

O REGIME REMUNERATÓRIO DAS CONCESSÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

THE PAYMENT REGIME OF PUBLIC CONCESSIONS IN BRAZIL

Pedro Dias de Oliveira Netto

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2013).

Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (2016). Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduando em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco. Conciliador voluntário do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da JFPE (CEJUSC).

RESUMO: A concessão de serviço público trata-se de instituto dos mais antigos no Brasil. Em momento anterior à proclamação da República, em 1808, já é possível verificar atos de concessões praticados pelo príncipe regente D. João VI. Parte essencial dos contratos de concessões públicas diz respeito à forma em que a remuneração do parceiro privado ocorrerá. O objetivo deste trabalho é analisar os parâmetros da remuneração obtida pela cobrança da tarifa aos usuários; a natureza jurídica das contraprestações pagas pelo Poder Público nos contratos de PPPs; bem como, a possibilidade dos incentivos fiscais atuarem como mecanismo (in)direto de pagamento e seus efeitos nos contratos de concessões.

Palavras-chave: concessões públicas. tarifa. contraprestação pública. incentivo fiscal.

ABSTRACT: The public service concession is one of the most ancient institute in Brazil. Previously the Proclamation of the Republic, in 1808, it is possible to recognize acts of concessions managed by regent prince D. João VI. Essential part of public concessions contracts concerns how to manage and which are the correct form over the concessionaire's remuneration. The intent of this work is to analyze the parameters of the remuneration obtained by users fees; the legal nature of the amount paid by the Government in PPPs contracts; as well as the possibility of tax incentives acts as (in)direct mechanism of payment and its effects on contracts of public concessions.

Key-words: public concessions. fee. public payment. tax incentives.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará as possibilidades de remunerações das concessões de serviços públicos no Brasil. Embora sejam amplas e diversificadas as pesquisas realizadas sobre as concessões públicas no direito comparado, o estudo limitar-se-á, em grande parte, em analisar este instituto através da doutrina nacional e a legislação pertinente ao tema, sendo dividido em quatro capítulos.

No Capítulo I, serão feitas considerações iniciais para demonstrar a evolução histórica das concessões públicas nacionais. Assim sendo, mostra-se imprescindível analisar as transformações dos modelos econômicos abarcados entre os séculos XVIII e XXI e algumas concepções fundamentais para permitir compreender os moldes das concessões de serviços públicos dos dias atuais.

No Capítulo II, as concessões públicas serão analisadas sob a ótica da Lei n.º 8.987/95. Neste ponto, a remuneração do concessionário será tratada, sobretudo, como aquela obtida pela cobrança das tarifas aos usuários. Também serão estudados os métodos para a fixação da tarifa e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Capítulo III examinará a natureza jurídica das contraprestações pagas pelo Poder Público à concessionária na modalidade de uma concessão patrocinada ou administrativa (Parcerias Público-Privadas), sendo estas consideradas como concessões especiais que surgiram com a vigência da Lei n. 11.079/04.

O incentivo fiscal como mecanismo (in)direto de pagamento será o tema do Capítulo IV. Assim sendo, serão abordadas as modalidades de incentivos fiscais previstas no ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos acarretados às concessionárias e aos usuários do serviço público em decorrência dos incentivos concedidos.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

1.1. Transformações dos modelos econômicos (sécs. XVIII-XXI)

O sistema de fornecimento de serviços públicos, ao longo do tempo, passou por diversas transformações. As tendências econômicas desenvolvidas por países estrangeiros influenciaram as formas em que o Estado brasileiro atuava, direta ou indiretamente. Deste modo, diversas mudanças ocorreram na relação entre o setor público e o setor privado.

Importante, no entanto, ainda que de modo conciso e para melhor contextualização da pesquisa, mencionar a conjuntura em que as nações encontravam-se a partir do século XVIII até os tempos atuais.

Em primeiro lugar, no período posterior à Revolução Francesa (1789-1799), o Estado Liberal arrimou-se como uma referência a ser seguida, sendo marcado pela forte abstenção do Poder Público. O Estado somente deveria atuar nas hipóteses em que sua presença fosse indispensável para garantir os direitos previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, de maneira bem simplista, podem ser sintetizados como os direitos à propriedade privada, liberdade, igualdade e fraternidade, lema dos revolucionários franceses.

Destarte, o período supramencionado não foi propício para que ocorressem intervenções do Estado a nível operacional ou normativo.

A participação mínima do Estado não foi suficiente para reduzir as desigualdades econômicas e sociais que se instalavam em grandes proporções. As questões atinentes aos serviços de interesse social eram, por muitas vezes, repassados ao setor privado sem qualquer forma de regulação ou fiscalização da atividade.

O cenário era de crescente tensão, conflitos sociais e, principalmente, as crises econômicas das primeiras décadas do século XX, da qual a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque (1929) tornou-se um marco histórico por consequência do impacto econômico substancial que ocasionou.

Importante mencionar neste momento que em 1936 foi publicado o livro “*Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*”, por John Maynard Keynes, que, de certo modo, foi utilizado como base para as medidas econômicas adotadas pelo governo de Roosevelt no *New Deal*, oferecendo um claro argumento para a intervenção governamental, sobretudo pela utilização da política fiscal.¹

Sem olvidar, ainda, o período conturbado vivenciado nesta época em decorrência dos conflitos bélicos que, ao seu término, e somado com os outros fatores, necessitavam realizar mudanças na concepção e atuação do Estado para assegurar amplos direitos sociais e reduzir as desigualdades econômicas.

Em substituição ao modelo pretérito, ganha força o Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*) com grandes referenciais a Constituição Mexicana de 1917 e a Carta Alemã de Weimar.

O Estado do Bem-estar Social defende a atuação ativa do Estado na busca da justiça social e, para tanto, centralizava a realização de serviços públicos e até de interesse econômico através da criação de instituições típicas do setor privado por parte da Administração Pública.

1 - BLANCHARD, Olivier. Macroeconomia. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004, p. 576.

Para atingir as metas de intervenção do Poder Público e garantir o bem-estar social, foi necessário ampliar a estrutura administrativa e as atribuições do Estado. Este modelo elevou o aumento da burocracia, estabeleceu monopólios estatais, tornou pouco eficiente a execução direta de determinados serviços públicos, e elevou bastante os gastos públicos.

Destarte, o enfraquecimento do *Welfare State* ocorreu de maneira gradual e com aspectos diferentes entre os países. Nos países industrializados, a crise fiscal, provocada pelos elevados gastos públicos, contribuiu para agravar as divergências entre o poder público, empresários e trabalhadores, que almejavam assegurar seus próprios interesses.

A partir dos anos de 1970, com o surgimento do modelo que ficou conhecido como Estado Subsidiário, ou Estado Neoliberal, desenvolve-se a ideia da necessidade de desburocratizar o Estado e reduzir a estrutura administrativa com a entrega ao setor privado das tarefas de caráter puramente econômico.

Não obstante, tal mudança não deve ser interpretada como uma referência completa ao modelo estatal adotado pelo Estado Liberal. Somado à menor intervenção direta do Estado na economia, foram acrescentados mecanismos de gestão, controle, fiscalização e regulação, objetivando que os serviços públicos prestados contemplem também a justiça social.

Na Grã-Bretanha, a Primeira-Ministra Margaret Thatcher (1979-1990) propôs uma série de desestatizações para frear o abismo econômico britânico, sendo precursora deste modelo de Estado que estava tornando-se tendência entre os países. Observa-se a título de curiosidade, que a fábrica britânica de carros *Rolls Royce*, até o ano de 1987, também era uma empresa estatal, sendo privatizada posteriormente.

De maneira bastante concisa, podemos apontar algumas vertentes principais do modelo de Estado Subsidiário: (i) reduzida participação estatal nas decisões da economia do país; (ii) privatização das empresas estatais que atuam em atividades econômicas não-essenciais; (iii) desburocratização do estado com a criação de leis e regras de regulação, fiscalização e controle; (iv) proibição do controle de preços dos produtos e serviços por parte do Estado; (v) base da economia formada por empresas privadas.

1.2. As concessões de serviços públicos

Após esta breve menção aos modelos econômicos mundiais, torna-se possível realizar uma compreensão holística no que diz respeito ao surgimento dos contratos de concessões de serviço público ao longo da sua história, haja vista se tratar de instituto dos mais antigos do direito administrativo.

