mas quando o critério passa a ser a estrutura tarifária mais eficiente (ao invés da que melhor atenda à capacidade contributiva), ganha a tarifação diferenciada, que fixa o preço em consonância com as diversificações de “custo marginal” existentes entre as espécies de percursos realizados, o que contribui para melhorar a eficiência das empresas⁵²⁹. Nos comentários finais do seu trabalho, a autora reconhece a dificuldade de implantar um sistema tarifário ideal (a seu ver, um sistema de diferenciação tarifária que combine o critério de “tarifas segundo a distância” com o de “tarifas segundo a hora do dia”), em vista dos problemas de “redistribuição social” a que o serviço tem que atender.⁵³⁰

Como se observa, a doutrina citada neste tópico coincide com a conclusão formulada por Alain-Serge Mescheriakoff, pelo menos em relação ao serviço de transporte coletivo. Considerando o princípio da igualdade em relação ao custo do serviço, deduz-se que melhor será aplicar tarifas diferenciadas, com o que, de resto, também se estaria empregando um sistema de tarifação mais eficiente.

Mas, quando se constata que tarifas diferenciadas, aplicadas a determinada localidade em que a maior parte dos usuários é carente e reside em locais distantes, impede o acesso de grande parte da população ao serviço, cogita-se de aceitar um sistema de tarifação única que presumivelmente realiza melhor a igualdade material, embora seja

⁵²⁷ Mauricio Cadaval, *Integração tarifária e diversificação*, cit., p. 30.

⁵²⁸ Anabela Maria Bello da S. B. de Figueiredo Marcos relaciona as seguintes referências: W. R. Ugolik; C. B. Leutze, *Who pays the highest and the lowest per-kilometer transit fares?*, *Transportation Research Record*, v. 719, p. 32-34; H. G. Wilson e G. J. Kurgan, em três cidades da Pensilvânia, demonstraram que os usuários dos percursos menores que 3,5 milhas subsidiam os usuários de distâncias maiores (*Some implications of a flat fare structure*, *Transportation Research Forum Proceedings*, 15, p. 160-165, 1974); J. W. Bates e N. Anderson reputam ser mais eqüitativo em Atlanta usar tarifas à distância ao invés de tarifa única, já que os usuários de percursos maiores auferiam maiores rendimentos (*Average transit trip lengths by racial and income classes in Atlanta: equity of flat fares base on trip lenght*, *Transportation Research Record*, v. 857, p. 60-63, 1982). (*O financiamento dos transportes colectivos urbanos*, cit., p. 209-210).

⁵²⁹ Anabela Maria Bello da S. B. de Figueiredo Marcos, *O financiamento dos transportes colectivos urbanos*, cit., p. 211.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 220.

inquestionável que os usuários que utilizam o serviço a um custo mais baixo estão pagando sozinhos os encargos correspondentes à efetivação da “solidariedade social” que deveriam ser imputados a toda a sociedade.

Há ainda, como visto acima, outras questões a serem consideradas: os custos relativos a investimentos deverão, quando possível, ser subsidiados internamente (e não por meio de subsídios externos, como os provenientes do Poder Público, por exemplo), o que poderá levar à adoção da tarifação a um “custo médio” ou à aplicação de um critério misto, que empregue também o “custo marginal” (como no exemplo das “tarifas mínimas” referido por Marçal Justen Filho⁵³¹). Por tal razão, César A. Guimarães Pereira declara a necessidade de dirigir as políticas tarifárias com “razoabilidade”, procurando atingir um modelo tarifário mais próximo possível do custo real.⁵³²

Ante o exposto, verifica-se que o princípio da igualdade deverá ser analisado sob o ângulo do custo do serviço, quando serão levados em consideração os encargos da atividade em relação a cada usuário. A questão dos investimentos será tratada à parte, já que todos os usuários terão que reparti-los (solidariedade entre as gerações de usuários). Mas o princípio também deverá ser visto em relação à capacidade contributiva dos usuários carentes, pois se trata de uma igualdade no sentido material que precisa ser realizada e que pode, em face da conjuntura de determinado serviço, levar ao abandono temporário da realização da igualdade em face do custo do serviço pelo poder público, fazendo com que determinados usuários sejam cobrados além do custo atribuível à utilização que fazem do serviço, numa espécie de subsídio cruzado, conforme a abordagem que será feita a seguir.

8.10 Subsídios cruzados e o princípio da igualdade

Este assunto foi introduzido no Capítulo 6 e no tópico anterior. Em tema de transporte coletivo urbano de passageiros sobre rodas, a questão tem relevância, uma vez que é muito comum adotar política tarifária de subsídios cruzados para cobrir os custos do sistema. Assim, a passagem paga pelo estudante pode ser reduzida à metade, sendo que a

⁵³¹ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 353-366.

⁵³² César A. Guimarães Pereira, *A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*, cit., p. 329.

outra metade é custeada pelos demais usuários do sistema. O mesmo ocorre em relação às gratuidades deferidas a idosos, deficientes físicos e outras categorias de cidadãos.

Ao se implementar um sistema de subsídio cruzado entre usuários, parte-se da presunção de que os usuários que custeiam as tarifas sociais ou gratuidades possuem melhores condições econômicas que os beneficiários. Tal fato nem sempre acontece, como exemplificado acima, já que entre os idosos e estudantes, se encontram pessoas de maior capacidade contributiva que os demais usuários.

Embora se aceite que o valor tarifário seja fixado em montante que reflita o “custo aproximado” do serviço para cada usuário, e que se admita a inserção na tarifa do custo dos investimentos passados ou futuros (solidariedade entre gerações), como visto acima, não parece razoável transferir para o usuário o ônus da desoneração tarifária de outros.

No caso específico dos subsídios cruzados, podem ser apontados dois argumentos contrários à sua aceitação: (i) os princípios da tributação não estariam sendo observados com relação aos usuários responsáveis por assumir o custo das tarifas reduzidas ou das gratuidades, já que estariam sendo onerados por meios distintos de impostos sujeitos a princípios como legalidade (art. 150, I da CF) e anterioridade (art. 150, III, “b” da CF); (ii) os princípios da solidariedade social e da igualdade exigem que toda a sociedade, e não apenas os demais usuários do serviço, arquem com os custos das tarifas redistributivas.

Marçal Justen Filho⁵³³ entende ser possível transferir os encargos das tarifas sociais às tarifas desembolsadas pelos demais usuários, desde que isso se efetive por meio de lei. Argumenta que a resolução acerca da “distribuição” e “redistribuição da riqueza” está condicionada à aceitação dos titulares da riqueza. Nesse sentido, o princípio da legalidade impediria que o administrador promovesse tal distribuição pela via administrativa.

⁵³³ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 377.

8.11 Gratuidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Análise da constitucionalidade dos atos normativos que transferem o ônus da gratuidade no transporte público para a empresa privada

Como visto no item 6.7, onde tratamos do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Administração pode promover alterações unilaterais no contrato de concessão. Nesse caso, se o fato resultar em acréscimo de encargo ou redução de vantagem para o concessionário, a Administração é obrigada a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Um dos fatos que afeta a intangibilidade da equação financeira é a concessão de benefícios tarifários e gratuidades a determinadas categorias de usuários.

Os benefícios tarifários estão regulados no artigo 35 da Lei n. 9.074/95⁵³⁴. Segundo Marçal Justen Filho⁵³⁵, podem implicar em redução do valor nominal da tarifa ou no seu congelamento, nos casos em que a Administração concedente não aplica o reajuste necessário. O autor enfatiza que o benefício tarifário será legítimo quando advier da concretização de competência estatal exercida satisfatoriamente. Todavia, se resultar de mera liberalidade, não será válido.⁵³⁶

Por tal motivo, ou seja, em face do risco que representa para a economia do particular a imposição por parte do Poder Público de tarifas que não remunerem adequadamente o serviço, é que a norma em destaque exige a previsão em lei da origem dos recursos, ou a revisão da estrutura tarifária. Na verdade, nem seria preciso tal dispositivo. Em vista do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, bem como do princípio constitucional implícito da indisponibilidade do interesse público e dos princípios constitucionais

⁵³⁴ “A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Parágrafo único - A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular”. O artigo 12 da Lei n. 8.987/95 foi vetado e tinha a seguinte redação: “É vedado, ao poder concedente, estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários do serviço concedido, exceto se no cumprimento de lei que especifique as fontes de recursos.”

⁵³⁵ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 409.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 410.

explícitos da isonomia (art. 5º, *caput* e inc. I da CF) e da propriedade privada (art. 170, inc. II da CF), o direito do concessionário à recomposição econômico-financeira, nas hipóteses em que se concedem benefícios tarifários, estaria garantido.

As Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 não contêm preceito semelhante em relação às gratuidades. A despeito desse fato, não há qualquer impedimento constitucional para que sejam concedidas gratuidades. Ao contrário, há determinação expressa no Texto Constitucional no sentido de que a República Federativa do Brasil cumpra a finalidade de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III da CF).

Com relação à necessidade de recompor a equação econômica financeira do contrato, caso os encargos do concessionário sejam majorados em razão da previsão de gratuidades relativas a determinadas categorias de usuários, pelos mesmos motivos apresentados acima em relação aos benefícios tarifários, ou seja, em face da determinação constitucional voltada à proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o concessionário não poderá suportar os prejuízos decorrentes da supressão de receita tarifária.

A existência de atos legislativos concedendo gratuidades a determinadas categorias de usuários do transporte coletivo, sem que conste de seu conteúdo a especificação da origem dos recursos para cobertura das despesas daí originadas, é muito comum. André L. Borges Netto⁵³⁷ analisou a constitucionalidade de um desses diplomas legais, a Lei estadual n. 1.355, de 04.01.1993, por meio da qual os servidores públicos militares e os servidores públicos da Polícia Civil teriam direito a gratuidade no transporte coletivo intermunicipal.

O autor comenta que o dever de garantir segurança pública à população e o respectivo ônus decorrente do transporte dos servidores com a missão de prestar aquela função pública não pode ser imputado à empresa privada. Ainda mais, como salientado no

⁵³⁷ André Luiz Borges Netto, A inconstitucionalidade de lei estadual que concede gratuidade no transporte coletivo intermunicipal, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 30, p. 204-210, jan./mar. 2000.

citado parecer, quando tal obrigação não figurava na equação econômica-financeira do contrato, por ocasião da assinatura do ajuste com a Administração pública.

Embora sob outro fundamento, o da intervenção do Estado no domínio econômico, a decisão liminar proferida no MS n. 001756-8 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desobrigando os responsáveis por eventos artísticos de cumprirem a Lei estadual 10.859/91, que criou a “meia-entrada” para estudantes. No julgado, argumentou-se que o Estado estava impondo à iniciativa privada um ônus indevido, já que as hipóteses de intervenção estatal no mercado estavam expressas no artigo 174 da Constituição Federal, restringindo-se às funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo para o setor privado, além das situações previstas no parágrafo 4º do artigo 173, ou seja, na repressão ao abuso do poder econômico.

Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a seguinte decisão: “Não podem as prefeituras municipais obrigar os proprietários de ônibus a transportar, gratuitamente, funcionários da polícia.”⁵³⁸

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei n. 4.510, de 13.01.2005, dispõe sobre a isenção do pagamento de tarifas nos serviços de transporte intermunicipal de passageiros por ônibus para alunos do ensino fundamental e médio da rede pública estadual de ensino, para as pessoas portadoras de deficiência e portadoras de doença crônica de natureza física ou mental que exijam tratamento continuado e cuja interrupção no tratamento possa acarretar risco de vida. De acordo com parágrafo 3º do artigo 1º, fica garantido o direito ao recebimento de vale social ao acompanhante de pessoa portadora de doença crônica, de natureza física ou mental, de acordo com laudo médico.

