

**ANDREIA SOUSA BEZERRA**

**PONTOS CONTROVERTIDOS NA IMPLANTAÇÃO DO PEDÁGIO**

**CURITIBA**

**2005**

**ANDREIA SOUSA BEZERRA**

**PONTOS CONTROVERTIDOS NA IMPLANTAÇÃO DO PEDÁGIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador Prof.: Romeu Felipe Bacellar Filho

Co-orientador Prof.: Angela Cassia Costaldello

**CURITIBA**

**2005**

# OS PONTOS CONTROVERTIDOS NA IMPLANTAÇÃO DO PEDÁGIO

por

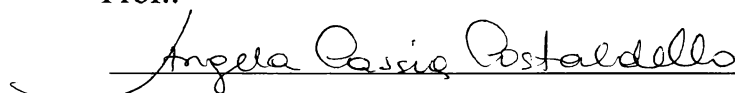
Andreia Sousa Bezerra

Dissertação aprovada como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel, no Curso de Direito,  
pela Comissão formada pelos professores:

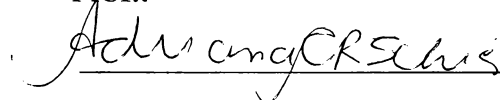
ORIENTADOR:



Prof.:



Prof.:



Curitiba, 14 de outubro de 2005

## **RESUMO**

O presente trabalho objetivou apresentar as principais controvérsias a respeito da cobrança de pedágio. Inicialmente, analisa de modo geral, o instituto jurídico da concessão de serviços públicos quanto ao conceito, à natureza jurídica, ao seu surgimento, à evolução histórica do instituto, à normatividade e aos elementos dessa relação contratual: o poder concedente, a concessionária e os usuários. Aborda a política tarifária como mecanismo de manutenção do equilíbrio econômico financeiro. Em seguida, trata da conceituação e evolução histórica do pedágio, apresentando as formas aplicadas principalmente na França e Inglaterra. Também aborda o processo de implantação realizado no Brasil, examinando as normas referentes à matéria que foram inseridas, paulatinamente, no nosso ordenamento jurídico. Discorre sobre a natureza jurídica do pedágio, examinando as divergências suscitadas na classificação de tributo ou tarifa. Analisa os princípios básicos da administração pública inerentes aos serviços públicos e, de modo particular, a sua aplicação ao instituto do pedágio, em especial, a modicidade da tarifa, bem como formas alternativas de remuneração dos concessionários. Por fim, são explicitadas as principais discussões construídas sobre o princípio constitucional da liberdade: o direito de ir e vir e as vias alternativas gratuitas.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iv
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 O INSTITUTO JURÍDICO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> ....	3
2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....	3
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....	5
2.2.1. A Influência dos Modelos Políticos.....	7
2.3 NORMAS APLICÁVEIS ÀS CONCESSÕES E CONSTITUCIONALIDADE ..	11
2.4 ENCARGOS DO PODER CONCEDENTE .....	14
2.5 ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA .....	16
2.5.1 Política Tarifária .....	19
2.6 DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS.....	20
2.7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONCEDENTE E DAS CONCESSIONÁRIAS .....	23
<b>3 PONTOS CONTROVERTIDOS NA IMPLANTAÇÃO DO PEDÁGIO</b> .....	25
3.1 CONCEITO DE PEDÁGIO .....	25
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PEDÁGIO.....	26
3.3 O PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO DO PEDÁGIO NO BRASIL E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA .....	28
3.4 NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO – TAXA OU TARIFA?.....	32
3.5 O PEDÁGIO SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL.....	35
3.5.1 Regime Principiológico Aplicável ao Pedágio .....	35
3.5.1.1. Princípio da modicidade da tarifa e o preço cobrado nos pedágios .....	38
3.5.1.1.1 Outras fontes provenientes de receitas alternativas.....	40
3.5.2 O Direito de Ir e Vir em Face do Pedágio .....	42
3.5.2.1 Condições para arrecadação do pedágio e a via alternativa .....	43
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>ANEXOS</b> .....	48
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	69

## 1 INTRODUÇÃO

A cobrança de pedágio nas rodovias concedidas pelo poder público a empresas privadas suscitou muitas controvérsias quanto a sua legitimidade. A resistência oferecida por uma parcela de usuários se forma contra os valores cobrados, na ausência de vias alternativas ou nas suas condições de tráfego insatisfatórias, na insuficiência de normas que disciplinem a matéria, etc.