O conceito clássico dos contratos de concessões remete ao julgamento do caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916, onde o Conselho de Estado da França deu os primeiros passos para delimitar o que, de fato, consistiria a concessão de serviço público, o qual se disseminou perante outros países que se espelhavam no ordenamento jurídico francês.²

O objetivo desta caracterização era identificar quais contratos administrativos poderiam ser considerados uma concessão ou não. Assim sendo, a definição ficou estabelecida da seguinte maneira:

A concessão é um modo de gestão resultante de um ato denominado de ‘contrato de concessão’, pelo qual uma pessoa administrativa (o concedente) encarrega outra pessoa, física ou jurídica, privada ou por vezes pública (o concessionário), de gerir e de fazer funcionar por sua conta e risco um serviço público, mediante diversas vantagens, notadamente o recebimento de taxas dos usuários.³

Para analisar o instituto das concessões brasileiras é preciso compreender que foram absorvidas várias características de herança portuguesa. O recurso da Coroa portuguesa às concessões, seja para ocupação de extensões territoriais, seja para delegar a exploração de atividades comerciais e rotas marítimas, foi determinante na colonização brasileira.⁴

Durante o período da vinda da família real para o Brasil, em 1808, é possível verificar atos concessórios emanados do príncipe regente D. João VI. Já no ano de sua chegada ao país, o regente editou a Carta Régia de 24 de novembro de 1808, concedendo a Luiz de Souza Menezes, por dez anos, o direito e o privilégio de explorar a mineração de ferro em Minas Gerais.⁵ Fato semelhante ocorreu à concessão de comércio entre as capitânicas de Goiás e do Pará, outorgada por meio da Carta Régia de 5 de setembro de 1811, onde foram concedidos privilégios de realização do comércio entre as duas capitânicas.⁶

Destarte, o recurso às concessões seguiu firme após a independência do Brasil. Em 29 de agosto de 1828 D. Pedro I editou a lei que estabelecia regras para a construção de obras públicas necessárias para navegações de rios, aberturas de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos.⁷

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

3 - AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert, 1969. In: SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 26.

4 - MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 75.

5 - Cartas de Alvarás, Decretos e Cartas Régias, 1891, p. 165. In: MARQUES NETO, op. cit. p. 77.

6 - Coleção de Leis do Império do Brasil, 1811, p. 101. In: MARQUES NETO, op. cit. p. 77.

7 - MARQUES NETO, op. cit. p. 79.

D. Pedro II, em seu longo período de reinado efetivo, foi o governante que mais recorreu ao instituto da concessão, seja para permitir a implantação e a operação de utilidades públicas, ou para admitir que particulares explorassem atividades ou inventos.⁸

Objetivando estabelecer uma comparação pretérita e atual das concessões públicas brasileiras, importante se faz abordar as lições doutrinárias predominantes, das quais cito, por exemplo, os juristas Mauricio Portugal Ribeiro⁹, Navarro Prado e Francisco Cavalcanti¹⁰, que, por via de regra, dividem a evolução dos contratos de concessão no Brasil em três fases.

A primeira fase ocorreu no final do século XIX, em período no qual a carência de recursos técnicos e capital nacional para viabilizar a implantação dos projetos de infraestrutura fazia necessária a criação de um ambiente que desse aos investidores internacionais a segurança para a realização dos investimentos. A principal função dos contratos de concessão então celebrados era proteger o concessionário de eventual concorrência pelos anos necessários à amortização do seu investimento, e, dessa forma, garantir o adequado retorno na implementação e operação do serviço.¹¹

Salienta, desta maneira, o professor Francisco Cavalcanti, que as concessões desta época foram utilizadas em atividades que demandariam elevados investimentos e representavam o domínio de tecnologia mais avançada. Deste modo, as concessões durante o período Imperial representaram importante forma de exploração econômica de serviços de competência estatal.¹²

Um dos exemplos típicos dessa fase das concessões eram os contratos para a construção de ferrovias e prestação do serviço ferroviário de carga e de passageiros e, conforme mencionado anteriormente, seu marco temporal situou-se na época Imperial do final do século XIX. As primeiras ferrovias brasileiras, como a D. Pedro II, a Estrada de Ferro do Recife, a Estrada de Ferro da Província de Pernambuco, a Estrada de Ferro da Bahia à Vila de Juazeiro, a Estrada de Ferro de Mauá, a Estrada de Ferro Santos-Jundiá¹³, são algumas concessões de serviço público deste período.

No que tange ao aspecto remuneratório, o concessionário era ressarcido integralmente pelo custo da obra e, também, pelo valor de até 5%

8 - MARQUES NETO, op. cit. p. 80.

9 - RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – Fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

10 - CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). Estudos latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

11 - RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 37.

12 - CAVALCANTI, op. cit. p. 239.

13 - CAVALCANTI, op. cit. p. 237.

sobre o valor total a título de remuneração. Ainda, a Administração Pública garantia ao concessionário a exclusividade do uso de cinco léguas de terra, para cada lado, ao longo da ferrovia, as quais podiam ser exploradas pelo concessionário e nas quais nenhuma outra infraestrutura de transporte poderia ser implantada.¹⁴

Observa-se que algumas características das concessões de serviço público pretéritas podem ser comparadas com o modelo atual. Para tanto, faço menção à pesquisa elaborada por Francisco Cavalcanti, ao analisar a obra de Veiga Cabral, cujos elementos da concessão da Estrada de Ferro D. Pedro II podem ser sintetizados da seguinte maneira:

- a) *autorização legislativa, na Resolução Legislativa n. 641, de 26 de junho de 1852;*
- b) *a concessão, compreendendo o “privilegio do caminho de ferro”, por prazo não superior a noventa anos, contado da incorporação da companhia;*
- c) *direito da companhia de desapropriar, na forma da lei, os terrenos particulares necessários ao leito do caminho de ferro, estações, armazéns e demais obras adjacentes, “sendo-lhe para o mesmo fim concedidos os terrenos devolutos e nacionais”;*
- d) *exclusividade, não se podendo conceder outros caminhos de ferro a uma distância de cinco léguas de cada um dos lados, salvo acordo com a concessionária;*
- e) *durante o prazo da concessão, teria a concessionária “direito de perceber os preços de transportes fixados pelo governo na tabella organizada de accordo com a companhia, cujo máximo não excederá o custo actual das conducções garantindo o governo à concessionária o juro de até 5% do capital empregado na construcção da estrada de ferro.”*¹⁵

A segunda fase da evolução dos contratos de concessão ocorreu a partir dos anos 30 do século XX¹⁶. Especificamente durante o Governo de Getúlio Vargas, com a criação de instrumentos para intervenção direta do Estado na atividade econômica, tais como a criação de diversas empresas estatais, sobretudo nos setores de infraestrutura e de indústria de base.

Diante deste cenário os contratos de concessões perderam sua força. Como os contratos eram celebrados com entidades administrativas controladas pelo Governo, o contrato de concessão se tornou, de certo modo, dispensável

14 - RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 37.

15 - VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. Direito administrativo brasileiro, 1857, p. 408/409. In: CAVALCANTI, op. cit. p. 238.

16 - RIBEIRO; PRADO, op. cit. p. 38.

em relação ao poder que o Governo já detinha enquanto controlador das estatais. Em alguns casos os contratos sequer eram celebrados, ou o foram anos após o início da exploração do serviço pelas respectivas estatais.

Destarte, salienta-se a opinião de Walter Álvares, no final dos anos setenta do século passado, onde abordou questões atinentes à desorganização e a insegurança jurídica do instituto das concessões no setor de energia elétrica:

*(...) como a União, há mais de quarto de século, não tem assinado contratos de concessão, segue-se que todas essas atuais concessões outorgadas estão sem condições expressas e, na hipótese de encerrada a concessão ao fim de trinta anos (...) será necessariamente com indenização (...) como essas não tem sido assinadas segue-se que todas as atuais concessões estão sem prazo certo. Por conseguinte, se não se conhece o prazo, a rigor não se poderá falar em reversão, desde que a reversão só ocorre ao término do contrato de concessão.*¹⁷

Verifica-se, portanto, que diversos problemas foram encontrados nesta segunda fase das concessões de serviço público no Brasil. O preço político das tarifas, a insegurança jurídica dos procedimentos impositivos de sanção, entre outros vícios formais e materiais, apresentaram-se em praticamente todas as áreas nas quais a figura da concessão esteve presente. Não obstante, em alguns casos as concessões foram outorgadas sem procedimentos seletivos, muitas vezes em função de meros favorecimentos, como aconteceu com o setor de transporte rodoviário de passageiros no âmbito interestadual.¹⁸

Por fim, a terceira fase da história dos contratos de concessão de serviço público ocorreu a partir dos anos noventa, onde ocorreram modificações de relevo para atender ao novo modelo de Estado pretendido.

Neste período foram suprimidos monopólios; alteraram-se as regras restritivas à existência de concessionárias não-estatais em áreas relevantes como telecomunicações, petróleo, gás canalizado nas áreas urbanas; também foram modificadas as regras referentes às licitações para empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.¹⁹

Com a vigência das Leis n.º 8.987/95 (Lei Geral das Concessões) e 9.074/95, estas foram consideradas instrumentos indispensáveis, ao lado da criação do modelo de agências reguladoras, para se alcançar sucesso no programa de reforma pretendido pela Constituição de 1988.

17 - ÁLVARES, Walter. Curso de direito da energia, 1978, p. 328. In: CAVALCANTI, op. cit. p. 243.