O artigo 6º desse diploma legal preceitua: “Para cobertura das isenções de tarifas previstas nesta Lei, o ‘vale educação’ e o ‘vale social’ têm efeito liberatório, relativamente a tributos estaduais incidentes sobre a atividade de transporte público coletivo de passageiros e sobre o patrimônio dos prestadores de tais serviços, admitida a sua compensação e cessão, somente entre contribuintes do setor de transportes.”

⁵³⁸ STF – RMS n. 2563/CE, rel. Min. Mario Guimarães, j. 20.10.1954.

Verifica-se, por conseguinte, que a legislação do Estado do Rio de Janeiro previu que a cobertura das gratuidades seria compensada com isenções tributárias para os empresários do setor de transportes.

Recentemente, a Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU) ingressou com ação direta de inconstitucionalidade em relação ao artigo 39 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003), que assegura aos maiores de 65 anos de idade gratuidade nos transportes públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

Pelo que se extrai do despacho ordinatório proferido em 10.08.2006 pela Ministra Carmen Lucia, a referida associação pretende primeiro a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, da interpretação contrária ao reconhecimento de que o artigo 39 do Estatuto do Idoso não alcança as empresas que exploram o serviço de transporte urbano sob o regime de concessão ou permissão. Alternativamente, requerem seja reconhecida a omissão parcial do referido artigo, declarando-se inconstitucional a incidência do mesmo àquelas empresas, até que seja editada lei dispendo sobre o regime de compensações da gratuidade por ela assegurada, ou, ainda, seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal, por violação dos artigos 37, XXI, 175 e 195, parágrafo 5º da Constituição Federal.

8.12 O princípio da gratuidade e os serviços públicos concedidos e permitidos. Análise do artigo 230, parágrafo 2º da Constituição de 1988 (gratuidade aos maiores de 65 anos nos transportes coletivos urbanos)

O artigo 230, parágrafo 2º da Constituição Federal estabelece que aos maiores de 65o anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Buscaremos agora, através de um trabalho interpretativo, deduzir a intenção do constituinte, se procurou beneficiar a todas as pessoas maiores de 65 anos, mediante liberação do ônus correspondente ao fornecimento de transporte coletivo urbano, ou se teve em vista atender a situações especiais de desamparo. Complementarmente, buscaremos localizar no Texto

Constitucional as balizas para a definição dos beneficiários de gratuidades nos serviços de transporte coletivo urbano.

Em geral, todo trabalho interpretativo comporta a utilização dos processos de interpretação tradicionais: o gramatical ou filológico, o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico. O primeiro, de acordo com a lição de Carlos Maximiliano⁵³⁹, é importante, na medida que garante a observância do princípio da segurança jurídica⁵⁴⁰. Contudo, deve-se evitar o apego exagerado à palavra. O processo gramatical, consoante ressalta o autor, é sempre observado em um primeiro momento, com a finalidade de identificar se a linguagem utilizada no texto escrito é mais ou menos explícita; se contém ou não ambigüidade⁵⁴¹. O processo lógico implica em descobrir o sentido da lei, servindo-se de regras tradicionais da lógica geral e de um raciocínio dedutivo⁵⁴². Também deve ser aplicado com temperamento, sem ser totalmente desprezado.

A verdadeira interpretação, contudo, observa a um processo sistemático, comparando-se o texto que se pretende interpretar com outros dispositivos do mesmo diploma legal ou de outra legislação. Segundo Maximiliano: “Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.”⁵⁴³

Assim, verifica-se que o parágrafo 2º do artigo 230 da Constituição Federal de 1988 regula hipótese de “gratuidade” em relação a um “serviço público” (transporte coletivo urbano), cujos beneficiários são pessoas “maiores de 65 anos”. Infere-se, desde logo, pertinência da matéria com os temas “direito social” e “assistência social” (amparo à velhice). Vejamos no Texto Constitucional as situações que o constituinte vinculou a gratuidades, os serviços públicos gratuitos, bem como os princípios fundamentais relacionados com a norma em análise.

⁵³⁹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 87.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 98-99.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 100.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 105.

Inexiste na Carta Constitucional um capítulo que regulamente o tema “gratuidade nos serviços públicos”. O que ela fixa é a atribuição do título de serviço público a algumas atividades (arts. 21, incs. X, XI e XII, 25, § 2º, 30, inc. V da CF), prevê o custeio mediante verbas públicas e contribuições sociais dos serviços de saúde, previdência e assistência social (art. 195 da CF) e o financiamento público da educação (arts. 206, IV e 211 da CF).

Em seguida, deve-se atentar para a “dignidade da pessoa humana” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III da CF), bem como para as seguintes metas fundamentais da República, previstas no artigo 3º: (i) construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); (ii) erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III).

Além do princípio e metas fundamentais, são de interesse para o alcance do objetivo proposto os direitos estabelecidos no artigo 6º que, ao relacionar os “direitos sociais”, enuncia a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. O artigo 7º, inciso IV também merece ser considerado, pois define as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família a que o salário mínimo deve atender: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Para mais das mencionadas, todas as normas citadas no item 8.2 comportam análise, com o fito de descobrir qual a melhor diretiva a seguir na definição de casos de gratuidades. Entre as que estão consignadas no mencionado tópico, citamos o artigo 203 e incisos, notadamente os de número II e V (“a assistência social será prestada a quem dela necessitar, entre os quais se incluem as crianças e adolescentes carentes, pessoas portadoras de deficiência e idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”); o artigo 5º, inciso LXXIV (assistência jurídica gratuita para os carentes de recursos); o artigo 5º, inciso LXXVI (gratuidade de registro civil para os pobres); e o artigo 23, inciso X (atuação dos entes federativos no combate à pobreza).

Nesta segunda etapa, agruparemos, separadamente, os textos escritos apontados, com base nos princípios que se relacionam com eles. Assim, temos:

- Princípio fundamental:

- princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III);

- Princípio geral:

- princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e I)

- Princípio do Estado Social⁵⁴⁴ e as normas que asseguram sua concretização:

- metas fundamentais da República Federativa: construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, III), erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III);

- direitos sociais (arts. 6º a 11);

- promoção de ações de combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. (competência comum dos entes federativos, conforme o art. 23, X)

- assistência social aos necessitados (art. 203, *caput*);

- serviço de saúde pública gratuita (arts. 195 e 196);

- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (arts. 206, IV e 211);

- serviços públicos: serviço postal, telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária e outros previstos nos artigos 21, incisos X, XI e XII, 25, parágrafo 2º e 30, inciso V. À exceção dos serviços postais e do correio aéreo nacional, os demais podem ser prestados diretamente ou mediante delegação a particulares.

⁵⁴⁴ O termo foi utilizado por Canotilho para se referir à proteção do homem “na sua identidade e integridade física e espiritual”, garantindo-se-lhe liberdade em face dos riscos da existência por meio do acesso ao trabalho, à iniciativa econômica e ao direito à segurança social (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.186). O autor afirma ainda que as normas que encerram direitos econômicos, sociais e culturais “densificam” o “princípio da socialidade” que, por seu turno, torna concreto o princípio democrático na sua dimensão de democracia econômica, social e política (Ibidem, p. 1.174-1.175). Acreditamos que a expressão “princípio do Estado Social” é adequada para tipificar as normas da *Constituição* Federal de 1988 que garantem direitos sociais.

- Princípios setoriais dos serviços públicos:
 - princípio da licitação (art. 175, *caput*)
 - princípio da adequação (art. 175, parágrafo único, IV)
 - princípio da fiscalização (art. 175, parágrafo único, I)
 - princípio da continuidade (inerente à existência do serviço público)
 - princípio da modicidade (inerente à existência do serviço público)
 - princípio da adaptabilidade (inerente à existência do serviço público)
 - princípio da igualdade (inerente à existência do serviço público)
- Princípios setoriais da administração pública:
 - princípio da legalidade (art. 37, *caput*)
 - princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*)
 - princípio da moralidade (art. 37, *caput*)
 - princípio da publicidade (art. 37, *caput*)
 - princípio da eficiência (art. 37, *caput*)
- Regras concedendo gratuidades para situações especiais:
 - gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos (art. 230, § 2º).
 - assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos/direito fundamental (art. 5º, inc. LXXIV).
 - gratuidade das ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania/direito fundamental (art. 5º, LXXVII e Lei n. 9.265/1996).
 - gratuidade, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei do registro civil de nascimento e da certidão de óbito/direito fundamental (art. 5º, inc. LXXVI).

Colocados princípios e regras, passemos a manejá-los, procurando responder, em um primeiro momento, qual o objetivo visado com a concessão de gratuidades no serviço público. A nosso ver, duas são as finalidades da medida: (i) possibilitar a concretização do valor “dignidade da pessoa humana”, mediante garantia de acessibilidade aos serviços públicos; e (ii) promoção da igualdade real entre os cidadãos, no que diz respeito ao usufruto de certas utilidades.

Estão aí postos, como se vê, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o princípio geral da igualdade no sentido material, que se articula com o princípio do Estado Social e com as normas-fins a esse relacionadas, cuja missão é assegurar a efetividade dos direitos sociais.

As discussões sobre o “tamanho do Estado” já foram citadas nesta dissertação, sendo certo que a orientação incorporada pela maior parte dos países, em âmbito mundial, tem sido a redução da participação estatal na prestação dos serviços públicos, buscando inserir a iniciativa privada na sua promoção. Mas, em nosso país, o constituinte decidiu manter uma reserva legal que acautelasse alguns direitos fundamentais, por meio da previsão de investimentos públicos mínimos nos serviços básicos, como saúde e educação, na previdência social, e mediante inserção de normas na Constituição Federal que autorizem as prestações assistenciais; em outros casos, apostou no modelo consensual de atuação pública-privada (a maioria dos serviços públicos pode ser delegada a particulares).

Ao fornecer os serviços de educação e saúde, para o Estado só importa aferir se o indivíduo possui uma necessidade relacionada com o ensino ou a saúde que justifique a prestação do serviço, aparecendo então o dever de prestá-lo gratuitamente. Por outro lado, nos serviços de água, energia, telecomunicações, transporte, correios etc. também existe uma necessidade coletiva, na medida que a sociedade em geral precisa ter aquele serviço disponível, mas para que o indivíduo possa usufruir dele singularmente, terá que pagar um preço ao Estado (ou ao concessionário)⁵⁴⁵. Em razão de tal fato, aqueles que serão liberados do pagamento deverão ser portadores de necessidades cuja gravidade justifique a isenção. Do contrário, haverá ofensa ao princípio da isonomia.

Caso delegue a prestação de serviços públicos a particulares, o Estado em geral adotará o regime tarifário. Nesse caso, o legislador infraconstitucional determinou atenção ao princípio da modicidade da tarifa, que está na essência do serviço público. Embora ele não conste explicitamente da Carta Magna, é princípio ínsito à categorização de

⁵⁴⁵ Embora a tarifa deva obedecer ao princípio da modicidade, consoante o artigo 6º, parágrafo 1º da Lei n. 8.987/95, há hipóteses de concessões parcial ou totalmente subsidiadas, quando o Estado assume o ônus de remunerar o serviço. Nesses casos, pode ocorrer de nenhuma tarifa ser exigida do usuário (hipótese em que o serviço é totalmente subsidiado). Ver item 6.3.

determinada atividade como pública, sendo necessário concretizar-se para que de serviço público se trate.