A alteração a respeito da legalidade e da constitucionalidade do pedágio é a questão mais polêmica, e culminou, recentemente, em uma Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor da União Federal, do DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (autarquia Federal), do Estado do Paraná, do DER – Departamento de Estradas de Rodagem, e da empresa Rodovias Integradas do Paraná S/A. O pedido do Ministério Público de sustação da cobrança de pedágio enquanto não houvesse uma via alternativa gratuita aos usuários foi julgado improcedente pelo STJ, que deu provimento aos recursos especiais interpostos pelos réus.<sup>1</sup>

Daí a justificativa do presente estudo, cujo objetivo é a abordagem despreziosa dos conflitos mais importantes gerados com a implantação do pedágio. Como a jurisprudência e a doutrina ainda enfrentam discussões acaloradas, não pretendemos apresentar soluções, embora já existam alguns consensos, nem tão pouco esgotar o assunto.

Tornou-se, para fins do presente trabalho, fundamental que se fizesse uma explanação inicial do instituto da concessão de serviços públicos, de maneira sucinta, apenas em seus aspectos mais pertinentes ao pedágio.

Em seguida, adentramos nas conceituações e na evolução histórica do pedágio, apontamos o processo de implantação no Brasil e a evolução normativa deste instituto.

---

<sup>1</sup> Recurso Especial n. 417.804/ PR (2002/0018047-0), Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. em 19.04.2005.

Entrou também nesta seara, uma questão pertencente ao ramo tributário: qual é a natureza jurídica do pedágio? É taxa ou tarifa?

No entanto, é no plano constitucional que residem as principais indagações: o direito de ir e vir como principal fundamento da exigência de vias alternativas gratuitas; a fixação dos valores, a cobrança antecipada, as responsabilidades assumidas pelas concessionárias, a atuação estatal e a primazia do interesse público, e os direitos dos usuários.

## 2 O INSTITUTO JURÍDICO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

### 2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta uma definição, abordando as principais características da concessão: é um “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.<sup>2</sup> Neste comentário, a autora não restringe a delegação do serviço apenas às empresas privadas, e ainda acrescenta a possibilidade de outras formas de remuneração que não sejam pela cobrança de tarifa aos usuários.

Romeu Bacellar Filho, acrescenta que a concessão pode ser feita não só da execução de um serviço, mas também da gestão, podendo vir precedida ou não da execução de obra pública.<sup>3</sup>

Por sua vez, a definição dada pela Lei 8.987/95, em seu art. 2º, inciso II, aborda outros elementos: a licitação prévia na modalidade de concorrência, a delegação a consórcio de empresas e, ainda, o prazo.<sup>4</sup> DI PIETRO avisa que este conceito, no entanto, não menciona os elementos que vão caracterizar esta modalidade, como o contrato e a forma de remuneração, os quais serão abordados somente em artigos ulteriores, a saber: arts. 4º, 9º, 18, VIII, e 23, IV.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 75.

<sup>3</sup> A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, p. 52.

<sup>4</sup> “Art. 2º. 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;”

<sup>5</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 75.

Não obstante a exploração dos serviços seja feita por empresas privadas, na concessão, o poder público conserva a titularidade do serviço. Para DI PIETRO, “isto permite dispor do serviço de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução e de retomá-las antes do prazo estabelecido”.<sup>6</sup>

Assim, a empresa privada que assume a execução do serviço atua no regime jurídico privado, embora o serviço seja regulamentado por regras impostas pelo poder concedente, que fiscaliza e controla atividade, punindo em caso de mau funcionamento e, inclusive, fixando a tarifa cobrada ao usuário. “Conciliam-se a necessidade de impor-se, de um lado, o regime jurídico de direito público quanto aos aspectos em que ele é indispensável para assegurar a **continuidade**, a **igualdade dos usuários** e a **mutabilidade**, e, de outro lado, respeitar-se a forma de atuação das empresas privadas, nos relacionamentos com seus empregados e com terceiros, na organização, estrutura etc.”.<sup>7</sup>

Deste modo, o contrato administrativo que se estabelece por ocasião da concessão guarda elementos de naturezas diferentes. Entende a doutrina majoritária<sup>8</sup> que a concessão se opera através de um contrato sob o regime misto, público e privado,<sup>9</sup> contendo cláusulas contratuais, de ordem econômica e financeira, e cláusulas regulamentares. As primeiras se referem à remuneração do concessionário, e as últimas tratam do modo de organização e funcionamento do serviço concedido.