18 - CAVALCANTI, op. cit. p. 243.

19 - CAVALCANTI, op. cit. p. 244.

Assim sendo, a reforma do Estado brasileiro foi uma inversão da tendência adotada a partir da década de 1930. Baseada nos preceitos do modelo de Estado Subsidiário (ou Neoliberal), pretendeu-se transferir para a iniciativa privada o investimento e a operação dos serviços públicos, com objetivos, entre outros:

- a) Reduzir os compromissos de investimento direto do Estado em setores nos quais é viável a exploração pela iniciativa privada;
- b) Permitir a concentração do Estado no provimento de serviços que não geram retornos suficientes para interessar a iniciativa privada e na regulação e fiscalização dos serviços públicos cuja exploração se tenha transferido para a iniciativa privada;
- c) Utilizar os recursos obtidos com a alienação das estatais para abatimento da dívida pública; e
- d) Beneficiar a sociedade com o aparente aumento de eficiência trazida pela gestão privada dos serviços.

Analisando o instituto das concessões de serviço público sob a ótica do direito positivo, verifica-se que a Constituição da República de 1988 estabeleceu, em seu art. 175, os princípios básicos do regime de concessão e permissão de serviços públicos do seguinte modo:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter o serviço adequado.

O conceito infraconstitucional do instituto da concessão de serviços públicos pode ser verificado na Lei nº 8.987/95, que em seu art. 2º, II, define como

(...) 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.

Destarte, no que tange à delimitação do conceito de “serviço público”, é possível admitir diversas acepções, que podem adotar sentido amplo, como sinônimo de atividade estatal, bem como um sentido mais restrito, compreendendo exclusivamente as atividades prestacionais diretas e *uti singuli* a cargo do Estado.

Nesse passo, a doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto aduz que a compreensão do objeto das concessões de serviço público pode ser interpretada da seguinte maneira:

(...) analisando o regime normativo constante da Lei n.º 8.987/1995 (em particular a partir do recorte dado pelo advento da Lei n.º 11.079/2004), podemos passar ao largo dessa discussão conceitual e identificar o objeto da concessão comum a partir de três elementos: ser ela uma atividade prestacional (serviço) (i) sobre a qual o Poder Público tem um dever de oferta; (ii) a que possa ser objeto de uma relação econômica explorável pelo privado e (iii) cuja exploração econômica possa ser valorada em unidades individuais de fruição, o que obriga a que tal prestação seja divisível e quantificável.²⁰

No final do ano de 2004 surgiram novas modalidades especiais de concessões públicas. Com o advento da Lei nº 11.079, foram constituídas as parcerias público-privadas: intituladas de concessão patrocinada e concessão administrativa.²¹

A concessão patrocinada, de acordo com o conceito legal contido no art. 2º, §1º, da Lei n.º 11.079/04, é modalidade de concessão de serviço público ou de obra pública de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A modalidade estabelecida como concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, conforme versa o art. 2º, §2º, desta mesma Lei.

Ao analisar os contratos de concessões públicas de maneira conglobante, é possível compreender que nestes instrumentos administrativos são produzidos efeitos trilaterais. Apesar de ser celebrado entre o poder concedente e o concessionário, os seus efeitos refletem em terceiros, os usuários.

20 - MARQUES NETO, op. cit. p. 177-178.

21 - Aspectos doutrinários referentes às divergências do enquadramento jurídico das Parcerias Público-Privadas como espécie do gênero concessões públicas serão abordados em capítulo posterior neste trabalho.

Bastante elucidativa é a lição de Héctor Jorge Escola²² sobre os efeitos trilaterais da concessão pública:

A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se estendem em relação a ele. De tal modo, a situação, do usuário não é senão uma situação jurídica objetiva, que se origina no fato mesmo da utilização do serviço público. São indiferentes – estando sempre no campo dos serviços públicos uti singuli – as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; só dita utilização gera direitos e impõe obrigações.

Ainda, acrescenta o autor que

(...) estas relações jurídicas, estabelecidas entre o concessionário e o usuário, resultantes da utilização potencial ou efetiva do serviço, podem aparecer às vezes com o caráter e o alcance de uma relação contratual, quando as normas legais assim o estabeleçam, quando efetivamente se formaram sob a forma de uma relação dessa classe, ou quando a regulamentação do serviço permite utilizar o mecanismo contratual, e em outras aparecem com o caráter e o alcance de uma relação regulamentar.

É evidente a possibilidade de existirem interesses conflitantes e de certa forma antagônicos desta relação trilateral.

O interesse primário do Poder Público será alcançado através da garantia dos interesses coletivos, cuja efetivação decorre através de duas consequências: a) Administração Pública exerce seu controle e poder sobre o serviço por meio de poderes como a encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais, aplicação de sanções etc.; b) o concessionário deve ser submetido aos princípios inerentes à prestação dos serviços de interesse público como forma de garantir a satisfação dos objetivos sociais buscados com a prestação.²³

Do outro lado, a empresa concessionária do serviço público que explore atividade lucrativa, visa sempre à maximização do maior lucro possível,

22 - ESCOLA, Jorge Héctor, 1979. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.

23 - SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário – Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 38.

pois, diante de um cenário capitalista, não estará prestando um serviço por exclusiva finalidade social. Para tanto, a remuneração deve alcançar os custos da prestação do serviço, bem como a garantia de um retorno justo em termos de lucratividade.

Destarte, para que a concessão alcance a finalidade social a que se propõe, a remuneração do concessionário não pode ser uma barreira ao acesso dos usuários ao serviço fornecido. Ao dificultar ou impedir o acesso ao serviço, em decorrência das altas tarifas cobradas, o Estado estaria omitindo-se no fornecimento de serviço público cuja titularidade é detentor.

Objetivando fornecer uma visão conglobante sobre elemento essencial do contrato de concessão de serviço público, o presente artigo será delimitado na análise do regime jurídico da remuneração paga aos concessionários em suas diversas modalidades e possíveis consequências no orçamento da Administração Pública.

2. A REMUNERAÇÃO PROVENIENTE DAS TARIFAS

2.1. A tarifa e os métodos para a sua fixação

Prevista no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição da República de 1988, a tarifa corresponde a um valor estabelecido pelo Poder Público, mediante a celebração de um contrato administrativo, por vezes com base na proposta formulada pelo concessionário na licitação.

No âmbito infraconstitucional a lei geral das tarifas corresponde à Lei n.º 8.987/95, que trata da política tarifária. Entretanto, é preciso ressaltar a possibilidade de leis específicas afastarem a aplicação da lei geral em determinados setores e, deste modo, apresentarem peculiaridades na especificação da política tarifária. Refiro-me, a título exemplificativo, à Lei n.º 9.472/97 – Lei de Telecomunicações, que em seu art. 210 afasta expressamente a aplicação das Leis 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95 às concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência.²⁴

A escolha da tarifa como, em regra, opção de pagamento ao concessionário decorre da ideia de atribuir aos usuários o custeio das despesas (com pessoal, com manutenção e ampliação da estrutura, aquisição de equipamentos etc.) e o lucro decorrente do serviço prestado. Assim sendo, pode-se dizer que não há serviço público gratuito em termos econômicos. Uma frase bastante conhecida em países ingleses é “*there ain't no such thing as a free lunch*”²⁵, pois sintetiza a ideia de que tudo cujo acesso possa ser

24 - SCHWIND, op. cit. p. 47

25 - Tradução livre: não existe almoço grátis.

considerado limitado, restrito, terá um custo, podendo ser pago diretamente ou por terceiros.

Em relação à tarifa, embora o art. 9º, caput, estabeleça que seja fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, tem-se que entender que, dependendo do critério a ser adotado para julgamento das propostas, a fixação da tarifa poderá ser da competência do poder concedente. Isso porque o art. 15 da Lei nº 8.987/95 estabeleceu sete critérios distintos de julgamento.

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de técnica;

VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnicas.

Destarte, imprescindível abordar a temática da fixação das tarifas inseridas em um contexto de política tarifária. Para tanto, serão analisados os termos definidos como tarifa social, tarifa com efeito arrecadatório em benefício do poder concedente, tarifas regulatórias e tarifas mínimas.²⁶

A tarifa social é bastante utilizada para retratar situações em que os recursos de parcela dos usuários do serviço são, em geral, escassos para custear as despesas do serviço e o retorno financeiro da concessionária. Há uma série de questões relacionadas na fixação de tarifas em decorrência da situação econômica.

As lições de Rafael Wallbach Schwind contextualizam, de maneira concisa, esta modalidade tarifária:

O Poder Público tem o dever de criar condições para que o maior número de pessoas possa efetivamente se utilizar do serviço, muitas vezes essencial para a satisfação das necessidades humanas mais fundamentais. Trata-se, em última análise, de uma preocupação com a universalização do serviço. Não basta apenas garantir o acesso físico ao serviço. É preciso instituir condições nas quais ele seja efetivo e

26 - SCHWIND, op. cit. p. 112.

concreto. Somente dessa forma haverá realmente a universalização de determinado serviço.