É importante, contudo, ressaltar que a gratuidade ou a modicidade tem uma finalidade: fazer chegar o serviço ao maior número possível de pessoas. A meta deverá ser atender às necessidades de todos, como limite ideal de efetivação do princípio da igualdade material. Ademais, à medida que o acesso aos serviços vai sendo proporcionado pelo Estado, concretiza-se em relação a cada cidadão o princípio da dignidade da pessoa humana. De outro modo, se o direito a determinado serviço público é satisfeito em relação a um cidadão e não é estendido aos demais, deve-se perquirir se não está havendo tratamento desigual (princípio da igualdade).

Cabem, neste trecho, algumas palavras sobre a razoabilidade e a proporcionalidade, de uso prático para a identificação de critérios aplicáveis à gratuidade nos serviços públicos. O primeiro princípio⁵⁴⁶ (razoabilidade) é entendido ora como um instrumento de controle da discricionariedade legislativa e administrativa⁵⁴⁷, ora como um postulado de incidência nos casos em que a decisão envolva o princípio da igualdade, apurando-se se há adequação entre o “critério distintivo” e a “medida discriminatória”⁵⁴⁸. Também se aplica nas hipóteses em que há um confronto entre o “geral” e o “individual” e entre a “norma” e a “realidade”, ou quando “o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha”⁵⁴⁹. A inadequação entre o meio e o fim é apontada como critério da razoabilidade por Luís Roberto Barroso⁵⁵⁰ e critério de proporcionalidade por Humberto Ávila.⁵⁵¹

Assim, verifica-se a importância de considerar o efeito da norma do parágrafo 2º do artigo 230 em relação aos demais usuários, tendo em vista o princípio da universalidade (subprincípio do princípio da dignidade da pessoa humana) e o princípio da igualdade. Se a interpretação caminhar para a extensão da gratuidade a todas as pessoas maiores de 65

⁵⁴⁶ Humberto Ávila prefere denominar a proporcionalidade e a razoabilidade de “postulados”, uma vez que estes, ao contrário dos princípios, não prevêm a realização de um fim; constituem meios de raciocínio e argumentação (*Teoria dos princípios*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89).

⁵⁴⁷ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 333.

⁵⁴⁸ Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, cit., p. 91.

⁵⁴⁹ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 334.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 334.

⁵⁵¹ Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, cit., p. 94.

anos, sem estabelecer critérios de renda, estará sendo feita uma distinção que pouca ou nenhuma vantagem proporcionará ao idoso que pode pagar a tarifa, mas que pode acarretar um ônus excessivo para uma pessoa pobre, que tenha que pagar o valor tarifário integral. Além disso, se está deixando de aplicar recurso público em prol dos deveres de universalidade, mediante ampliação do acesso ao serviço a mais pessoas carentes.

Prosseguindo, tomaremos em conta os fatos relacionados com o serviço de transporte urbano, sua posição no contexto econômico e social da cidade e seus diversos problemas.

A dinâmica dos fatos em que se situa o problema é importante para o processo teleológico por meio do qual se completa o conjunto que caracteriza a hermenêutica clássica. Por ele, busca-se descobrir o fim da norma a partir da visão do direito como um fenômeno dinâmico e não paralisado no tempo.⁵⁵²

Somam-se a tais técnicas os instrumentos da nova dogmática jurídica constitucional. A missão de interpretar os textos constitucionais modernos reclama a compreensão de algumas ideologias recentemente desenvolvidas, segundo se retira da lição de Luís Roberto Barroso⁵⁵³: (i) conteúdo aberto das disposições constitucionais, concebidas como uma “moldura” no interior da qual se ajustam diversos sentidos interpretativos; (ii) força normativa dos princípios; (iii) eficácia das normas (princípios e regras) constitucionais; (iv) ponderação de valores constitucionais; (v) teoria da argumentação.

Luís Roberto Barroso anota que alguns aspectos se destacam na nova dogmática constitucional: o texto escrito já não possui a supremacia de outrora e a norma passa a ser resultado da interpretação que lhe atribui o intérprete (teoria da argumentação) em vista do caso concreto (fatos subjacentes), considerando os valores (ponderação de valores) deduzidos dos princípios e regras.

⁵⁵² Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 127.

⁵⁵³ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 346.

Assim, nos voltamos para a complexidade da vida moderna e rapidez com que as mudanças tecnológicas se processam. Nesse contexto, é necessário que Estado tenha uma visão de futuro, desenvolvimentista, sob risco de tornar os serviços públicos obsoletos, o que importará em prejuízo ao próprio cidadão. Desse modo, o princípio da adaptabilidade também é de observância obrigatória pelo Estado, que precisa investir seus próprios recursos ou buscá-los na iniciativa privada. Notadamente nos tempos atuais, em que o crescimento populacional e a necessidade de desenvolvimento reclamam novas adaptações nos serviços públicos, constata-se que as mudanças em alguns setores são urgentes e necessárias para tornar possíveis as metas de universalização.

Outro fato a considerar é a desproporção existente entre as medidas sociais a serem implementadas e a limitação dos recursos estatais.

Os modelos de Estado que garantem espaço para o desenvolvimento das atividades econômicas viabilizam a geração de empregos e, por meio deles, asseguram-se rendas aos cidadãos para que possam usufruir dos direitos sociais básicos. Todavia, várias circunstâncias se interpõem entre o funcionamento do mercado de trabalho e a satisfação dos direitos básicos do cidadão. Assim, nem todos têm acesso ao trabalho, e é preciso haver uma regulação estatal eficiente da ordem econômica; além do mais, no Brasil e em outros países em desenvolvimento, a maioria da classe trabalhadora não é remunerada suficientemente para ter atendidas suas necessidades elementares.

Diante de tais imperfeições que se manifestam na realidade econômica e social de cada país, sem esquecer dos problemas políticos, institucionais e jurídicos que todas as nações democráticas enfrentam em maior ou menor grau, dependendo do nível de seu desenvolvimento, é que o recurso às verbas públicas ainda se apresenta como uma saída para amenizar as carências sociais. Nos últimos anos, a sociedade organizada tem colaborado com o Estado nessa tarefa, tornando efetivo o princípio da solidariedade social previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal.

Os problemas surgem no momento em que determinada opção política tem que ser tomada: prestar diretamente o serviço ou delegar sua prestação, definir a política tarifária a ser adotada (se a decisão foi pela delegação), avaliar a possibilidade de conceder subsídios; enfim, quando é chegado o momento de elaborar um modelo de concessão

apropriado para determinado serviço, o Estado se depara com o grave problema da limitação dos recursos públicos.

Os serviços essenciais, como abastecimento de água, fornecimento de energia e transporte servem a toda a população, formada em sua maioria por pessoas carentes de recursos. Por tal motivo, é impossível ao Estado socorrer todas as pessoas em situação de vulnerabilidade, na exata medida da necessidade de cada um.

Em razão de tal fato, o constituinte limitou as ações de assistência social. No *caput* do artigo 203, está escrito que a assistência social será prestada “a quem dela necessitar”. Nessa Seção IV (“da assistência social), tratou-se da proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, prevendo-se, inclusive, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso “que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.⁵⁵⁴

A parte final do artigo 6º também estabelece a “assistência aos desamparados” como um direito social (direito fundamental, portanto). Tal preceito, bem como o artigo 203 antes citado, e ainda o artigo 23, inciso X, que fixa a promoção de ações de combate à pobreza a cargo dos entes federativos e adicionalmente as regras supra enumeradas que prevêm gratuidades aos carentes de recursos nos serviços de assistência judiciária e nos atos da vida civil, convergem, a nosso ver, para os objetivos fundamentais da República enunciados no artigo 3º, incisos I e III da Constituição Federal. Está portanto assentada em vários trechos da Constituição a finalidade de amparar aos necessitados, sendo por esse meio que se realizará o princípio do Estado Social.

Ademais, além do Estado brasileiro estar comprometido com objetivos de redução da pobreza (art. 3º da CF), cumpre levar em conta que a prestação dos serviços públicos não pode ser tratada de forma isolada, ou seja, desarticulada da política econômica do governo, a nível local ou nacional. Por tal motivo, as gratuidades devem ser admitidas em relação aos serviços públicos com critérios, de forma que não inviabilizem a prestação do serviço.

⁵⁵⁴ Trataremos do Estatuto do Idoso no item 8.13.

Como exposto linhas acima, a questão da gratuidade e da modicidade deverão ser conciliadas com os demais princípios do serviço público, como a continuidade e a adaptabilidade. Esse último, na medida que retarde, pode comprometer a universalização do serviço, quando se sabe que a introdução de novas tecnologias e a melhoria da infraestrutura têm como objetivo reduzir o custo do serviço a médio e longo prazos, o que atrai mais consumidores.

Assim, e aproveitando a noção de interpretação sistemática, qualquer regra ou princípio singular deverá ser visto com base em uma concepção ampla do direito, buscando “descobrir”, como enfatiza Eros Roberto Grau⁵⁵⁵, os valores, os fins, os princípios gerais de direito de um dado ordenamento jurídico. Isso não implica em desconsiderar o direito posto, mas tê-lo em consideração a partir de uma dimensão maior, que visualize os fatores sociais que influenciariam sua elaboração, sem desprezar o texto da lei.

Comentando especificamente as “regras jurídicas” (constitucionais ou infraconstitucionais), Eros Roberto Grau⁵⁵⁶ afirma que sua interpretação deve ser elaborada tendo em conta os princípios sobre os quais se apóiam, notadamente quando tais princípios estão explícitos no texto. Ademais, conforme assevera Luís Roberto Barroso, há hipóteses em que “a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”.⁵⁵⁷

É por tal motivo que a regra do artigo 230, parágrafo 2º da Constituição Federal, ao prever gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, deverá ser lida em consonância com as demais normas-fins constitucionais que visam à promoção do Estado Social. Destarte, só os idosos “desamparados” ou “necessitados” deverão ter acesso à gratuidade.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 150.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 196.

⁵⁵⁷ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 355.

⁵⁵⁸ Ao dissertar sobre as modalidades de eficácia dos princípios (a eficácia da norma diz respeito à sua capacidade de produzir consequência jurídica), Luís Roberto Barroso menciona a eficácia interpretativa dos princípios (Eros Roberto Grau, como citamos acima, se refere à “força dos princípios”), por meio da qual os princípios exercem uma “ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral”, com a finalidade de conferir unidade ao sistema, apesar de não haver hierarquia entre princípios e regras constitucionais, em face do princípio da unidade da Constituição (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 378).