---

<sup>6</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 55.

<sup>7</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 56.

<sup>8</sup> Nesse sentido: Edmir Netto de Araújo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Cretella Júnior, Odete Medauar, Lúcia Valle Figueiredo, Hely Lopes Meirelles, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Héctor Jorge Escola, Fernando Garrido Falla e Miguel S. Marienhoff, todos citados por Ruth Helena Pimentel de OLIVEIRA (*Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p. 69).

<sup>9</sup> *Curso de direito administrativo*; parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 428.

Assim, em razão dessa mescla, o vínculo existente entre o concedente e o concessionário apresenta tanto uma natureza contratual, como um caráter de unilateralidade, devido à possibilidade de alteração das cláusulas regulamentares a qualquer tempo pela Administração.<sup>10</sup>

Na lição de BACELLAR FILHO, “o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade”. Para o autor, estará subordinado às regras do regime jurídico administrativo sempre que se desenvolver na esfera do direito público.<sup>11</sup>

Todavia, pondera Arnaldo Wald<sup>12</sup>, quando se trata de estabelecer os direitos e obrigações do concedente e do concessionário, a classificação do instituto torna-se irrelevante, razão pela qual não vamos nos deter nesta contenda.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A concessão de serviços públicos vem sendo utilizada, tal como a concebemos hoje, desde o século XIX, sofrendo inúmeras alterações e adquirindo novas modalidades a cada reestruturação do Estado.

Sabe-se, que atividades similares às concessões existiram em épocas mais remotas, sendo possível até afirmar que na Idade Média praticava-se uma espécie de

---

<sup>10</sup> “As cláusulas que concernem à organização, funcionamento e extinção do *serviço público* concedido, como as que especificam as prestações do concessionário e dispõem sobre materiais e técnicas empregados, condições de segurança, abrangência, frequência e relações com os usuários, são *alteráveis* por ato imperativo da Administração, ainda que das alterações, assim introduzidas, advenha prejuízo ao concessionário, caso em que imporá indenizá-lo. Igualmente, por esse motivo, os autores, que distinguem na concessão apenas uma *parte* de natureza *contratual*, chamam a essas cláusulas de *parte regulamentar*” (Diogo Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo; parte introdutória, parte geral e parte especial*, p. 429).

<sup>11</sup> A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, p. 54.

<sup>12</sup> *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, p. 52.

concessão quando o senhor feudal transferia a outrem a administração e a exploração de suas propriedades.<sup>13</sup>

Outrossim, Odete Medauar aponta a utilização do termo concessão já no século XVIII “para denominar atos de benevolência do soberano”.<sup>14</sup>

De qualquer modo, foi no início do século XIX que este instituto assumiu a forma utilizada atualmente, ora caindo em desuso, ora reaparecendo com novas roupagens, num processo evolutivo intimamente ligado às reformas estatais.

Afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que:

As *concessões* tiveram seu momento histórico de preeminência no final do século XIX e no início do século XX, época em que os capitais à disposição do Governo eram reduzidos e a modalidade era largamente utilizada para atendimento dos mais importantes e dispendiosos serviços públicos, como luz, gás, telefone, água, esgotos, transportes urbanos e ferroviários, todos, em regra, interessando o investimento no País de vultosos capitais externos.<sup>15</sup>

Apenas para ilustrar, cabe mencionar que, no Brasil, as primeiras concessões foram feitas ao Barão de Mauá: em 1849 ele obteve a concessão de uma ferrovia e o privilégio de zona, e em 1852, foi a vez da concessão do serviço de iluminação pública.<sup>16</sup>

Inicialmente era um contrato muito vantajoso para o Estado, uma vez que todos os riscos do empreendimento ficavam a cargo da empresa privada. Na medida

---

<sup>13</sup> “Assim, senhores feudais regionais ou locais exploravam minas diretamente ou por meio de concessões. Eram utilizadas formas contratuais com a finalidade de garantir o empenho dos que executavam as atividades e de fixar diretrizes quanto à remuneração. Em troca da prestação das atividades, os senhores feudais atribuíam terras ou rendas (uma parte das rendas ou taxas a receber). O senhor exercia fiscalização nas atividades, dava ordens e instruções e em certos casos rescindia a concessão, mesmo sem falhas do vassalo. O concessionário exercia, no todo ou em parte, os poderes do senhor sobre seus subordinados. Deveriam ser respeitados os direitos de terceiros. As condições das concessões tinham por base um *censier*, isto é, um documento onde já estavam fixadas as obrigações do concessionário” (Odete MEDAUAR, *Concessão de serviço público*, p. 12).