Isso significa que eventual impossibilidade econômica apresentada por determinado universo de usuários para arcar com os custos da prestação de um serviço tem de se resolver por meio da transferência desses encargos a outras pessoas, segundo instrumentos de solidariedade social, de modo que as pessoas desprovidas de riqueza não percam o acesso ao serviço.²⁷

O estabelecimento de uma tarifa social provoca certa divergência doutrinária. O motivo desta desavença cinge-se em torno da possibilidade de repassar os efeitos econômicos da tarifa social para as tarifas cobradas dos demais usuários.

O doutrinador supracitado entende ser impossível transferir os efeitos da tarifa social aos demais usuários, exemplificativamente, pelas seguintes razões²⁸:

- a) Como nem todos os membros da comunidade são usuários do serviço, o repasse dos efeitos econômicos das tarifas sociais aos demais usuários não atingirá um universo tão amplo de pessoas em comparação com a instituição de um subsídio estatal;
- b) Ao se compensar a instituição de uma tarifa social com o aumento da tarifa cobrada dos demais usuários, isso significa que aqueles usuários que mais utilizam o serviço arcarão com um peso maior em comparação com aqueles que consomem menos o serviço prestado, mesmo que o consumo mais elevado não seja resultado de uma posição econômica mais privilegiada.

Nesta mesma linha de raciocínio encontra-se o jurista Guimarães Pereira, cujo pensamento cinge-se da seguinte forma:

As tarifas sociais não devem ser compensadas por subsídios internos, mas por subsídios públicos oriundos de receitas gerais. Essa é a única das alternativas cogitáveis – ônus do concessionário, subsídio interno ou cruzado ou subsídio público – que atende integralmente aos princípios constitucionais aplicáveis (especialmente ao da capacidade contributiva).²⁹

Entretanto, há quem defenda a possibilidade de existir diferenciação entre as tarifas cobradas àqueles que demonstrem precária condição

27 - SCHWIND, op. cit. p. 113.

28 - SCHWIND, op. cit. p. 114.

29 - PEREIRA, César A. Guimarães. Usuários de serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

econômica. Para tanto, será preciso que ocorra uma autorização legislativa. Este é o entendimento de Marçal Justen Filho, ao abordar a questão:

É que a decisão sobre distribuição e redistribuição de riqueza depende da concordância dos titulares da riqueza. O princípio da legalidade destina-se, nesse campo, a evitar que o ocupante de cargo executivo valha-se da atividade administrativa para introduzir decisões políticas fundamentais. A instituição de tarifas sociais importa transferência de riquezas entre os usuários e não pode ser considerada como pura e simples atividade administrativa. Pressupõe a aprovação legislativa, instrumento pelo qual os representantes do povo manifestam sua concordância com soluções de reforma social. Caberá à lei autorizar essa solução e estabelecer os critérios fundamentais para a sua aplicação.³⁰

Em sequência, serão analisadas as tarifas com efeitos arrecadatórios em benefício do poder concedente. Nesses casos, a tarifa se destina não apenas a custear o serviço fornecido, mas também a ampliação da arrecadação estatal.

Exemplo extraído da lição de Rafael Wallbach Schwind³¹ diz respeito ao fato verificado em concessões de rodovias, em que muitas vezes se prevê que uma parcela da tarifa cobrada dos usuários seja revertida ao Estado a fim de que haja a manutenção e ampliação da malha viária não concedida à iniciativa privada.

Outra hipótese bastante usual trata-se das situações em que o concessionário deve pagar um valor pela outorga. É notório que o valor pago pela outorga represente um custo ao concessionário, que deve compensá-lo justamente na tarifa cobrada pela prestação do serviço. Observa-se que, diante do cenário de recessão econômica do Brasil, em 2015, o Governo Federal empenhou-se para tentar realizar outorgas de hidrelétricas com a finalidade principal de obter receita para equilibrar o orçamento público federal.

Em alguns momentos, a fixação da tarifa tem o objetivo de produzir uma indução de comportamento dos usuários quanto ao uso do serviço ou da infraestrutura. Para tanto, a doutrina denominou esse mecanismo como “tarifa regulatória”.³²

Por via de regra, a tarifa regulatória ocorrerá nos serviços que dependem de bens escassos, como, por exemplo, o abastecimento de água, ou cuja prestação encontra limites na capacidade instalada do sistema, como o fornecimento de energia elétrica. Nesses casos, o valor unitário consumido

30 - JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 377.

31 - SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário..., p. 118.

32 - SCHWIND, op. cit. p. 121.

pelos usuários é elevado de modo progressivo em função da intensidade do consumo ou do momento em que se dá a utilização do serviço.

Marçal Justen Filho denomina as tarifas nessa modalidade de “tarifas extrafiscais” em razão da semelhança com a extrafiscalidade tributária em que há previsão de tributos com o objetivo indutor de determinados comportamentos.³³

Observa-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou a possibilidade de tarifas regulatórias ao editar a Súmula n.º 407, cuja redação estabeleceu o seguinte teor: “É legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e faixas de consumo”.

Destarte, é válida a previsão de tarifas com efeito regulatório para incentivar o uso racional do serviço público que depende de bens escassos.

Por fim, existe a modalidade das tarifas mínimas (ou tarifas básicas). Estas consistem na cobrança de um valor periódico mínimo dos usuários por conta da disponibilidade do serviço. Trata-se de sistemática de cobrança prevista em diversos serviços de interesse social, prestados tanto sob delegação como diretamente pelo Estado.

Bastante precisa é a explicação de Rafael Wallbach Schwind para esta modalidade de tarifa:

A maioria dos serviços de interesse social depende de um sistema de prestação, ou seja, de uma infraestrutura que se encontra sob responsabilidade do prestador. Para que esse sistema seja mantido e possa ser acionado a qualquer momento pelo usuário, é imprescindível a permanente realização de investimentos e a adoção de uma série de providências, as quais envolvem certos custos para o delegatário. O prestador, portanto, enfrenta diversos custos fixos, que não são diretamente relacionados à efetiva utilização do serviço pelo usuário.³⁴

Em junho de 2008, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 356 para confirmar a legitimidade da cobrança de tarifas mínimas (ou básicas): “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.

Ainda que a súmula supracitada tenha abordado as tarifas mínimas apenas no serviço de telefonia fixa, é possível cogitar que os mesmos critérios devem ser aplicados a outros serviços nos quais a simples disponibilidade ao usuário provoca custos elevados que precisam ser cobertos de alguma forma. Por exemplo, os serviços de abastecimento de água, coleta de esgoto, fornecimento de energia elétrica, gás canalizado etc.

33 - JUSTEN FILHO, op. cit. p. 378.

34 - SCHWIND, op. cit. p. 124.

Para dar maior completude ao estudo realizado neste artigo, se faz imprescindível trazer um caso prático que aborda a questão tarifária. Destarte, será analisado parecer técnico proferido pelo jurista Carlos Ari Sundfeld³⁵.

O episódio gira em torno do pagamento de tarifa diferenciada em favor de usuária de grande porte dos serviços de saneamento básico.

A usuária do serviço entende se enquadrar nos requisitos de cliente de grande porte e por isso pleiteia uma tarifa diferenciada de 25% abaixo do preço normal. Ainda, pretende negociar o critério de reajuste anual dessa tarifa especial. Defende que o índice de reajuste da tarifa deve acompanhar algum dos índices oficiais que espelhem a inflação do período, por exemplo, IGP, IPCA, INPC, IPC etc.

No entanto, a concessionária estadual pretende aplicar os índices de reajustes e de atualização que vierem a ser aplicados em função da política tarifária geral, a que está submetida a prestadora estadual. Esses índices têm embutido uma recuperação tarifária ano a ano, situando-se acima da inflação, o que tem representado aumento real da tarifa pública cobrada dos usuários de aproximadamente 15% ao ano, o que, se aplicado, inviabilizaria comercialmente o contrato em negociação.

Para este caso, importante verificar que a matéria encontra-se regulada pela Lei nº 11.445/07, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento público, estabelecendo o art. 37 da referida lei que “os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais”.³⁶

Portanto, a questão cinge-se em relação a possibilidade de a concessionária praticar tarifa diferenciada para clientes de grande porte, comparativamente às cobradas dos usuários comuns, e, ainda, se o índice de reajustamento de preços nesse caso também pode ser diferenciado, desatrelado dos índices aplicáveis às tarifas públicas usualmente cobradas dos usuários.

Deste modo, Sundfeld começa analisando a viabilidade legal da tarifa especial para usuários de grande porte. Afirma que a tendência, cada vez mais presente nas legislações contemporâneas, é prever a possibilidade de diferenciação entre usuários em matéria tarifária. No entanto, só deve ser admitida quando houver diferenças quanto ao perfil de fruição do serviço pelos usuários que justifiquem, de fato, contraprestações distintas. Não fere a isonomia a previsão de que usuários com perfis objetivamente diferentes tenham tratamento tarifário também diferenciado.³⁷

35 - SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo contratual – Coleção pareceres; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

36 - SUNDFELD, op. cit. p. 96.