Ante o exposto, apresentam-se as seguintes conclusões: (i) a gratuidade prevista no parágrafo 2º do artigo 230 da Constituição Federal deverá beneficiar somente idosos desamparados; (ii) sempre que possível, o princípio da gratuidade em relação aos serviços públicos concedidos e permitidos, como é o caso do transporte coletivo urbano, deverá implicar na extensão do benefício apenas às pessoas que se encontrem em situação de desamparo econômico, sendo legítima a exigência de um limite de renda, mediante comprovação. Nesse sentido, o ideal é que o benefício se estenda a idosos, deficientes físicos, estudantes ou desempregados que realmente necessitem do auxílio financeiro estatal; (iii) as gratuidades que beneficiam categorias específicas de trabalhadores ou funcionários públicos deverão ser custeadas pelas verbas públicas que mantêm o órgão a que estão vinculados, não se confundindo com as situações em que o benefício da gratuidade tem em vista a concretização do princípio da universalidade, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

A respeito das gratuidades para categorias especiais, a Constituição prevê normas das quais se pode extrair autorização para a sua concessão, como as que resultam da combinação do artigo 42, parágrafo 1º com o inciso X do parágrafo 3º do artigo 142, que contemplam a possibilidade de conceder prerrogativas e outras situações especiais aos membros das polícias militares e corpos de bombeiros militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades.

8.13 A gratuidade no Estatuto do Idoso

A Lei n. 10.741, de 01.10.2003 (Estatuto do Idoso), no capítulo X, trata dos direitos dos idosos relacionados com transporte. Assim, o artigo 39 prevê que aos maiores de 65 anos fica assegurada a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos, à exceção dos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. O artigo 40, por seu turno, estabelece que no sistema de transporte coletivo interestadual⁵⁵⁹, garantir-se-á: (i) a reserva de duas vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 salários mínimos (inc. I); (ii) desconto de 50%, no mínimo,

⁵⁵⁹ Transporte rodoviário interestadual de passageiros é aquele que “transpõe os limites de Estado, do Distrito Federal ou de Território”, consoante a Resolução n. 16, de 23.05.2002, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que aprovou o glossário dos termos e dos conceitos utilizados na regulamentação da prestação da prestação dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 salários mínimos (inc. II).

O artigo 230, parágrafo 2º da Constituição Federal já havia assegurado gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos. Sobre a referida disposição constitucional, tecemos comentários no item 8.12, enfatizando que a gratuidade deverá beneficiar apenas aos idosos “desamparados”. O artigo 39 do Estatuto do Idoso é decorrência do preceito constitucional em comento. Portanto, entende-se que o benefício do artigo 39 da Lei n. 10.741/2003 só deverá abranger os idosos necessitados.

O artigo 39 do referido diploma legal inovou em relação à norma constitucional, para estender o direito aos usuários maiores de 65 anos nos transportes públicos semi-urbanos⁵⁶⁰. No conceito de transporte coletivo público semi-urbano, segundo Rossana Campos Cavalcanti Pinheiro⁵⁶¹ estão incluídos o transporte de abrangência interestadual (com peculiaridade de transporte rodoviário urbano de extensão igual ou inferior a 75 quilômetros e que transpõe os limites de Estado, do Distrito Federal, ou de Território) e intermunicipal (fornecido entre municípios integrantes de uma região metropolitana).

A expressão “exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”, inserida no referido artigo 39, exclui os idosos do acesso gratuito a serviços de transporte fornecidos em regime de fretamento ou serviços realizados por veículos especiais, remunerados mediante tarifa diferenciada e mais elevada que a aplicada ao transporte regular.⁵⁶²

⁵⁶⁰ O transporte público urbano é o realizado no interior do Município. O transporte rodoviário interestadual semi-urbano de passageiros é “aquele que, com extensão igual ou inferior a setenta e cinco quilômetros e característica de transporte rodoviário urbano, transpõe os limites de Estado, do Distrito Federal, ou de Território”, de acordo com a Resolução n. 16/2002 da ANTT. No Estado do Rio Grande do Norte, segundo informa Rossana Campos Cavalcanti Pinheiro, o serviço de transporte intermunicipal semi-urbano é o realizado em regime de frequência contínua, com itinerários e quadros de horários definidos, paradas não coincidentes com as do Sistema de Transporte Urbano, sem seccionamentos, e cuja área de atuação está limitada às áreas dos Municípios que compõem regiões metropolitanas, definidas pela legislação competente em vigor (*Estatuto do Idoso comentado*, Coordenação de Naide Maria Pinheiro, Campinas, SP: LNZ, 2006, p. 261).

⁵⁶¹ Rossana Campos Cavalcanti Pinheiro, *Estatuto do Idoso comentado*, cit., p. 263.

⁵⁶² Serviços especiais, de acordo com a Resolução n. 16/2002 da ANTT, são os delegados mediante autorização e correspondem ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros em circuito fechado, no regime de fretamento, e ao internacional em período de temporada turística. Conforme o artigo 2º da Lei municipal n. 13.241, de 12.12.2001, na cidade de São Paulo, “serviços complementares” são os serviços de transporte público de caráter especial, com tarifa diferenciada, que serão prestados por operadores ou terceiros, de acordo com as disposições regulamentares editadas pela Secretaria Municipal de Transportes.

Sustenta-se que tal exclusão é inconstitucional, em face do disposto no artigo 230, parágrafo 2º da Constituição Federal, que garante gratuidade em todo e qualquer transporte coletivo urbano⁵⁶³. A ampliação da gratuidade aos serviços seletivos e especiais levaria naturalmente a uma preferência pela utilização de tais serviços.

A princípio, não se vê nenhuma dificuldade em proporcionar um transporte mais confortável ao idoso. Ao contrário, a medida seria recomendável para melhor atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, há outros aspectos a serem considerados. Geralmente, os serviços especiais atingem áreas menores, até para não concorrer com o transporte regular, obedecendo a um modelo de delegação mais flexível. Além disso, pode haver uma dispersão maior de operadores, inviabilizando a implantação de um mecanismo tarifário de compensação interna, ou até mesmo a reposição das quantias referentes às gratuidades por meio de recursos públicos. Também é necessário proceder a uma avaliação do impacto que tal medida pode provocar na situação econômico-financeira dos operadores de transportes especiais.

Desse modo, o Poder Público teria que analisar os aspectos financeiros e operacionais dos serviços seletivos e especiais para decidir quanto à possibilidade de conceder gratuidades, mediante avaliação de cada caso.

Por outro lado, a Administração concedente possui maior controle sobre o transporte regular de linha, principalmente no que diz respeito ao suporte financeiro do serviço. Além de tal serviço ser de maior abrangência no município, o que permite a disponibilização de vagas gratuitas à população sem prejuízo do transporte global dos municípios, bem como em razão dos modelos de delegação (concessão e permissão) por meio do qual ele se organiza, é possível que o Poder Público estabeleça um esquema de compensação tarifária ou preveja que as isenções tarifárias (gratuidades) sejam remuneradas mediante subsídios.

⁵⁶³ Rossana Campos Cavalcanti Pinheiro, *Estatuto do Idoso comentado*, cit., p. 264. Informa a autora que a matéria está sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da República.

Em razão de tais fatos, e em face de uma análise ponderada do sistema de transporte, é mais fácil entender porque o legislador não outorgou o benefício da gratuidade aos idosos nos serviços seletivos e especiais. Todavia, a nosso ver, não há impedimento para que o faça, desde que respeitados os direitos dos particulares operadores das linhas.

O parágrafo 3º do artigo 39, por sua vez, estabelece que ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte urbano e semi-urbano, para as pessoas situadas na faixa etária que vai de 60 a 65 anos. Assim, insere-se no âmbito da discricionariedade administrativa da União, na hipótese de transporte interestadual semi-urbano; do Estado, no caso do transporte intermunicipal semi-urbano; e do Município, na hipótese do transporte urbano, aplicar o benefício a tal categoria de usuários.

O artigo 40 do Estatuto do Idoso⁵⁶⁴ trata da gratuidade e da redução no valor da passagem, em relação ao transporte coletivo interestadual. Nesse tipo de transporte, há limites para as gratuidades e reduções. Em primeiro lugar, o fator idade não é o único a ser considerado. Além de possuir mais de 60 anos⁵⁶⁵, é necessário que a pessoa aufera renda igual ou inferior a 2 salários mínimos. Ademais, apenas 2 vagas em cada veículo serão gratuitas; as que excederem, terão direito apenas a 50% de desconto.

A regulamentação do artigo 40 tem sido objeto de polêmica. Em primeiro lugar, as empresas de transporte não quiseram dar cumprimento às exigências contidas em seu bojo, sob o argumento de que a norma não é auto-aplicável, por depender de legislação específica. Todavia, verifica-se que os incisos do dispositivo em questão são suficientemente claros e permitem aplicação imediata. A propósito, José Afonso da Silva⁵⁶⁶, referindo-se às normas constitucionais, afirma que normas de aplicação imediata

⁵⁶⁴ “No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica: I - a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos; II - desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos. Parágrafo único - Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II.”

⁵⁶⁵ O Decreto n. 5.934, de 18.10.2006, que regulamenta a aplicação do disposto no artigo 40 da Lei n. 10.741, de 01.10.2003, estabelece no artigo 2º, inciso I, que idoso é a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos.

⁵⁶⁶ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 177.

são as dotadas de todos os mecanismos que possam ter aplicação concreta aos fatos que se enquadram na sua descrição. No caso, mesmo a prova relacionada com a renda necessária para usufruir do benefício é possível de ser feita mediante apresentação de contra-cheques ou documentos equivalentes.

O Decreto n. 5.934, de 18.10.2006⁵⁶⁷, editado em cumprimento à determinação inserida no *caput* do artigo 40 e seu parágrafo único, prevê no parágrafo 2º do artigo 3º, *in verbis*: “O idoso, para fazer uso da reserva prevista no *caput* deste artigo, deverá solicitar um único Bilhete de Viagem do Idoso, nos pontos de venda próprios da transportadora, com antecedência de, pelo menos, três horas em relação ao horário de partida do ponto inicial da linha do serviço de transporte, podendo solicitar a emissão do bilhete de viagem de retorno, respeitados os procedimentos da venda de bilhete de passagem, no que couber.”

Argumenta-se que tal preceito normativo fere os princípios da isonomia e da dignidade. No entanto, não se pode deixar de levar em conta que é uma providência implementada para que a empresa não deixe de efetuar a venda das duas vagas, a princípio destinadas ao idoso, caso nenhuma das pessoas incluídas na referida categoria especial de usuários compareça para fazer a compra do bilhete⁵⁶⁸. É uma medida que concilia o direito ao transporte assegurado às pessoas idosas com o direito à propriedade privada de que é possuidor o particular.

Outro motivo levantado pelas empresas de transporte para não dar cumprimento ao artigo 40 do Estatuto do Idoso pretende inserir a gratuidade ali contemplada como um benefício da assistência social, sujeito, por tal motivo, ao que preceitua o parágrafo 5º do

⁵⁶⁷ O Decreto n. 5.934 revogou os Decretos ns. 5.130, de 07.07.2004 e 5.155, de 23.07.2004. Dispõe em seu artigo 3º, *caput* e parágrafo 1º, *in verbis*: “Na forma definida no artigo 40 da Lei n. 10.741, de 2003, ao idoso com renda igual ou inferior a dois salários mínimos serão reservadas duas vagas gratuitas em cada veículo, comboio ferroviário ou embarcação do serviço convencional de transporte interestadual de passageiros. § 1º - Para fins do disposto no *caput*, incluem-se na condição de serviço convencional: I - os serviços de transporte rodoviário interestadual convencional de passageiros, prestado com veículo de características básicas, com ou sem sanitários, em linhas regulares; II - os serviços de transporte ferroviário interestadual de passageiros, em linhas regulares; e III - os serviços de transporte aquaviário interestadual, abertos ao público, realizados nos rios, lagos, lagoas e baías, que operam linhas regulares, inclusive travessias.”