<sup>14</sup> “O uso desse termo para designar a atribuição, a particular, de encargos da própria Administração teria ainda outra explicação: na época em que havia a venda de cargos públicos, com essa venda se transferiam ao comprador todos os privilégios e prerrogativas do órgão e para tanto era necessária uma concessão” (Ibidem, p. 12)

<sup>15</sup> *Curso de direito administrativo*; parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 426.

<sup>16</sup> CALDEIRA. *Mauá, Empresário do Império*, p. 248, citado por José Carlos de OLIVEIRA, *Concessões e permissões de serviços públicos*, p. 20.

em que o Estado foi aumentando sua interferência na prestação desses serviços, o contrato de concessão foi sofrendo alterações estruturais e o poder público foi assumindo parte das perdas na exploração.

Conseqüentemente houve um desinteresse crescente nas concessões, tanto pelo setor privado insatisfeito com as intervenções, como pelo próprio poder público que já não via mais vantagens nessas outorgas. Foi quando o instituto sofreu um declínio e surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Os serviços passaram a ser delegados a empresas estatais, cujo controle acionário era do Estado, e os riscos do empreendimento ficavam por conta do poder concedente. Em alguns casos criava-se por lei a pessoa jurídica (empresas públicas e sociedades de economia mista) e, na mesma oportunidade, transferia-se a ela a execução do serviço.

A modalidade que se utiliza atualmente é a Concessão de serviços públicos às empresas privadas. Esse retorno deu-se ou na sua forma tradicional, ou pela transferência do controle acionário de empresa estatal para a iniciativa privada. Neste caso, a empresa continua existindo, porém, através de um processo de privatização, deixa de ser estatal.

### 2.2.1. A Influência dos Modelos Políticos

Numa análise histórica da evolução da concessão, tal como observa José Anacleto Abduch Santos, verifica-se que as mudanças nas dimensões do Estado, que se sucederam a partir do século XIX e determinaram, diversas vezes, a ampliação ou a redução das atividades exercidas pelo poder público, foram um reflexo da influência do modelo político. O autor propõe a compreensão do fenômeno da atuação estatal a partir de um estudo da evolução do Estado Moderno.<sup>17</sup>

Durante o Estado Liberal, tendo em vista que os conceitos fundamentais do liberalismo repercutiam na Administração, e esta exercia a sua função sob o receio de

---

<sup>17</sup> *Contratos de concessão de serviços públicos; equilíbrio econômico-financeiro*, p. 29.

interferir nos direitos dos particulares, “os domínios da atuação estatal eram praticamente reservados à prestação jurisdicional e às atividades de polícia, destinadas à manutenção da ordem pública”<sup>18</sup>; época em que o Estado se utilizou das concessões para a prestação dos serviços essenciais já mencionados.

Ocorre que a atuação limitada do Estado e o seu afastamento das relações sociais não correspondiam às necessidades coletivas e constatou-se que “certos serviços de utilidade pública, em que pese poderem ter a exploração privada, careciam de fiscalização ou de regulamentação pelo Estado”.<sup>19</sup> Somam-se a isso, as modificações sócio-econômicas, advindas com a Primeira Guerra Mundial e a Guerra Fria, que exigiram um crescimento da função administrativa. Com isso, o Estado Liberal acabou sendo suplantado pelo Estado Social de Direito, também denominado Estado de Bem-Estar Social ou ainda, Estado-Providência, o qual priorizou o bem comum, justificando a necessidade de intervir na ordem econômica e social também em prol dos menos favorecidos, aliviando as desigualdades e mitigando os conflitos sociais.