37 - SUNDFELD, op. cit. p. 96.

A própria Lei nº 8.987/95, em seu art. 13, prevê tal possibilidade, *in verbis*: *Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.*

No setor de saneamento básico, também há previsão na legislação nacional sobre a possibilidade de pactuação de tarifa especial para grandes usuários, art. 41 da Lei nº 11.445/07.

As regras gerais pressupõem a existência efetiva de porte diferenciado na contratação específica a ser firmada, que seja suficiente para justificar vantagens na tarifa cobrada da usuária em relação à tarifa comum.

Por fim, Sundfeld analisa a viabilidade legal da tarifa especial ter critério próprio de reajuste. Entende o autor que não há qualquer norma que impeça o tratamento diferenciado do contrato específico também em relação ao modo de atualização das tarifas. Muito pelo contrário. Se houver razão para a contratação apartada, é natural que também se justifique a instituição de modelo de atualização próprio. Isso serve para garantir a preservação da lógica econômico-financeira inicialmente pactuada entre as partes.³⁸ A justificativa econômica para tal fato é que os índices de reajuste da tarifa comum têm embutida a recuperação de perdas tarifárias passadas, que não faz sentido aplicar em tarifa especial nova, calculada com base em custos reais.

Entendemos acertada a colocação do parecer emitido por Carlos Ari Sundfeld. No entanto, pela própria dicção do art. 13 da Lei nº 8.987/95, seria possível fixar um valor monetário acima da tarifa comum, e não abaixo, como analisado no caso em tela.

Para determinar o valor diferenciado deve-se levar em consideração “os custos específicos provenientes do atendimento”. Ora, e se estes custos forem acima do modelo ordinário? Tal risco já estaria calculado no valor das tarifas comuns, onerando, assim, todos os usuários? Ou seria possível aplicar um valor maior isoladamente àqueles que determinaram custos elevados?

Assim sendo, acreditamos que devam ser utilizados fundamentos econômicos, como analisar o custo marginal, a eficiência na prestação do serviço de maneira conglobante, os limites da maximização dos lucros da concessionária, para, assim, poder estabelecer o valor apropriado pela tarifa.

2.2. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato

A relação entre a fixação de tarifas e o equilíbrio econômico-financeiro é bastante evidente no momento de definição dos termos concretos do contrato administrativo pactuado entre o poder concedente e o concessionário.

38 - SUNDFELD, op. cit. p. 100.

Ao propor o valor estipulado para a tarifa durante o processo licitatório, o licitante leva em consideração os riscos que terá de assumir caso seja o vencedor do certame e, desse modo, elabora proposta que preveja uma remuneração adequada em função daqueles encargos.

Destarte, a equação econômico-financeira constitui uma precificação do risco em face das oportunidades de ganhos.³⁹

Do ponto de vista legal, a Lei n.º 8.987/95 cuidou desta questão em três dispositivos. No art. 9º, três parágrafos tratam da preservação do equilíbrio no tocante às tarifas, ao prever sua revisão como forma de recomposição do equilíbrio (§2º); que essa revisão ocorra no caso de alteração de ordem tributária (§3º); e do ajuste concessório que traga desbalanceamento da equação contratual (§4º).

Floriano de Azevedo Marques Neto aduz que a aferição do desequilíbrio em uma concessão comum, ou seja, aquela prevista na Lei n.º 8.987/95, envolve quatro momentos, a saber:

- (i) a constatação de ocorrência de um evento com o condão de afetar o equilíbrio inicial;*
- (ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido;*
- (iii) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e*
- (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.⁴⁰*

No que tange às concessões celebradas com a roupagem de uma parceria público-privada, como bem observa professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora a Lei n.º 11.079/04 não fale literalmente em equilíbrio econômico-financeiro, não há como negar às partes a observância desse direito. Na concessão patrocinada, tal direito decorre da aplicação subsidiária da Lei n.º 8.987/95, em especial os arts. 9º e 10. Na concessão administrativa, não há disposição expressa nem aplicação subsidiária dos artigos anteriormente mencionados. No entanto, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro resulta de princípios como os da equidade, razoabilidade, continuidade etc.⁴¹

Não obstante, continua a autora supracitada, o art. 5º, III e IV, da Lei das PPPs prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária e à forma de remuneração e de atualização dos valores

39 - SCHWIND, op. cit. p. 74.

40 - MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 191.

41 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. São Paulo: Atlas, 2015, p. 159.

contratuais. Sendo, portanto, técnicas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos celebrados nas PPPs.⁴²

Ao aprofundar o tema em pesquisas doutrinárias, é possível verificar que o conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos cinge-se em torno das compensações de uma parte a outra, na ocorrência de eventos que configurem um risco atribuído a um contratante, mas que impacte, de um modo econômico e financeiro, a outra parte.⁴³

Não apenas os eventos gravosos geram direito à recomposição ao equilíbrio econômico-financeiro. Muitas vezes a ocorrência de evento benéfico para apenas uma das partes também pode gerar o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Para o jurista Mauricio Portugal Ribeiro, o motor de arranque de qualquer processo de reequilíbrio econômico-financeiro é a verificação da distribuição contratual dos riscos. É indispensável a verificação da matriz de riscos contratual, pois o direito ao reequilíbrio só surge se o risco do evento gravoso estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela que sofreu as consequências da sua ocorrência. A função, portanto, do sistema de equilíbrio é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual.⁴⁴

Nesse contexto, o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro terá como objetivo trazer o contrato real para a condição anterior à ocorrência do evento gravoso, utilizando como referência para tanto a representação do contrato em estado de equilíbrio.

No entanto, também é possível haver compensação entre as partes pela alteração, inclusão e supressão de escopos contratuais, particularmente no caso de inclusão de novos investimentos no contrato.

Ainda, utilizando as lições de Mauricio Portugal, o sistema de equilíbrio econômico-financeiro deve atender basicamente três funções:

- a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;*
- b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;*
- c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativas ou qualitativas) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo.⁴⁵*

42 - DI PIETRO, op. cit. p. 159.

43 - RIBEIRO, Mauricio Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs, 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396>. Acesso em: 20 de março de 2016.

44 - RIBEIRO, O que todo profissional de infraestrutura...,2014.

45 - RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São

Em relação à função (a), o autor supracitado entende que uma das finalidades do sistema de equilíbrio econômico-financeiro seria mitigar o risco de mudanças no contrato realizadas por oportunismo político.⁴⁶

Já a função (b), mencionada acima, seria um instrumento para garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos do contrato, pois permite que se realizem as compensações de parte a parte. É preciso, por isso, que haja um sistema contratual que permita a compensação do parceiro privado por ter sofrido as consequências gravosas de um risco atribuído pelo contrato à Administração Pública.⁴⁷

A função (c) tem por objetivo permitir alterações no contrato para adequá-lo às necessidades que decorram da passagem do tempo, mudança tecnológica, ou outras circunstâncias que requeiram alterações quantitativas ou qualitativas.⁴⁸

Destarte, sintetizando os casos mais usuais, o contrato administrativo das concessões pode estabelecer que o poder concedente proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro diante das seguintes hipóteses: a) pagamento direto de uma parte à outra; b) variação do valor da tarifa; c) variação do valor da contraprestação ou aporte público; d) variação do valor dos investimentos a serem realizados pelas partes; e) variação do prazo do contrato.

3. CONTRAPRESTAÇÕES PAGAS PELO PODER PÚBLICO

3.1. As concessões patrocinadas e administrativas (PPPs)

As parcerias público-privadas foram instituídas pela Lei n.º 11.079/04 como novas modalidades de contratos administrativos no âmbito das concessões de serviço público. Verifica-se que o objetivo do legislador foi ampliar a utilização do modelo concessionário para alcançar situações que até então seriam inviáveis se realizadas exclusivamente sob os ditames da Lei n.º 8.987/95.

Para tanto, foi necessária a criação de um regime jurídico que disciplinasse os diversos aspectos da participação estatal no custeio da remuneração do parceiro privado.

Esse entendimento é salientado pelo jurista Francisco Cavalcanti, ao lecionar que

Mostrar-se-ia, hoje, insuficiente tal conceito para alcançar, ou abarcar, aquilo que a legislação veio a estabelecer ao passar a incluir a figura

Paulo: Atlas, 2011, p. 105.

46 - RIBEIRO, op. cit. p. 106.

47 - RIBEIRO, op. cit. p. 106.