⁵⁶⁸ “Artigo 3º - (...) § 4º - Após o prazo estipulado no parágrafo 2º, caso os assentos reservados não tenham sido objeto de concessão do benefício de que trata este Decreto, as empresas prestadoras dos serviços poderão colocar à venda os bilhetes desses assentos, que, enquanto não comercializados, continuarão disponíveis para o exercício do benefício da gratuidade.”

artigo 195 da Constituição Federal: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Quanto ao último argumento, é preciso compreender que a seguridade social envolve a saúde, a previdência e a assistência social (art. 194, *caput* da CF). A assistência social é tratada no artigo 203 da Carta Constitucional que, no seu *caput*, determina sua prestação a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Entre seus objetivos (inc. I do art. 203) está a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

Nesse sentido, pode-se compreender que, em sentido lato, qualquer ajuda pública que se concretize com a finalidade de tutelar a situação de sujeitos que se encontrem em situação especial de desamparo deve ser considerada uma ação de assistência social, inclusive as gratuidades concedidas a tais pessoas no sistema de transporte coletivo. Todas têm como fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Todavia, tal idéia não pode ser confundida com o sistema da seguridade social e o sistema específico da assistência social, organizados em nível federal, aos quais se aplica o artigo 195, parágrafo 5º do Texto Constitucional. A Lei n. 8.742, de 07.12.1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), prevê: “Artigo 11 - As ações das três esferas de governo na área de assistência social realizam-se de forma articulada, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos programas, em suas respectivas esferas, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (...) Artigo 18 - Compete ao Conselho Nacional de Assistência Social: I - aprovar a Política Nacional de Assistência Social; II - normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social; (...) VIII - apreciar e aprovar a proposta orçamentária da assistência social a ser encaminhada pelo órgão da Administração pública federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social.”

O artigo 24 dessa lei prevê que os programas de assistência social compreendem ações integradas e complementares com objetivos, tempo e área de abrangência definidos para qualificar, incentivar e melhorar os benefícios e os serviços assistenciais. O parágrafo 1º do artigo 24 estabelece que os programas serão definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social, obedecidos os objetivos e princípios que regem a assistência social,

com prioridade para a inserção profissional e social. O parágrafo 2º, por seu turno, declara que os programas voltados ao idoso e à integração da pessoa portadora de deficiência serão devidamente articulados com o benefício de prestação continuada previsto para tais pessoas.

Constata-se, portanto, haver um sistema coordenado por órgão federal (Conselho Nacional de Assistência Social), com planejamento e aplicação de recursos realizados de forma integrada. O artigo 28 fixa que o financiamento dos benefícios, serviços, programas e projetos far-se-á com recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e das demais contribuições sociais previstas no artigo 195 da Constituição Federal, além daqueles que compõem o Fundo Nacional de Assistência Social.

Entende-se que os recursos do sistema de assistência social preconizado na Lei n. 8.742/93 podem ser empregados em programas de transporte para pessoas carentes, inclusive idosos⁵⁶⁹. Porém, não é de tal sistema que se extraem os principais recursos públicos para financiamento de gratuidades no transporte coletivo. Em nível municipal, eles são previstos nos orçamentos das Administrações concedentes titulares do serviço. E realmente não poderia ser diferente. Afinal, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, são organizados e prestados *diretamente* ou sob regime de concessão ou permissão, segundo dicção do artigo 30, inciso V. Se o Poder Público local pode prestar o serviço com recursos próprios, pelo modo de prestação direta, também poderá subsidiar as gratuidades extraindo recursos da mesma fonte, ou seja, das finanças públicas municipais.

No âmbito dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros, segundo informa Cibele Benevides Guedes da Fonseca⁵⁷⁰, por ocasião da implantação das gratuidades e reduções tarifárias previstas no artigo 40, a ANTT argumentou que os custos seriam absorvidos pelo índice de aproveitamento (IAP) de vagas por viagem que é, em

⁵⁶⁹ Lei n. 8.742/93: “Artigo 23 - Entendem-se por serviços assistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria da vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidas nesta lei. (...) Artigo 25 - Os projetos de enfrentamento da pobreza compreendem a instituição de investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e sua organização social.”

⁵⁷⁰ Cibele Benevides Guedes da Fonseca, *Estatuto do Idoso comentado*, Coordenação de Naide Maria Pinheiro, Campinas, SP: LNZ, 2006, p. 275.

média, de 68% da lotação medida da frota (LOT). Desse modo, a ociosidade de assentos no transporte rodoviário regular interestadual de passageiros é, em geral, de 15 assentos vagos por viagem.

8.14 Algumas situações concretas de gratuidade

A Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbanos (NTU) apresenta um levantamento atualizado das categorias beneficiadas com gratuidades no ônibus urbano⁵⁷¹. Na cidade de Aracaju-SE, aparecem como beneficiários: funcionários das empresas de transportes urbanos, deficientes físicos, idosos, policiais militares, bombeiros, guardas do DETRAN, fiscais do Ministério do Trabalho, oficiais de justiça, guardas municipais, carteiros, fiscais do órgão gestor e operador de transporte, patrulheiros rodoviários federais e funcionários do sindicato dos trabalhadores rodoviários.

Com relação aos deficientes físicos, não existe lei federal que lhes assegure gratuidade no transporte urbano de passageiros. Há contudo leis estaduais e municipais garantindo tal direito. Cita-se, como exemplo, a Lei Complementar n. 666/91 do Estado de São Paulo que isenta do pagamento de tarifas nos serviços de transporte coletivo intermunicipal (nas Regiões Metropolitanas de São Paulo, Baixada Santista e Campinas) as pessoas portadoras de deficiência cuja gravidade comprometa sua capacidade de trabalho e o menor de 14 anos portador de deficiência que apresente justificativa para o recebimento do benefício. Nos ônibus urbanos, a isenção é garantida por meio da Lei municipal n. 11.250, de 01.10.1992, que exige comprovação da deficiência mediante apresentação de laudos. Nas situações em que o deficiente não pode se locomover sozinho, a gratuidade também se estende a um acompanhante.

O Grupo de Trabalho de Acessibilidade da Comissão de Transporte Metro-ferroviário da ANTP⁵⁷² analisou o caso das gratuidades nos transportes metropolitanos de

⁵⁷¹ O levantamento por capitais brasileiras data de julho de 2006 (Disponível em: <www.ntu.org.br> (banco de dados/gratuidades). Acesso em: 27 jan. 2007).

⁵⁷² Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP). Grupo de Trabalho de Acessibilidade da Comissão de Transporte Metro-Ferroviário, Gratuidade nos Transportes, *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27/28, n. 107/108, p. 109-119, 3./4. trim. 2005.

São Paulo para os deficientes, com base na Lei Complementar estadual n. 666/91, mediante avaliação dos procedimentos adotados pelos postos de saúde existentes nos 39 municípios das Regiões Metropolitanas de São Paulo, Baixada Santista e Campinas.

O estudo relata que os setores da saúde, com competência para a emissão do laudo, e o de transporte metropolitanos, com a atribuição de fornecer o benefício, resolveram adotar a lista de Classificação Internacional de Doenças (CID) para conferir direito ao cidadão possuidor de doença incapacitante de usufruir do benefício.

Todavia, foram observadas muitas fraudes. Pessoas não deficientes solicitaram o benefício motivadas não apenas por má-fé, mas especialmente por motivo de pobreza. Constatou-se que o benefício da gratuidade nos transportes metropolitanos era concedido a pessoas com hipertensão, depressão, diabetes, alcoolismo e a pessoas carentes, como moradores de rua, migrantes, desempregados etc., em desacordo com a legislação.⁵⁷³

O resultado do trabalho mostra a necessidade de reavaliar os critérios para a concessão de gratuidades a deficientes. Segundo o referido parecer, há problemas físicos que não incapacitam a pessoa para o trabalho e nem comprometem sua mobilidade, como a deficiência auditiva. É ainda destacado o fato de que o usuário comum do sistema intermunicipal sobre pneus, que ganha de 2 a 5 salários mínimos, reside distante dos locais de trabalho e paga uma tarifa alta, custeia a gratuidade de pessoas que não possuem nenhuma deficiência incapacitante.

No âmbito federal, adotou-se uma fórmula mais justa para a concessão de gratuidades a deficientes físicos no transporte interestadual, conciliando os critérios de renda e deficiência, por meio da Lei n. 8.899, de 29.06.1994, regulamentada pelo Decreto n. 3.691, de 19.12.2000. O artigo 1º desse Decreto estabelece que as empresas permissionárias e autorizatárias de transporte interestadual de passageiros deverão reservar 2 assentos de cada veículo destinado a serviço convencional. No *site* do Ministério dos

⁵⁷³ O estudo informa que a Secretaria de Saúde e a Secretaria de Transportes Metropolitanos assinaram resolução conjunta adotando um padrão único de laudo médico e um selo de controle, o que contribuiu para reduzir as fraudes.

Transportes⁵⁷⁴, estão dispostos os requisitos e o procedimento a ser adotado para a obtenção do benefício.

São beneficiados pelo “passe livre” federal os portadores de deficiência física, mental, auditiva ou visual comprovadamente carentes. O pretendente deverá providenciar um laudo da equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde (SUS) comprovando deficiência ou incapacidade e apresentar declaração de que possui renda familiar mensal per capita igual ou inferior a um salário mínimo nacional. O benefício abrange o transporte coletivo interestadual convencional por ônibus, trem ou barco, incluindo o semi-urbano⁵⁷⁵. A carteira do passe livre deverá ser apresentada ao transportador até três horas antes do início da viagem.

8.15 Gratuidade: um princípio em extinção?

Celso Antônio Bandeira de Mello, Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Marçal Justen Filho⁵⁷⁶ comentam que o princípio da gratuidade não é uma característica comum a todo serviço público. A afirmação é formulada considerando que os serviços públicos concedidos ou permitidos submetem-se à exploração pelo concessionário, que se remunera, em geral, mediante o pagamento de tarifas por parte dos usuários, o que afasta o atributo da gratuidade.

Marçal Justen Filho avança no seu raciocínio para sustentar que o fornecimento gratuito de serviços de utilidade coletiva a toda a população se revela materialmente impossível. Nesse caso, o Estado teria que se apossar de toda a riqueza para que pudesse ter substrato material que o respaldasse à prestação dos serviços. Em um regime que permite a apropriação do capital pelo particular, deve-se admitir a prestação remunerada de serviços públicos, conforme entende o autor. Por tal motivo, não se pode visualizar uma obrigação estatal de prestar os serviços públicos gratuitamente (o que eliminaria, inclusive,

⁵⁷⁴ Disponível em: <www.transportes.gov.br> (passe livre). Acesso em: 27 jan. 2007.

⁵⁷⁵ Não inclui o transporte urbano ou intermunicipal, tampouco viagens em ônibus executivo ou leito.

⁵⁷⁶ Respectivamente: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 640; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 290; Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 183.

a possibilidade da cobrança de taxas), decorrente da relação entre a utilidade a ser prestada e o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁷⁷

Georges Vedel e Pierre Delvolvé⁵⁷⁸ afirmam que a gratuidade não constitui um princípio geral de valor constitucional. Ela só se impõe mediante previsão legal.