Nesta quadra, MOREIRA NETO assim aponta: “com a mudança de concepção política, notadamente quanto à obsessiva preocupação com a segurança nacional (...) as concessões foram perdendo sua importância nesses setores tradicionais e os serviços públicos passaram a ser executados, preferentemente quando não exclusivamente, por empresas paraestatais”.<sup>20</sup>

WALD observou no Brasil, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, após as Grandes Guerras adquiriram a maioria das concessões, complementando e, às vezes substituindo, as sociedades comerciais, em certas atividades; e que houve uma tentativa de revigorar a concessão à empresas privadas na década de 30, mas não foi bem sucedida, pois os interesses políticos do Governo

---

<sup>18</sup> *Contratos de concessão de serviços públicos; equilíbrio econômico-financeiro*, p. 32.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>20</sup> *Curso de direito administrativo; parte introdutória, parte geral e parte especial*, pp. 426 e 427.

colidiram com os interesses do setor privado. As tarifas foram substancialmente reduzidas, de tal modo que as concessões se tornaram impraticáveis para este. <sup>21</sup>

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nesta etapa “verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação intervencionista que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços”. <sup>22</sup> Arnoldo Wald fala em Estado hipertrofiado e superdesenvolvido. <sup>23</sup>

Acrescente-se, ainda, que o número elevado de atribuições assumidas pelo Estado Social ocasionou um *deficit* público considerável, vez que a Administração atendia às demandas sociais independente de haver ou não recursos financeiros. <sup>24</sup>

Diante dessa conjuntura, já na década de 80, ressurgiu o instituto da concessão, mas desta vez sob os auspícios do Estado Democrático de Direito, contemporâneo e ainda em mutação. Para DI PIETRO, o mesmo está baseado no princípio da subsidiariedade, ou seja, sua intervenção nas relações com os particulares se opera apenas quando a iniciativa privada se apresenta deficiente, agindo indiretamente, quando necessário, para criar condições favoráveis ao desenvolvimento dos componentes do corpo social. Isso preserva a autonomia dos indivíduos e da coletividade, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais do homem são assegurados por meio da atuação subsidiária do Estado. <sup>25</sup> O Estado moderno “reduz a

---

<sup>21</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 43-44.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>23</sup> *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, p. 19.

<sup>24</sup> *Contratos de concessão de serviços públicos*; equilíbrio econômico-financeiro, p. 38.

<sup>25</sup> A autora afirma que “devem ficar a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia); e devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente” (Op. cit., p. 31).

sua atuação em determinados setores para fortalecê-la em outros, substituindo a prestação dos serviços pela fiscalização dos mesmos”.<sup>26</sup>

Enfim, todas as transformações sócio-econômicas que mudaram as concepções acerca da dimensão do Estado, também alteraram a Administração Pública, que teve de passar por muitas inovações para se adaptar às novas relações entre Governo e setor privado, principalmente no que se refere às novas modalidades de parcerias.

No Brasil, foi através da Emenda Constitucional n. 19/98 que se realizou a adequação do Estado à nova conjuntura política, econômica e social, em relação à prestação de serviços públicos.<sup>27</sup>

Como diz Arnoldo Wald, “a nova fórmula para garantir o desenvolvimento, de forma dialogada, é a parceria, que substitui o autoritarismo do antigo Estado onipotente, e que tem e deve ter regras próprias”. Aduz que a parceria é uma fórmula antiga na sua concepção, mas que suas modalidades se tornaram mais complexas e sofisticadas, exigindo uma reformulação dos institutos jurídicos. Contudo, adverte: “não se trata de diminuir o papel do Estado, mas sim de dar-lhe mais eficiência nos campos em que pode e deve atuar e excluí-lo da área em que restringe a liberdade individual e interfere indevidamente em setores que melhor são atendidos pela iniciativa privada”.<sup>28</sup>

É nestas circunstâncias, em que o Estado procura modernizar os serviços públicos e aumentar sua eficiência, aliviar o *déficit* público e melhorar a infraestrutura, que surge a administração de estradas por empresas privadas, regime já difundido na Europa.

---

<sup>26</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 70.

<sup>27</sup> “A partir da referida emenda pretendeu-se instituir um novo modelo de administração, que viesse a captar as principais tendências da opinião pública, entre as quais a demanda pelo maior controle dos gastos e a demanda pelo aprimoramento da prestação dos serviços públicos” (José Anacleto Abduch SANTOS, *Contratos de concessão de serviços públicos*; equilíbrio econômico-financeiro, p. 44).

<sup>28</sup> *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, p. 32-33.