48 - RIBEIRO, op. cit. p. 106.

da parceria público-privada, expressamente como concessão, figura essa, as PPP, que, ontologicamente, não se enquadra naquele conceito tradicional, pois pode abranger serviços dos quais o Estado não é titular, que os exerce simultaneamente com particulares e, também, sem que haja remuneração por parte dos usuários. Em verdade, conforme será visto, as PPP têm uma acepção bem mais ampla, tanto à luz das situações em que podem ser utilizadas, no Brasil, como, explicitamente, em países que as utilizam com maior densidade e desenvoltura.⁴⁹

Nesse sentido, importante mencionar a observação inicial levantada por Francisco Cavalcanti, que, ao comparar as características das PPP com as pertinentes às concessões, ter-se-ia, para enquadrar uma PPP como concessão, que admitir ter havido uma “metamorfose das concessões”.⁵⁰ Como bem mencionado pelo doutrinador, nos seguintes termos:

A inserção das PPP como figuras representativas de um gênero de concessões é um grande equívoco científico.

Sabido é que, muitas vezes, a PPP pode valer-se de uma estrutura contratual de concessões, mas a sua abrangência é maior. A utilização de eventual e parcial da moldura de concessão não pode ter o condão de transformá-la naquele antigo modelo. Nas PPP, o ente público é participe do empreendimento, bancando parte do financiamento, é sócio na sociedade de propósito específico. E, como já se disse, a PPP, um instrumento intermediário entre a delegação, por conta e risco do delegado, e o exercício direto da atividade. O objetivo básico é aquele bem expresso pelo Tribunal de Contas português:

‘As parcerias público-privadas (PPP) constituem um modelo de contratação que permite ao Estado promover a obtenção de serviço público, através de uma estrutura contratual firmada com um parceiro privado, na qual se estabelecem obrigações mútuas que refletem uma alocação, a ambas as partes, dos riscos envolvidos.’⁵¹

Advertidas as observações fundamentais quanto ao enquadramento das PPPs como representante do gênero das concessões, passaremos para a análise das definições das novas modalidades, quais sejam, as concessões patrocinadas e administrativas.

A concessão patrocinada trata-se da espécie de concessão de serviço ou obra pública (regida pela Lei n.º 8.987/95) em que a remuneração do

49 - CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). Estudos latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 249.

50 - CAVALCANTI, op. cit. p. 252.

51 - CAVALCANTI, op. cit. p. 256.

concessionário esteja vinculada em uma contraprestação pecuniária provida pela Administração Pública. A esta modalidade aplicam-se as disposições da Lei n.º 11.079/04 e, subsidiariamente, a disciplina da Lei n.º 8.987/95.

Já a concessão administrativa configura um contrato administrativo de prestação de serviços (não necessariamente serviços públicos estritos), podendo envolver outras prestações, como o fornecimento de bens e/ou a execução de obra, em que a remuneração do parceiro privado seja provida por diversas formas jurídicas admitidas pelo ordenamento. O serviço objeto desta concessão poderá ser tomado diretamente pela Administração ou pelos usuários, hipótese em que a Administração figurará como usuária indireta. À concessão administrativa aplicam-se as disposições da Lei n.º 11.079/04, os arts. 21, 23, 25, 27 e 39 da Lei n.º 8.987/95 e o art. 31 da Lei n.º 9.074/95.⁵²

Deste modo, verifica-se que o modelo das PPPs serve a dois propósitos de natureza imediata: primeiro, revestir juridicamente os contratos que tenham por objeto concessões de serviços públicos cuja receita tarifária e outras receitas marginais se mostrem insuficientes a custear a prestação do serviço público, o qual engloba o custo operacional da concessão mais o lucro do concessionário; segundo, balancear o nível de risco envolvido em certos projetos estruturantes e de serviço público, permitindo, com a participação do Poder Público, na remuneração do concessionário, mitigar riscos que tornariam as possibilidades de financiamento pelo capital privado pouco atrativas.⁵³

Aspecto importante ao analisar o instituto das parcerias público-privadas, é entender por quais razões o administrador público deve optar por este modelo de concessão especial em detrimento de outras já consagradas formas como as licitações, as privatizações e as concessões previstas na Lei n.º 8.987/95.

Para tal questionamento, o professor Marcos Nóbrega⁵⁴ afirma que o primeiro ponto relevante é analisar a viabilidade do projeto sob a ótica dos investidores. Em projetos financeiramente autossustentáveis, a modelagem de concessões de serviços públicos (Lei n.º 8.987/95) seria a mais adequada, pois o empresário assumirá o risco do empreendimento e, decerto, somente o aceitará diante da autossustentabilidade do projeto. No caso de projetos que, diante dos altos riscos envolvidos e do elevado valor para a sua execução, não sendo possível o total ressarcimento apenas com a cobrança das tarifas aos usuários, não atraindo por completo o interesse da iniciativa privada, inserem-se as PPPs. Por fim, para projetos que devem ser assumidos integralmente pelo poder público, deve-se utilizar a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93) para a sua execução.

52 - GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20.

53 - GUIMARÃES, op. cit. p. 101.

54 - NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 152.

Todavia, para a escolha do melhor procedimento, o autor supracitado também defende a utilização do critério *Value of Money*: este procura captar o benefício total do projeto executado, considerando seu custo durante toda a sua vida útil, a qualidade do bem ou serviço prestado e as externalidades geradas, tais como o crescimento econômico, impacto ambiental, mobilização de recursos, impacto social e governança.⁵⁵

Ressalva-se, no entanto, caso a Administração Pública opte pela escolha das modalidades de concessões patrocinadas ou administrativas em detrimento das demais opções de prestação do serviço público, deverá provar a superioridade de tal escolha, demonstrando os ganhos de escala e atentando para o princípio da eficiência.⁵⁶

Outro aspecto basilar a ser mencionado encontra-se na estrutura econômica em que os contratos de PPPs são submetidos.

A execução do contrato subdivide-se em uma fase de investimentos, em que o parceiro privado incumbe-se de implementar a infraestrutura necessária para a execução do serviço, seguida por uma fase de operação, quando, a partir deste momento, passam a ser viáveis as contraprestações públicas que serão vinculadas ao cumprimento de metas de qualidade e de disponibilidade pelo parceiro privado.

Frisa-se, por oportuno, que o surgimento deste novo instituto veio permeado por controles diversos sobre a responsabilidade fiscal do Estado que passa a assumir compromissos financeiros de longo prazo em contratos administrativos.

3.2. Natureza jurídica das contraprestações em contratos de Parcerias Público-Privadas

Antes de analisar os enquadramentos jurídicos presentes na Lei n.º 11.079/04 que determinam as formas de contraprestações públicas, faz-se importante compreender a sua natureza econômica. Diante da diversidade de opiniões que possam ocorrer para determinar o conceito das contraprestações pagas pelo Poder Concedente, passamos a mencionar as lições de Rafael Wallbach Schwind, ao aludir que

As contraprestações públicas nas PPP, sob o ponto de vista econômico, têm a natureza de subsídios estatais. Destinam-se a viabilizar a aplicação da técnica concessória a determinados serviços que, de outra forma, para serem prestados de acordo com as exigências do Poder Público, não comportariam exploração por entidades privadas.

55 - NÓBREGA, op. cit. p. 153.

56 - NÓBREGA, op. cit. p. 153.

Também reforça a natureza econômica de subsídio o fato de as contraprestações públicas constituírem a aplicação de recursos obtidos perante toda a sociedade a serviços que serão desempenhados a um universo menor de pessoas. O Estado, portanto, aplica recursos amealhados perante toda a sociedade em benefício direto de uma parcela mais restrita de pessoas.⁵⁷

Prevista nos incisos do art. 6.º da Lei Geral das PPPs, as contraprestações públicas podem ser divididas em pecuniárias e não pecuniárias. As pecuniárias correspondem àquelas arroladas nos incisos I e II; do outro lado, as não pecuniárias são aquelas relacionadas nos incisos III e IV.

Importante, neste momento, mencionar a opinião de Carlos Ari Sundfeld⁵⁸, ao afirmar que, para existir uma concessão patrocinada, é necessário, entre outros fatores, que o parceiro privado receba uma contraprestação de natureza pecuniária do poder concedente.

Entretanto, entende de maneira divergente Rafael Schwind⁵⁹ ao afirmar que toda contraprestação pública tem valor econômico e, portanto, pode ser convertida em pecúnia.

Da redação do art. 6.º da Lei n.º 11.079/04 é possível verificar quatro formas preestabelecidas de contraprestação do Poder Concedente ao concessionário, quais sejam: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública e outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. Contudo, em seu inciso V, o artigo supracitado estabelece que podem ser criados outros meios de contraprestação, desde que admitidos em lei.

A ordem bancária trata-se do mecanismo mais usual de pagamento, pois envolve apenas o depósito do valor da contraprestação em conta bancária aberta pelo parceiro privado.

Em sequência, a contraprestação pode ser realizada através da cessão de créditos não tributários para o concessionário. Consiste em um negócio jurídico no qual o titular de uma obrigação a transfere a um terceiro, o qual fica sub-rogado nos direitos do cedente, é regida pelos arts. 286 e 298 do Código Civil. Observa-se que o Poder Concedente, ainda que se libere de tomar medidas acautelatórias do crédito cedido e não responda pela solvência do devedor, sempre será responsável ao menos pela existência do crédito, conforme prevê o art. 295 do Código Civil.⁶⁰

57 - SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário – Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 219.