Joana Paula Batista⁵⁷⁹ defende que o princípio constitucional da gratuidade existe, apesar de não abranger todos os serviços públicos. Menciona a gratuidade no serviço público de ensino (art. 206, IV da CF, com a exceção do art. 242), no serviço de transporte coletivo urbano para os maiores de 65 anos (art. 230, § 2º da CF) e como direito individual (art. 5º, incs. XXXIV, “b”, LXXIV e LXXVI da CF). Acrescenta que a gratuidade pode ser atribuída por lei, com fundamento na natureza programática de várias normas constitucionais.

Entende-se que o princípio da gratuidade dos serviços públicos pode ser sustentado em nível constitucional e se verifica estar na essência da noção de serviço público a garantia do fornecimento das utilidades coletivas ao maior número possível de cidadãos, intensificando-se a obrigação de generalidade, quanto mais forte for o caráter de essencialidade do serviço.

Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸⁰, no Brasil, a maioria da população se encontra em estado de pobreza ou miserabilidade. Por tal motivo, para que o serviço público execute sua “função jurídica natural”, não poderá ser remunerado mediante pagamento de taxas ou tarifas elevadas, sendo necessário, quase sempre, recorrer a subsídios.

⁵⁷⁷ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 183.

⁵⁷⁸ “*La gratuité des services publics ne constitue pas un principe general de valeur constitutionnelle (C.const., 12 juillet 1979). Elle ne s’impose que lorsqu’une loi le prévoit (C.E. 16 février 1979, Comité d’action et de défense des intérêts de l’Ile d’Oléron, AJ, 1979, n. 9, p. 54, note M. J. Milord-Texier).*” (Georges Vedel; Pierre Delvolvé *Droit administratif*, p. 1.028).

⁵⁷⁹ Joana Paula Batista, *Remuneração dos serviços públicos*, cit., p. 44.

⁵⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 641.

Assim, a incidência do princípio da gratuidade em cada serviço público comporta grau diferenciado. Poderá, por vezes, implicar em mera modicidade tarifária, ou ainda fundamentar a isenção tarifária para determinada categoria de usuários. Nos casos previstos na Constituição (ensino e saúde públicos), terá plena aplicação. Não poderá, porém, ser concretizado sem consideração dos demais valores constitucionais envolvidos na prestação de determinado serviço público e sem avaliação da realidade econômica e social do país.

9 CONCLUSÕES

1. A Carta Constitucional de 1988 conferiu o mesmo *status* à livre iniciativa e aos valores sociais, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, as situações concretas que se apresentarem ao administrador público, ao legislador e ao juiz, serão decididas com o auxílio aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, mediante ponderação dos valores individuais e sociais em jogo.

2. A função estatal de regulação da ordem econômica é necessária, em face das inevitáveis falhas do mercado. No setor público, o papel da regulação é mais intenso que no setor privado (art. 174 da CF). O constituinte reservou ao Estado a titularidade de determinados serviços que, por tal motivo, submetem-se a uma regulação especial. No setor privado, o Estado pode atuar excepcionalmente como agente econômico, exercendo atividade pertencente ao campo da iniciativa privada. Deve ainda disciplinar a atuação dos agentes econômicos, reprimindo abusos e exercendo funções típicas de uma “Administração ordenadora”. Pode, por último, adotar medidas de fomento à iniciativa privada.

3. O princípio da democracia social revela-se em diversas normas constitucionais, dos princípios fundamentais (dignidade da pessoa humana –art. 1º, III da CF), passando pelos objetivos fundamentais da República (promoção da igualdade material, art. 3º, III da CF) e pela consagração dos direitos sociais (art. 6º da CF), até chegar em diversas normas programáticas.

4. O constituinte brasileiro previu expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais no parágrafo 1º do artigo 5º do Texto Constitucional. Também inseriu normas que viabilizam a eficácia de direitos sociais, como o artigo 195, que prevê fontes de custeio para a seguridade social.

5. O caráter de Constituição dirigente não deve ser retirado da Constituição brasileira de 1988. É necessário que assim permaneça, com o objetivo de continuarem a ser implementadas as mudanças imprescindíveis à promoção do desenvolvimento econômico e à concretização de direitos sociais básicos à população.

6. A opção política marcadamente social do constituinte brasileiro evidencia preocupação e compromisso com a redução das desigualdades sociais. Porém, o reconhecimento da livre iniciativa como um dos fundamentos da República e a consagração de direitos individuais, entre eles o direito à proteção da propriedade privada, mostram o viés capitalista da opção constitucional.

7. A noção de serviço público acompanha as evoluções sociais e econômicas, bem como as opções políticas de cada Estado. No Brasil, a evolução do conceito acompanhou o modelo francês. A previsão do instituto em nível constitucional vem sendo apontada como causa da resistência à introdução das inovações operadas no direito comunitário, que defende a ampla abertura do mercado (incluindo dos serviços públicos) à livre concorrência.

8. O constituinte brasileiro separou determinadas atividades, atribuindo-lhes o rótulo de serviços públicos. Assim, de competência da União são os serviços enumerados no artigo 21, incisos X, XI e XII: serviço postal e correio aéreo nacional; telecomunicações; radiodifusão sonora e de sons e imagens; energia e aproveitamento energético dos cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres. Aos Estados compete explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º da CF), bem como outros serviços não incluídos na competência da União e dos Municípios (art. 25, § 1º da CF), entre os quais estão o transporte ferroviário e aquaviário entre municípios e o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros. Com os Municípios estão a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo municipal (art.30, inc. V da CF).

9. Em relação à saúde, ensino, assistência social e previdência social, a Constituição Federal de 1988 obrigou o Estado a prestá-los, garantindo o mínimo de cobertura assistencial, mas deixou espaço para que a iniciativa privada também os desempenhasse.

10. Não é possível extrair do Texto Constitucional um regime jurídico único para os serviços públicos. Identificam-se, contudo, alguns princípios setoriais específicos aplicáveis a tais atividades. Além disso, uma interpretação conjunta (sistêmica) das normas constitucionais que tratam dos serviços públicos e o recurso às concepções desenvolvidas pela doutrina do direito administrativo sobre os institutos da concessão, permissão e autorização, respaldam algumas conclusões doutrinárias mais recentes que pretendem admitir regimes jurídicos mistos, que incluem regras de direito privado vinculadas à prestação de serviços públicos.

11. Os princípios setoriais dos serviços públicos extraíveis do ordenamento jurídico são: da licitação (art. 175, *caput* da CF); da adequação (art. 175, parágrafo único, IV da CF); da fiscalização (art. 175, parágrafo único, I da CF, que inclui o estabelecimento de condições de caducidade e rescisão da concessão ou permissão); da proteção do usuário (art. 175, II da CF); da política tarifária (art. 175, III da CF); e os inerentes aos serviços públicos: continuidade, modicidade, adaptabilidade, igualdade, da obrigatoriedade do exercício do serviço público e o princípio da indisponibilidade do interesse público, do qual decorre o da delimitação prévia da quantidade e qualidade dos poderes transferidos ao particular.

12. A doutrina aponta os seguintes elementos comuns às atividades passíveis de serem incluídas na categoria de serviços públicos: a) vínculo orgânico com a Administração (critério funcional); b) submissão da atividade de prestação total ou parcialmente ao direito administrativo (o elemento de direito público que confere caráter especial ao serviço pode limitar-se ao respeito ao princípio da igualdade na escolha do prestador, como ocorre nas delegações mediante autorização); c) satisfação de interesses coletivos (critério material).

13. As Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 encontram fundamento no artigo 22, inciso XXVII combinado com o artigo 175 da Constituição Federal. Impõem-se aos Estados e Municípios as normas gerais nelas inseridas, sem prejuízo da competência dos entes federativos para, no exercício de sua autonomia, regular os aspectos particulares de cada serviço. Só serão normas gerais as que estiverem de acordo com os fins constitucionais previstos para a ação administrativa, cuja determinação depende de uma interpretação sistêmica da Lei Maior.

14. Desde a década de setenta do século passado, o direito administrativo vem sendo reformulado, em face do surgimento de novos princípios: da subsidiariedade, da eficiência e da consensualidade. Nesse cenário, o contrato administrativo e seus novos arranjos surgem como instrumentos para o estabelecimento de parcerias com os diversos setores da sociedade civil, visando a união de esforços e recursos (públicos e privados) para a solução de problemas de interesse geral. Permanece, contudo, a necessidade de atenção aos demais princípios retores do Estado de Direito, entre eles o da legalidade.

15. O instituto da concessão teve de adaptar-se às várias modalidades de atividades estatais que surgiram sob influxo dos processos de evolução tecnológica. Atualmente, o instituto se mantém devido à sua importância para selecionar, mediante observância de critérios de igualdade, os competidores do mercado de serviços públicos. Também por seu meio, são definidas as regras que asseguram a prestação eficiente do serviço pelo parceiro privado, visando retirar do Estado a responsabilidade pelos encargos advindos da ineficiência do particular.

16. Na modelagem revigorada do instituto da concessão, permanecem os poderes de autoridade da Administração, entre eles o de modificação unilateral do contrato, os quais deverão ser sempre exercidos no limite da finalidade de interesse público. Reconhece-se, outrossim, os direitos do concessionário à autonomia de gestão, também voltada ao interesse coletivo, bem como o direito à manutenção do contrato pelo prazo inicialmente avençado, respeitado o poder da Administração de encampar o serviço por motivo de interesse público (art. 37 da Lei n. 8.987/95). O controle estatal sobre a atividade do concessionário não pode chegar ao ponto de transformar o concessionário em um órgão da Administração.

17. Apesar de existir uma espécie de “responsabilidade compartilhada” na relação de concessão entre a Administração concedente e o concessionário, o particular persegue o lucro. Por isso, o Poder Público deve investigar periodicamente se a execução da atividade pelo particular é a melhor opção para atingir o interesse coletivo.

18. A questão da livre concorrência em relação a determinados tipos de serviços públicos deve ser avaliada com cautela. Por vezes, a liberação do mercado à concorrência pode ocasionar a impossibilidade de o serviço ser prestado nas mesmas condições

acordadas inicialmente. Deve-se ter em conta que a concessão de determinados serviços inclui na sua equação os déficits gerados pelo atendimento de setores não lucrativos do negócio, estabelecendo-se uma compensação com a parte rentável da concessão. Quando, porém, admite-se que outras empresas atuem nas mesmas áreas objeto de concessão sem qualquer controle, estabelece-se uma situação de desigualdade entre os concorrentes. Os problemas comprometem não só a economia das empresas, mas também a qualidade do serviço, as tarifas e o grau de envolvimento dos recursos públicos, já que o Estado pode ter que subsidiar o serviço.

19. O instituto da permissão deve ser compreendido como ato unilateral precário, tal como concebido pela doutrina administrativa tradicional. A prática de inúmeras Administrações brasileiras de fixarem prazo para as permissões não deve ser tida como legítima, por retirar do instituto o aspecto da precariedade, gerando para o permissionário direito a que o prazo seja cumprido, cabendo indenização, caso o Poder Público resolva retomar o serviço.

20. Os serviços públicos podem ser financiados por dois meios: recursos públicos, provenientes dos impostos ou valores pagos pelos usuários. A forma como se organiza a prestação do serviço público e as modalidades de remuneração irão definir como a sociedade decidiu distribuir os custos da atividade. Assim, o serviço pode ser remunerado pelos usuários mediante pagamento de tarifas ou taxas, ou ser financiado inteiramente com os recursos públicos. Admite-se também que o serviço submetido a regime tarifário seja parcialmente subsidiado pelo Poder Público.