Assim, conforme lição do doutrinador supramencionado, busca-se atualmente reestruturar o Estado, reduzir os custos dos serviços e aumentar a eficiência no exercício de suas funções básicas.<sup>29</sup> Pois, “se, hoje, a intenção é a de aliviar o Estado da execução de dezenas de *serviços públicos* que vêm sendo prestados burocrática, onerosa e ineficientemente, esta solução de *revitalização da concessão*, que, em acréscimo, também revigora a competitividade e a empresa privada no País, gerando empregos, não traz prejuízo algum quanto à responsabilidade e à vigilância do Estado”.<sup>30</sup>

### 2.3 NORMAS APLICÁVEIS ÀS CONCESSÕES E CONSTITUCIONALIDADE

A prestação de serviços públicos sob a forma de concessões, foi a primeira modalidade adotada para a transferência da execução de atividades da Administração ao setor privado. Está prevista no art. 175 da Constituição Federal: “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”.<sup>31</sup>

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição foi o fundamento que ensejou a edição das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95, as quais ditam os princípios e diretrizes

---

<sup>29</sup> *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, p. 21.

<sup>30</sup> MOREIRA NETO, D. F.. *Curso de direito administrativo*; parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 428.

<sup>31</sup> “Deve ser entendida a disposição constitucional do art. 175 em consonância com outras normas constitucionais, a saber:

— Art. 5º, XXXII, que atribui ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor;

— Art. 22, XXVII, que defere a competência à União para legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação, pela Administração Pública;

— Art. 24, VIII, que confere competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor;

— Art. 37, § 3º, que atribui à lei a disciplina sobre as reclamações relativas à prestação de serviços públicos;

— Art. 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado;

— Art. 43, § 2º, I, que prevê, dentre os incentivos regionais a serem fixados em lei, a igualdade de tarifas e de outros custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

— Art. 170, IV e V, que consagra, dentre os princípios informadores da ordem econômica, os da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa ao consumidor” (Arnoldo WALD, *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, p. 72).

gerais para as matérias tratadas no parágrafo único do artigo 175. A primeira disciplina as concessões de obras e serviços públicos, e a segunda estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos. Subsidiariamente, aplica-se a Lei 8.666/93, que regula as licitações e os contratos da Administração Pública, previsão contida em seu art. 124.<sup>32</sup>

Importa acrescentar, que a concessão de um serviço público pode ser precedida pela execução de uma obra pública, previsão feita pelo art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95. A Lei n. 9.074/95 prescreve que estão sujeitas ao regime de concessão as “vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública”. Aliás, é muito comum, na concessão de estradas, que o concessionário realize a construção antes de explorar os serviços atinentes à infra-estrutura, ou então, que faça ampliações previstas no contrato.

WALD menciona, em sua obra, a existência de um debate acerca da constitucionalidade da Lei 8.987/95 no tocante a sua abrangência nacional, que poderia estar ferindo a competência dos entes da Federação de estabelecer, cada qual, o seu próprio regime para outorga de concessões.<sup>33</sup>

Discorrendo sobre o assunto, depreende do art. 22, XXVII, que a competência da União se restringe a legislar sobre normas gerais nas matérias enunciadas no art. 175. Assim sendo, os Estados, Municípios e Distrito Federal se submeteriam a essas normas contidas nas Leis 8.987/95 e 9.074/95, mas estariam desobrigados de “todas as demais disposições, mesmo de ordem genérica, que extrapolem a previsão constitucional”, restando a estes Entes a edição de normas complementares, atendendo às características regionais e locais — previsão contida no art. 24, § 2º, e art. 32, § 1º.

Por fim, Arnaldo Wald adota o ensinamento de José Cretella Jr., no excerto: “são normas gerais as que tratam das matérias arroladas nos incisos XXI a XXVII do art. 22 da Constituição Federal, ‘pela origem’ e ‘pela matéria’, insuscetíveis de serem

---

<sup>32</sup> Estas leis foram alteradas pelas Leis n. 9.648/98, n. 8.883/94 e n. 9.648/95.

<sup>33</sup> *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, pp. 75-81.

reputadas inconstitucionais, mesmo que desçam a minúcias e detalhes, o que, em tese, lhes retiraria o grau de generalidade ao qual alude a Carta Magna”.<sup>34</sup> Dessa forma, os Estados, Municípios e Distrito Federal, regulariam, em caráter supletivo, apenas o que não estivesse disciplinado na lei nacional.