58 - SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p.

59 - SCHWIND, op. cit. p. 225.

60 - SCHWIND, op. cit. p. 226.

A outorga de direitos em face da Administração Pública é outra hipótese de contraprestação ao parceiro privado. Por ter um conceito jurídico bastante amplo, torna-se difícil elencar todas as situações de outorga. Para isso, recorro aos exemplos encontrados na literatura de Rafael Wallbach Schwind⁶¹, assim sintetizados: a) a outorga do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento adotado para determinada área; b) outorga do direito do uso de solo; c) outorga de opções de compra de ações de sociedades na qual a Administração Pública detenha participação.

Por fim, a última forma de contraprestação pública prevista na Lei das PPPs consiste na outorga de direitos sobre bens públicos dominicais.

Os bens públicos são classificados pelo art. 99 do Código Civil em bens de uso comum do povo (por exemplo, rios, mares, estradas, ruas e praças), bens de uso especial (tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração pública), e bens dominicais. Ainda, o parágrafo único deste mencionado artigo, estabelece que, se a lei não dispuser ao contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A previsão de utilizar os bens dominicais para exploração de atividade da concessionária é defendida por Floriano de Azevedo Marques Neto como positiva. Pois, para o autor, é descabido que o Poder Público detenha um acervo de bens dominicais e não promova qualquer uso:

É imperativo o emprego econômico dos bens dominicais de forma a que eles cumpram a finalidade de gerar receitas para a Administração Pública. Isto não apenas pelo sobredito princípio da função social da propriedade (que interdita a ociosidade, a não utilização dos bens), mas também pelo princípio da economicidade, consagrado também pela Constituição e objeto de tutela pelos Tribunais de Contas (artigo 70, caput, CF).⁶²

Portanto, após esta breve análise, concluímos ser indispensável que o edital do certame de licitação da parceria público-privada preveja claramente quais serão as formas de contraprestações públicas aplicáveis ao caso concreto, de modo que os participantes possam mensurar adequadamente os riscos abarcados. Como cada forma de contraprestação apresenta peculiaridades, a sua definição prévia constitui um importante elemento para estabelecer

61 - SCHWIND, op. cit. p. 228.

62 - MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 222.

adequadamente a equação econômico-financeira aplicada ao contrato de concessão.⁶³

4. INCENTIVO FISCAL COMO MECANISMO (IN)DIRETO DE PAGAMENTO

4.1 Modalidades de incentivos fiscais

Uma variedade de termos pode ser utilizada para explicar, ou até mesmo delimitar, o campo de atuação dos incentivos fiscais. Algumas nomenclaturas são utilizadas internacionalmente para a abordagem deste instituto, por exemplo, *tax benefits*, *tax incentives*, *tax expenditure*, *exemptions*, *subventionen*.

Diante da necessidade de estabelecer parâmetros e regular a forma como o Administrador irá gerir os bens e o Erário, a doutrina nacional aprofundou a pesquisa acerca da matéria. Assim sendo, os incentivos foram divididos basicamente entre aqueles que operam na órbita da despesa pública ou na receita pública.⁶⁴

Inicialmente, para melhor compreensão do campo de atuação financeira dos incentivos fiscais, utilizamos como referência as lições de Ricardo Lobo Torres, ao afirmar que

*os incentivos que operam na vertente da receita estão em simetria e podem ser convertidos em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre eles é apenas jurídico-formal. A verdade é que a receita e a despesa são entes de relação, existindo cada qual em função do outro, donde resulta que tanto faz diminuir-se a receita pela isenção ou dedução, como aumentar-se a despesa, pela restituição ou subvenção, que a mesma consequência será obtida: o empobrecimento do ente público e o enriquecimento do contribuinte.*⁶⁵

Analisando sob a ótica da despesa pública, podemos encontrar a existência de três modalidades: subvenção, créditos presumidos e subsídios.

A subvenção trata-se de uma doação modal destinada a um fim específico que há de se coadunar com a intenção política da pessoa jurídica de direito público concedente. As principais subvenções de cunho econômico são aquelas destinadas ao custeio (correntes) ou ao investimento.

63 - SCHWIND, op. cit. p. 233.

64 - CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico dos incentivos fiscais. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 58.

65 - TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 293-294.

Quanto à natureza jurídica, pode ser entendida como um incentivo financeiro ou creditício, pois, segundo a doutrina majoritária, dos quais cito Modesto Carvalhosa e Marcos Vinhas Catão, a subvenção deve ser enquadrada como figura típica do direito financeiro, dadas as disposições legais⁶⁶ do nosso ordenamento jurídico.⁶⁷

Em sequência, a próxima modalidade trata-se do crédito presumido, que pode assumir natureza jurídica diversa, sendo por muitas vezes um subsídio, uma subvenção ou mera redução da base de cálculo. Nestes casos, o crédito presumido é utilizado como uma técnica tributária para adequação do montante a ser tributado. O Código Tributário Nacional, ou até mesmo os dispositivos constitucionais, não cuidou de detalhar a sua definição.⁶⁸

Como última hipótese de incentivos fiscais que atuam na despesa pública, temos os subsídios. Para Adilson Rodrigues Pires, esta modalidade pode ser definida da seguinte forma:

*Entende-se como subsídio toda ajuda oficial de governo, com o fim de estimular a produtividade de indústrias instaladas no país. O subsídio tem por objetivo promover o desenvolvimento de setores estratégicos sob o ponto de vista econômico, ou de regiões mais atrasadas, além de servir como instrumento de incentivo às exportações, sobretudo em países em desenvolvimento.*⁶⁹

Não obstante, há opiniões divergentes na doutrina quanto à natureza dos subsídios. Para Ricardo Lobos Torres “os subsídios podem ser incluídos no conceito mais abrangente de subvenção”. Pois, ao se basear nas lições de Karehnke, entende que os subsídios seriam apenas “falsas subvenções”.⁷⁰

O conceito de subsídio não deve compreender apenas o subsídio fiscal puro, enquadrado como espécie, mas toda e qualquer outra forma de ajuda que o governo possa oferecer, direta ou indiretamente, como, por exemplo, juros subsidiados em financiamentos realizados por instituições de fomento governamentais.

Como se sabe, o capital obtido pelas concessionárias de serviço público é oriundo, em grande parte, do banco de fomento do Governo Federal, através de juros subsidiados. Daí resulta a importância da análise, ainda que de modo perfunctório, desta modalidade de incentivo fiscal para a pesquisa deste estudo.

66 - Lei n.º 4.506/64, art. 3º. Decreto-Lei n.º 1.598/77 – subvenções de custeio.

67 - CATÃO, op. cit. p. 60.

68 - CATÃO, op. cit. p. 71.

69 - PIRES, Adilson Rodrigues. Práticas abusivas no comércio internacional, 2001. In: CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico..., p. 73.

70 - TORRES, op. cit. p. 296.

Já a modalidade dos incentivos que atuam no campo da receita pública, encontramos a isenção, o diferimento, a remissão e a anistia.

As isenções podem ser aplicadas sob duas óticas. Primeira, seria baseada no caráter negativo da norma. Segunda, teria o fim deliberado de atingir determinado ramo econômico ou segmento social sem priorizar aspectos como a capacidade contributiva, por exemplo. Portanto, as isenções seriam separadas em fiscais e extrafiscais.

Aurélio Pitanga Seixas Filho, baseado na doutrina espanhola e italiana, defende esta dicotomia (fiscal e extrafiscal) das isenções, *in verbis*:

Assim, o que acontece na realidade é que na hipótese de exclusão (isenção fiscal), em decorrência de o fato excluído denotar carência de capacidade contributiva, razão de ser um elemento negativo dentro dos demais pressupostos de fato, que são indicadores de capacidade contributiva, estes, então, compondo os elementos positivos da tipicidade tributária, o legislador não excepciona ou condiciona a exclusão tributária com algum encargo, pois não se trata de nenhum incentivo ou favor, porém mera adequação ou compatibilização da definição legal do fato gerador com a situação especial da pessoa vinculada ao mesmo.

De outro lado, desejando o legislador incentivar ou favorecer uma determinada atividade econômica, que não é desprovida de capacidade contributiva, mas que, a critério político do legislador, merece ser particularizada, compensa, então, a concessão deste tratamento excepcional com a exigência do cumprimento de encargos, que virão ao fim de tudo, justificar e distinguir essas isenções tributárias.⁷¹

Ainda, importante mencionar, que não deve ser confundido o prazo de fruição do favor fiscal já contratualmente adquirido com o prazo de vigência da norma isencional, pois a situação jurídica subjetiva que é imodificável, e não a norma isentiva. Por oportuno, menciono a lição de Aliomar Baleeiro, nos seguintes termos:

Em princípio, a regra deve ser a revogabilidade ou a redutibilidade da isenção em qualquer tempo em que o Estado entenda que ela já não corresponde ao interesse público do qual promanou. Mas há exceções, quando a isenção, pelas condições de sua outorga, conduziu o contribuinte a uma atividade que ele não empreenderia se estivesse sujeito aos tributos da época. Nesses casos, a revogabilidade, total ou

71 - SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Teoria e prática das isenções tributárias, 1989. In: CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico..., p. 78.