21. O princípio da política tarifária significa que a fixação da tarifa terá contornos políticos e não apenas técnicos. Sua definição deverá se dar por lei.

22. Não há impedimento jurídico de ordem constitucional ou legal para que o serviço público sob regime de concessão seja inteiramente financiado pelo Poder Público. Assim, a Administração pública pode assumir o papel de pagadora da tarifa a que faz jus o concessionário.

23. Embora a Constituição Federal não vede as subvenções públicas nas concessões, há posições doutrinárias restritivas, no sentido de admiti-las somente nas hipóteses em que o subsídio se destine a remunerar o concessionário pelas atividades fornecidas à população necessitada (como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana). A restrição tem fundamento em justificativas econômicas, pois o ideal é que a concessão se autofinancie, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público, a contrapartida necessária que a aplicação dos encargos públicos requer, o princípio da isonomia, sob o qual se avalia o tratamento diferenciado conferido ao concessionário, e a lógica da concessão (regime tarifário, autofinanciamento etc.).

24. Uma posição teórica define as subvenções públicas como quantias despendidas pelo Estado sem contrapartida, com a finalidade de proporcionar benefícios a determinados sujeitos ou atividades. Outra linha doutrinária fornece um conceito mais amplo de subsídios públicos (em relação ao contrato de concessão), enquadrando-os como quaisquer recursos de origem fiscal destinados a manter a equação econômica-financeira do contrato.

25. Até a década de setenta do século passado, as subvenções públicas ligadas ao instituto da concessão tinham a finalidade de servir como suporte financeiro ao concessionário, sem a preocupação do Poder Público de cobrar contrapartida do concessionário. Modernamente, busca-se restringir os subsídios públicos à realização dos mínimos sociais.

26. Po efeito das transformações históricas operadas no instituto da concessão, a teoria da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato também se modificou. Entre as inovações, está a possibilidade de se atribuir a responsabilidade pelo risco à parte (Administração concedente ou concessionário) que possa suportá-lo a um custo menor, o que proporciona benefícios aos setores privado e público.

27. Os subsídios cruzados têm sido vedados em ambientes competitivos. No setor de telecomunicações brasileiro, os deveres de universalização do serviço vêm sendo supridos por meio de recursos oriundos de um “fundo setorial” abastecido com recursos públicos e com verbas injetadas pelos agentes do mercado.

28. Nos regimes tarifários que vinculam a tarifa ao comportamento eficiente do concessionário, é fundamental que se confira maior autonomia para que o particular possa gerir a empresa, reduzindo-se a intervenção estatal. Mediante garantia ao particular da perspectiva de ampliação de lucro, é legítimo cobrar do mesmo que assuma o risco do prejuízo.

29. O serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros enfrenta problemas complexos, que vão desde as opções da política nacional voltada a incentivar a indústria automobilística, até aos efeitos das medidas adotadas pelas instâncias do poder local de caráter “paternalista”, como a concessão de gratuidades a determinadas categorias de usuários sem previsão de fontes de custeio ou qualquer outra forma de compensação ao concessionário.

30. Problemas sociais sérios, como o elevado número de pessoas desempregadas e uma grande parcela da população (45%, segundo dados do IBGE/2001) com renda de até 3 salários mínimos, pressionam os Executivos municipais a não aumentarem as tarifas.

31. Além disso, a concorrência desleal promovida pelas lotações é um desestímulo para o setor empresarial. Sem uma regulação eficiente aplicada ao setor, os empresários, organizados em sindicatos, pressionam o Poder Público, ameaçando não dar continuidade às atividades, aproveitando-se da notória incapacidade das prefeituras de exercerem diretamente o serviço. A desestruturação regulatória é responsável por um quadro jurídico formado por contratos precários, na maioria dos municípios.

32. Nesse cenário, as prefeituras se organizam para tentar obter respaldo técnico e político do Governo Federal. Algumas cidades, entre elas São Paulo, tentam imprimir um modelo de concessão que privilegie a eficiência, mediante abandono da remuneração tarifária pelo custo, em face da evidente dificuldade de controle dos gastos do concessionário por parte do Poder Público.

33. O princípio da gratuidade é um subprincípio do princípio da dignidade da pessoa humana.

34. A decisão estatal de atribuir ou não o ônus do serviço aos usuários indica o grau de aplicação do princípio da gratuidade em relação a determinado serviço público. O Estado pode decidir prestar diretamente o serviço sem cobrar taxa ou tarifa do usuário, fornecê-lo mediante cobrança imposta à população, delegá-lo sem repassar o ônus do pagamento da tarifa ao usuário, conceder subvenções públicas a concessionários, ou delegar o serviço sob regime tarifário. A escolha depende de análise complexa que envolve vários aspectos de ordem econômica, social e até política.

35. O princípio da gratuidade manifesta-se de forma explícita e integral no Texto Constitucional, em relação aos serviços de saúde e educação, quando prestados pelo Estado; quando prestados pela iniciativa privada, os serviços de saúde não admitem subsídios, consoante o parágrafo 3º do artigo 199 da Constituição Federal.

36. Os serviços públicos de transporte coletivo urbano previstos no artigo 30, inciso V da Constituição Federal, quando prestados diretamente pelo Município, poderão ou não sofrer incidência do princípio da gratuidade, tudo dependendo da forma como serão financiados: com recursos públicos ou mediante cobrança de taxa ou tarifa dos usuários. Nas hipóteses em que o serviço é subsidiado totalmente pelo Município, sem que o usuário tenha que desembolsar qualquer valor, o princípio da gratuidade se concretiza em sua inteireza.

37. Quando delegados a particulares, por meio de concessão ou permissão, com sujeição a regime tarifário, o princípio de incidência é o da modicidade tarifária, porém é possível que determinadas categorias de usuários sejam beneficiadas com gratuidades. Nesse caso, afirma-se que há manifestação do princípio da gratuidade em relação a tais usuários.

38. As concessões e permissões são formas de parcerias com a iniciativa privada. É fundamental que tais relações contratuais prevejam instrumentos que permitam cobrar eficiência do particular, atribuam-lhe flexibilidade de gestão, mas também permitam que aufera lucros, levando a resultados mais satisfatórios ao interesse público. Outra solução autorizada, a nosso ver, caminha no sentido de, sempre que possível, colher a colaboração dos usuários dos serviços. Os princípios da capacidade contributiva e da igualdade dosam eventuais abusos econômicos que o Estado pretenda impor aos cidadãos. Mas feitos os

ajustes e chegando-se a uma tarifa mais próxima possível do custo individual do serviço, o regime tarifário é o mais recomendável.

39. O princípio da igualdade em um regime de concessão remunerado mediante tarifa cobrada dos usuários pode levar à adoção de uma tarifação pelo custo médio ou pelo custo marginal. A fixação do valor tarifário pelo custo médio permite que haja uma divisão entre todos os usuários dos custos requeridos para a implantação da atividade, inclusive os relacionados com a fixação de uma tarifa mais baixa para determinada categoria, o que pode contribuir para proporcionar igualdade material entre os usuários, na medida que facilita o acesso daqueles que não teriam condições de pagar a tarifa, se ela fosse fixada pelo custo marginal (mais próximo do custo individual do serviço). Todavia, as tarifas diferenciadas podem também constituir um modelo razoável, dependendo da realidade de cada comunidade, mediante verificação das condições socioeconômicas dos possíveis usuários do serviço. A conclusão a que se chega é que, em tema de tarifação, há grande dificuldade em adotar um modelo ideal que possibilite a concretização máxima do princípio da igualdade. De qualquer modo, o princípio da igualdade tarifária deverá ser avaliado em sua relação com o princípio da capacidade contributiva, de modo a evitar imputar aos usuários custos que não correspondem ao uso que fazem do serviço ou, se isso não for possível, transferir-lhes o menor ônus possível, de modo a respeitar a capacidade de pagamento de cada um.

40. Os subsídios cruzados, contudo, devem ser evitados. Embora seja possível, por seu meio, estabelecer tarifações únicas que podem beneficiar pessoas de menor poder aquisitivo, os efeitos econômicos de sua adoção não são positivos. Não se pode ignorar os reflexos econômicos de tal prática sobre o serviço, visto que o melhor desempenho econômico da atividade produz benefícios à população, ainda que em médio e longo prazos.

41. Podem ser apontados dois argumentos contrários à aceitação dos subsídios cruzados: (i) os princípios da tributação não estariam sendo observados para os usuários responsáveis por assumir o custo das tarifas reduzidas ou das gratuidades, já que estariam sendo onerados por meios distintos de impostos, sujeitos a princípios como legalidade (art. 150, I da CF) e anterioridade (art. 150, III, “b” da CF); (ii) os princípios da solidariedade

social e da igualdade exigem que toda a sociedade, e não apenas os demais usuários do serviço, suportem os custos das tarifas redistributivas.

42. Em face do fundamento da livre iniciativa e do princípio da propriedade privada, o concessionário não pode suportar os prejuízos financeiros decorrentes da concessão de gratuidades. O Poder Público deve prever as fontes de custeio ou compensar o encargo com mecanismos internos da concessão.

43. Desse modo, a fim de que direitos essenciais não sejam obstados, pode-se recorrer aos subsídios públicos para cobertura de situações de miséria ou carência social, mediante auxílios diretos aos usuários, mediante repasse do valor correspondente às gratuidades ao concessionário, ou por meio da disponibilização de serviços fornecidos diretamente pelo Estado. Os auxílios diretos ao usuário podem ser mais eficazes para estimular a competição. No transporte público, já existem transportes especiais para atender a estudantes carentes, pessoas que fazem uso da rede hospitalar pública e necessitam deslocar-se com frequência para tratamento, entre outras soluções. Para tanto, as Municipalidades podem tentar incluir a população carente em programas assistenciais financiados por recursos de fundos destinados a atender situações de pobreza.

44. As subvenções públicas devem voltar-se prioritariamente ao atendimento das situações em que o aspecto da essencialidade do serviço for relevante, ou por razões de solidariedade social. De qualquer modo, deve-se evitar repetir erros do passado, liberando recursos públicos ao concessionário, sem cobrar-lhe uma aplicação eficiente dos mesmos.

45. Há ainda uma saída alternativa que busca reduzir o impacto da concretização do princípio da universalidade em relação às finanças públicas: coletar recursos de fundos setoriais que contem com verbas de outras fontes, que não apenas de origem fiscal. Há previsão de criação de fundo para atender ao idoso.

46. No serviço de transporte coletivo de passageiros, o vale-transporte constitui meio de financiamento externo ao serviço, já que os recursos são colhidos dos empregadores, beneficiários indiretos do transporte coletivo urbano. Por tal motivo, sua aplicação deve ser incentivada e melhor fiscalizada pelo Poder Público.

47. A concessão de gratuidades no serviço público possui duas finalidades: (i) possibilitar a concretização do valor “dignidade da pessoa humana”, mediante garantia de acessibilidade aos serviços públicos; (ii) promover igualdade real entre os cidadãos, no usufruto de certas utilidades. Nesse caso, a concessão de gratuidade a quem pode pagar o valor tarifário (quem possui capacidade contributiva), enquanto muitos outros cidadãos estão deixando de usufruir do benefício, ou pagando mais – muitas vezes sem poder –, deve ser evitada.

48. Por tal razão, o ideal é que beneficiário da gratuidade se encontre em situação comprovada de necessidade – entenda-se “desamparo” – que justifique uma ação do Estado em socorrê-lo com recursos financeiros. Tal conclusão tem como fundamento o princípio do Estado Social, extraído das diversas normas constitucionais que prevêm ações para combater a pobreza, bem como dos objetivos fundamentais da República, insertos no artigo 3º, incisos I e III.

49. É com base no referido princípio do Estado Social, no sentido aqui compreendido, ou seja, orientando atuações públicas de assistência social aos desamparados, que deverá ser interpretado os artigos 230, parágrafo 2º da Constituição Federal e 39 do Estatuto do Idoso.

50. O artigo 39 do Estatuto do Idoso, tal qual previsão expressa do artigo 40 do mesmo diploma legal, deveria prever renda mínima para que pessoa maior de 65 anos tivesse direito ao benefício.

51. Assim, quando se tratar de uma utilidade coletiva de fruição singular, cuja cobrança não importe em sacrifícios extremos da dignidade humana, o princípio da igualdade material estará melhor satisfeito com a transferência do ônus do serviço para o cidadão que pode pagá-lo. Desse modo, o Estado ficará livre para socorrer as situações de real carência social e cumprir com as demais funções públicas a que está obrigado.

52. As gratuidades financiadas com recursos públicos deverão observar os princípios da administração pública, notadamente os da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

53. As gratuidades que beneficiam categorias específicas de trabalhadores ou funcionários públicos deverão ser mantidas pelas verbas públicas dos órgãos a que estão vinculados, não se confundindo com as situações em que o benefício da gratuidade tem em vista a concretização do princípio da universalidade, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

54. A princípio se admite que o Estado opte por prestar diretamente a atividade sem cobrar nada do usuário, hipótese em que o serviço será gratuito. O ente estatal pode também decidir conceder subsídios para beneficiar determinada classe de usuários, caso em que a gratuidade atingirá apenas determinadas categorias. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana – posto pelo Texto Constitucional como princípio fundamental da República – no seu grau máximo, implicaria no fornecimento gratuito de todo serviço público voltado à satisfação de necessidades essenciais. Tal solução, contudo, muito provavelmente comprometeria o desempenho de outras atividades estatais. Ademais, nem sempre o Estado conta com aparelhamento técnico, equipamentos, suporte humano e tecnologia suficiente para o desempenho adequado do serviço.

Por tal motivo, foi inserida previsão constitucional autorizando a delegação do serviço à iniciativa privada. Nesse caso, os modelos de concessão, permissão e autorização prevêm o pagamento de tarifa, que é uma forma de custear o serviço sem recorrer às verbas públicas. Por conseguinte, a Carta Maior da República oferece ao administrador público dois caminhos, a prestação do serviço sem cobrança do seu usuário direto (caso em que o pagamento do serviço é extraído dos impostos coletados dos contribuintes), ou a cobrança individualizada.

A opção estatal deverá levar em conta a ponderação dos princípios relacionados com a prestação dos serviços públicos. Além da dignidade da pessoa humana, o princípio da eficiência orientará uma decisão administrativa planejada, que considere avaliações econômicas e análises acerca dos benefícios e desvantagens de uma medida em médio e longo prazos para as finanças públicas, para os usuários e para a ordem econômica.

Os princípios da continuidade e da adaptabilidade também deverão ser ponderados. No caso dos transportes coletivos urbanos de passageiros, cada Município, com realidades sociais e econômicas diversas, e com limitações ou possibilidades

financeiras, humanas e técnicas próprias, poderá adotar o modelo diferenciado mais adequado às necessidades econômicas dos usuários e ao melhor desempenho do serviço. Desse modo, os fatos orientarão a melhor forma de ponderar os valores em jogo. Todavia, como decorrência do princípio do Estado de Direito, deverão ser observados os princípios dos serviços públicos e normas gerais pertinentes à contratação e delegação.

De antemão, podemos afirmar, sem receio e consoante demonstrado pelos dados coletados nas pesquisas nacionais, que o apelo à dignidade da pessoa humana é muito forte, em face da carência social da maioria da população, o que não impede, porém, que haja delegação do serviço à iniciativa privada, pois o princípio da modicidade tarifária é também um meio de implementar a dignidade da pessoa humana. Assim, entende-se ser uma saída aceitável a prestação do serviço com a parceria do particular, delegando-o via concessão ou permissão, a um menor custo para o ente estatal, desde que o princípio da dignidade da pessoa humana possa ser efetivado, mediante fixação de tarifas módicas e isenções tarifárias aos usuários em situação de extrema carência, dentro de uma programação estatal que considere o “princípio da reserva do possível”.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Nazareno Stanislau. Editorial. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 21, n. 82, p. 6, 1. trim. 1999.

AFFONSO, Nazareno Stanislau; ROCHA, Ronaldo da. Financiamento: recursos e financiamento para o transporte público. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 25, n. 100, p. 93-100, 3. trim. 2003.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v. 830, p. 709-714, dez. 2004.

ARAGÃO, Joaquim José Guilherme et al. Construindo modelos de relações institucionais e reguladoras no transporte público urbano. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 24, n. 94, p. 35-56, 1. trim. 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo*. 1986. 160 p. Dissertação (Livre docência de Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS (ANTP). Grupo de Trabalho de Acessibilidade da Comissão de Transporte Metro-Ferroviário. Gratuidade nos Transportes. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27/28, n. 107/108, p. 109-119, 3./4. trim. 2005.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS (ANTP); BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios*. [São Paulo], 2006. (Série Cadernos Técnicos, v. 3).

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANCO MUNDIAL. O paradoxo da estratégia de transporte urbano. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27, n. 104, p. 105-120, 4. trim. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2, p. 47-81.

_____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 11).

BLONDEAU, Ange. *La concession de service public*. Paris: Dalloz, 1933.

BORGES NETTO, André Luiz. A inconstitucionalidade de lei estadual que concede gratuidade no transporte coletivo intermunicipal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 30, p. 204-210, jan./mar. 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASILEIRO, Anísio; HENRY, Etienne. Secretaria de Viação, fabricação e promoção do sistema ônibus brasileiro. In: BRASILEIRO, Anísio; HENRY, Etienne (Orgs.). *Viação ilimitada: ônibus das cidades brasileiras*. São Paulo: Cultura, 1999. p. 47-118.

CADAVAL, Maurício. Integração tarifária e diversificação. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 28, n. 109, p. 29-33, 1. trim. 2006.

CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2005. p. 159-181.

_____. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. 2004. 300 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 99, p. 305-325, 2004.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar; FGV, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1979. v. 2.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa ilustrado*. 11. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Civilização Brasileira, 1967.

FERREIRA NETTO, Antônio Maurício. O papel da regulação: direito ao transporte e a mobilidade urbana sustentável: instrumento de combate à pobreza pela inclusão. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 25, n. 100, p. 65-76, 3. trim. 2003.

FONSECA, Cibele Benavides Guedes da. *Estatuto do Idoso comentado*. Coordenação de Naide Maria Pinheiro. Campinas, SP: LNZ, 2006.

GOMIDE, Alexandre Ávila. Mobilidade urbana e inclusão social: desafios para o transporte urbano no Brasil. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 25, n. 100, p. 57-64, 3. Trim. 2003.

_____. Transporte urbano e inclusão social: elementos para políticas públicas. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 26, n. 103, p. 15-48, 3. trim. 2004.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; MORALES, Carlos A.; BERTOTTO, Luiz Carlos. *Proposta de barateamento das tarifas do transporte coletivo público urbano por ônibus*. Brasília: Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Transportes e da Mobilidade Urbana. Departamento de Cidadania e Inclusão Social 2006. (Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/media/RelatorioBarateamentodasTarifasREVISADO.pdf>>. Acesso em: 25.10.2006).

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção temas de direito administrativo, 6).

_____. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 182-231.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E INFORMAÇÃO EM TRANSPORTE (ITRANS). *Mobilidade e pobreza: pesquisa sobre a mobilidade urbana na população de baixa renda*. Relatório final 2004. [Brasília], 2004.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Serviço público na França. In: _____. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 17-76.

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

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

LIMA, Alberto; HENARES, Halley. A tarifa, os tributos e o usuário. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27, n. 105, p. 9-22, 1. trim. 2005.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARCOS, Anabela Maria Bello da S. B. de Figueiredo. *O financiamento dos transportes colectivos urbanos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Org.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 331-351.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Orgs.). *Comentários à Lei de responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLERAY, Fabrice. École de Bordeaux, école du service public et école duguiste: proposition de distinction. *Revue du Droit Public*, Paris, LGDJ, n. 6, p. 1.891-1.896, 2001.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1997. (Droit Fundamental).

MONEDERO GIL, Jose Ignácio. *Doctrina del contrato del estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977. (Estudios de Hacienda Pública).

MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do direito administrativo e princípio da eficiência. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs). *Administração pública, direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polemicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25-54.

_____. Competência, Trânsito e transporte intermunicipal perante a Constituição Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.12, p.323-326, jul./set. 1995.

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 237, p. 165-196, jul./set. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORGAN, Edmund S. Constitutional history before 1776. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. *American constitutional history: selections from the encyclopedia of the American Constitutions*. New York: Macmillan, 1989. p. 1-17.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, César A. Guimarães. A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 300-352.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINHEIRO, Rossana Campos Cavalcanti. *Estatuto do Idoso comentado*. Coordenação de Naide Maria Pinheiro. Campinas, SP: LNZ, 2006.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998. (Temas de Direito Administrativo, 2).

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

RAYMUNDIE, Olivier. *Gestion déléguée des services publics em france et en europe*. Paris: Le Moniteur, 1995. (Collection L'Actualité Juridique).

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, p. 176-184, out./dez. 2000.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. La prorroga de las concesiones de servicios publicos en España. *Revista de La Facultad de Derecho de México*, México, v. 40, n. 169/171, p. 256-279, ene./ jun. 1990.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria general de los servicios publicos*. Buenos Aires: Ad Hoc; Villela, 1999.

SÃO PAULO (Cidade). Prefeitura. Secretaria Municipal de Transportes. *São Paulo interligado: o plano de transporte público urbano em implantação na gestão 2001-2004*. São Paulo, 2004.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Coordenadoria de Transporte Coletivo. *O transporte de passageiros da região metropolitana de São Paulo: Desempenho econômico e financeiro do Metrô, CPTM e EMTU. Valores anuais – 1991-2005- Valores mensais – 2005.* São Paulo, 2005. (Documento de circulação interna).

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo.* 3. ed. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1974. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 2. ed. de acordo com a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006 (DOU de 9.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 2, n. 2, p. 27-64, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas.* São Paulo, Malheiros, 2005. p. 15-44.

_____. *Direito administrativo ordenador.* 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Fundamentos de direito público.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 605-636.

SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o *The New Deal*. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano.* São Paulo: Editora 34, 2004.

TÁCITO, Caio. Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 200, p. 338-348, abr./jun. 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A fiscalidade dos serviços públicos no estado da sociedade de risco. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 121-159.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. Desvendando a política brasileira de mobilidade urbana. *Revista dos Transportes Públicos*, São Paulo, Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), ano 27/28, n. 107/108, p. 11-36, 3./4. trim. 2005.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Universitaires de France, 1990.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 377-416.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. O princípio da generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 227, p. 111-130, jan./mar. 2002.