*parcial, seria um ludíbrio à boa-fé dos que confiam nos incentivos acenados pelo Estado.*⁷²

Outra hipótese de incentivo que atua no campo da receita pública é o diferimento. Apesar da ausência expressa dessa modalidade pelo Código Tributário Nacional, é qualificada como uma isenção condicionada.

Assim, no diferimento, a isenção só se aperfeiçoaria pelo implemento de um evento futuro, para o qual deveriam concorrer os fatos jurídicos necessários ao seu enquadramento. Somente neste momento é que o crédito tributário se tornaria exigível.

Por fim, o instituto da remissão e anistia, embora não sejam propriamente espécies típicas de incentivos fiscais por não atuarem diretamente na função regulatória do tributo, podem ser consideradas no conjunto de estímulos a certas atividades econômicas.⁷³

Segundo os arts. 172 e 180 do Código Tributário Nacional, a remissão e anistia tratam-se de formas de extinção e exclusão do crédito tributário submetidas a determinados requisitos e que tem por traço distintivo operarem seus efeitos sobre obrigação já devida ou sobre créditos tributários já constituídos.

Ao analisar brevemente os incentivos fiscais em espécie, procurou-se fazer referência às noções gerais, pois será objeto de estudo neste trabalho a implicação dos incentivos fiscais nas concessões de serviço público, em especial, na remuneração dos concessionários.

4.2. Os efeitos acarretados às concessionárias e aos usuários do serviço público

Diante da previsão decorrente do art. 17 da Lei n.º 8.987/95, o subsídio estatal deve estar à disposição de todos os interessados na prestação do serviço público. O Estado não poderá condicionar a concessão de um subsídio à circunstância de determinado concorrente lograr êxito na licitação, excluindo-se da sua incidência qualquer outro interessado. Em princípio, a aplicação de um subsídio estatal deve estar prevista no edital da licitação que objetive conceder determinado serviço público.

Entretanto, tal fato não se torna, por si só, um óbice à instituição de subsídios estatais no curso de uma concessão, desde que devidamente justificada. Exemplificando tal hipótese, Rafael Wallbach Schwind alerta para as situações em que o Estado complementa a remuneração do concessionário

72 - BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro, 1999. In: CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime jurídico..., p. 82.

73 - CATÃO, op. cit. p. 89.

com a finalidade de compensar as perdas derivadas de um benefício tarifário instituído supervenientemente – decorrente da aplicação do art. 35 da Lei n.º 9.074/95. Também, o mesmo pode ocorrer em função da criação de qualquer encargo adicional ou redução de vantagens do concessionário como a antecipação de obras, redução do prazo contratual etc.⁷⁴

Segundo entendimento de parte da doutrina, onde mencionamos a consideração feita pelo jurista Marçal Justen Filho, ao defender que a possibilidade do emprego de recursos estatais para o reequilíbrio de uma concessão não constituiria propriamente um subsídio, pois deve haver um “desembolso com cunho de liberalidade”⁷⁵. Se o Poder Concedente produzir uma modificação unilateral que amplie os encargos ou reduza as vantagens do concessionário, diante do dever da Administração Pública em realizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não haveria propriamente um subsídio.

Outro ponto importante trata-se dos efeitos concorrenciais que possam ser derivadas da instituição de um subsídio.

Em geral, é instituída uma vantagem ao concessionário para viabilizar determinados objetivos sociais que não seriam alcançados mediante a aplicação de uma lógica estritamente empresarial. É, de fato, uma das formas de atuação do Estado no domínio econômico.

Por produzir alterações nos mecanismos de mercado, os incentivos fiscais podem gerar efeitos concorrenciais que devem ser analisados com cautela pela Administração Pública. Importante ressaltar que, se não houver justificativa plausível para isso, a situação enquadra-se numa ofensa ao princípio da isonomia.

Situação controversa ocorre quando dois concessionários prestam serviços diferentes, mas que acabam competindo em um mesmo mercado. Tal fato pode ocorrer, por exemplo, no setor de transporte de passageiros, em que o transporte aéreo e o rodoviário competem pela preferência. Nessa situação, a instituição de um subsídio estatal também deverá observar o princípio da isonomia, podendo ocorrer a necessidade de reequilibrar o contrato da concessão caso o concessionário não contemplado pelo benefício seja prejudicado com a redução da procura pelo serviço derivada da criação do subsídio.⁷⁶

Apesar do risco da demanda em uma concessão de serviço público regida apenas pela Lei n.º 8.987/95, ser atribuído exclusivamente ao concessionário, onde a lucratividade não é garantida pela Administração

74 - SCHWIND, op. cit. p. 204.

75 - JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público, 2003. In: SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração..., p. 204.

76 - SCHWIND, op. cit. p. 205.

Pública, esta não pode inviabilizar o empreendimento por meio de subsídios exclusivamente a um serviço concorrente. O ato estatal equipara-se ao “fato do príncipe”, e, portanto, ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro.

CONCLUSÕES

O presente artigo pretendeu analisar as principais características e os mecanismos diretos e indiretos que envolvem o regime remuneratório das concessões de serviço público no Brasil.

Para tanto, imprescindível tornou-se uma revisão doutrinária do instituto das concessões públicas, abarcando uma visão histórica e contemporânea, para compreender a essencialidade de um elemento sempre presente nos contratos de concessões: a remuneração do concessionário.

Destarte, podemos alçar algumas conclusões sobre os aspectos abordados:

(1) Ao analisar os contratos de concessões públicas é possível verificar que estes instrumentos administrativos produzem efeitos trilaterais. Muito embora seja celebrado entre o poder concedente e o concessionário, os seus efeitos refletem nos usuários do serviço;

(2) Para que a concessão alcance a finalidade social a que se propõe, a remuneração do concessionário não pode ser uma barreira ao acesso dos usuários ao serviço fornecido. Ao dificultar ou impedir o acesso ao serviço, em decorrência das altas tarifas cobradas, o Estado estaria omitindo-se no fornecimento de serviço público;

(3) No que tange ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, é possível verificar que este incide em torno das compensações de uma parte a outra, no caso do surgimento de eventos que configurem um risco atribuído a um contratante, mas que impacte, de um modo econômico e financeiro, a outra parte;

(4) A tarifa cobrada dos usuários pode ter concepções distintas, podendo ser classificada como: tarifa social, tarifa com efeito arrecadatório em benefício do poder concedente, tarifas regulatórias e tarifas mínimas;

(5) Originariamente, por força do art. 6.º da Lei n.º 11.079/04, é possível verificar quatro formas pré-estabelecidas de contraprestação do Poder Concedente ao concessionário: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública e outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

(6) Destarte, faz-se imprescindível que o edital do certame de licitação da parceria público-privada preveja claramente quais serão as formas de contraprestações públicas aplicáveis ao caso concreto, de modo que os

participantes possam mensurar adequadamente os riscos abarcados;

(7) O capital obtido pelas concessionárias de serviço público é oriundo, em grande parte, do banco de fomento do Governo Federal, através de juros subsidiados. Não obstante, outras formas de incentivos fiscais podem ser utilizadas como mecanismo indireto de remuneração do parceiro privado, inclusive, para colaborar com a modicidade das tarifas. Deste modo, os incentivos podem operar na órbita da despesa pública ou na receita pública, portanto, com consequências diferentes no orçamento do ente público;

(8) Por produzir alterações nos mecanismos de mercado, os incentivos fiscais podem gerar efeitos concorrenciais desleais. Se não houver justificativa plausível para a concessão de um incentivo, a situação enquadra-se numa ofensa ao princípio da isonomia, por exemplo, quando dois concessionários prestam serviços diferentes, mas que acabam competindo em um mesmo mercado de usuários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia**. 3ª edição. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

CAVALCANTI, Francisco. **Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro**. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). **Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP**. Cuba: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bokmann. **Estudos de direito econômico, volume 2**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP – Parceria público-privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (orgs). **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas.** 1ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

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

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – fundamentos econômico-jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos.** São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs.** Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/ijpc>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. **Devemos proibir que recomposição do equilíbrio econômico-financeiro altere a distribuição de riscos originária do contrato?.** Disponível em: <pt.slideshare.net/portugalribeiro/equilibrio-economicofinanceiro-e-distribuicao-de-riscos>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. **O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs,** 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396>. Acesso em: 20 de março de 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito administrativo contratual, vol. II – (coleção pareceres: concessões e contratos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.