Quanto aos serviços públicos que podem ser objeto de concessão, DI PIETRO alerta: sendo “uma forma de gestão de serviço público remunerada pelo usuário ou com receitas decorrentes da exploração do próprio serviço, só é possível cogitar de sua utilização quando se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários) e que admita uma exploração comercial, ou seja, possibilidade de produção de renda em favor do concessionário”.<sup>35</sup>

Observe-se, que determinados serviços somente o Estado pode executar diretamente porque “inerentes à sua soberania e à sua sobrevivência da nação — são os que dizem respeito à defesa nacional, à segurança e à saúde públicas”.<sup>36</sup> Também não podem ser concedidos os serviços públicos *uti universi* e os serviços públicos sociais, conforme lição de Ruth Helena Pimentel de Oliveira.<sup>37</sup>

Alguns serviços públicos passíveis de concessão foram elencados na Constituição nos arts. 21, XI, XII e XXIII, alínea *b*, 25, § 2º, 30, V e 223; a Lei

---

<sup>34</sup> CRETELLA JR., J. *Das licitações públicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, pp. 10-11. Citado por Arnaldo WALD, *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, p. 77.

<sup>35</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 71.

<sup>36</sup> DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 71.

<sup>37</sup> “Com relação aos *serviços públicos uti universi*, como não são usufruíveis diretamente pelos usuários (por exemplo, os serviços de limpeza e de iluminação pública), sua prestação incumbe diretamente ao Poder Público, não sendo possível sua delegação por concessão ou permissão; o Poder Público pode terceirizar a atividade, mediante a celebração de contrato de prestação de serviços, sempre precedida de licitação, e o contratado deve ser remunerado diretamente pelo Poder Público contratante, com recursos provenientes de impostos.

Os *serviços públicos sociais*, gratuitos por definição – como saúde e educação –, também não admitem delegação por concessão ou permissão, em razão de não serem remunerados mediante tarifa paga pelos usuários. Tais serviços admitem outras formas de parcerias, como contratos de gestão com organizações sociais, convênios e consórcios (CF/88, art. 241). Já os serviços públicos administrativos admitem a terceirização, desde que alcance atividades acessórias terceirizáveis da Administração Pública, e contratos de gestão, nos termos do art. 37, § 8º, da Constituição Federal” (*Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p. 67).

9.074/95, por sua vez, arrola no art. 1º as obras e os serviços passíveis de delegação que são de competência da União; e, ainda, existem os casos não previstos no ordenamento jurídico brasileiro, mas que, em razão da natureza do serviço, abriu-se a possibilidade da prestação sob a forma de concessão.

Entram nesta seara as modalidades de concessão que foram introduzidas com base em modelos estrangeiros, surgindo da prática administrativa. É o exemplo do contrato de gestão, utilizado desde 1991, cuja previsão legal se deu apenas em 1998 com a Emenda Constitucional n. 19.

De qualquer modo, a inovação no Direito Administrativo traz alterações legislativas que merecem uma atenção especial do legislador e dos órgãos de controle na criação de fórmulas inéditas de parceria, em razão da obediência ao princípio da legalidade.

#### 2.4 ENCARGOS DO PODER CONCEDENTE

A Administração Pública goza de uma supremacia frente ao concessionário, em virtude do contrato administrativo que lhe confere certas prerrogativas, as quais são inerentes ao regime jurídico administrativo de modo que atenda à satisfação do interesse público. O maior exemplo é o poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares.

Celso Antônio Bandeira de Mello fala em poderes do concedente que, pela Lei 8.987/95, foram rotulados de encargos do poder concedente.<sup>38</sup> De outra parte, Ruth Helena Pimentel de Oliveira equipara prerrogativas a deveres, os quais “atribuídos ao Estado não devem ser entendidos como uma faculdade, mas como uma obrigação, um ônus, podendo o silêncio acarretar conseqüências e responsabilidade por omissão”.<sup>39</sup> De qualquer forma, adotaremos o termo utilizado na lei.

---

<sup>38</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 654.

<sup>39</sup> *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p. 76.

Sendo assim, os encargos do poder concedente, expressos no art. 29 da Lei 8.987/95, são relativos aos interesses públicos, com obrigações frente ao concessionário e ao usuário. Deve ele, zelar pela boa execução da concessão, fiscalizando o serviço e aplicando penalidades, além de regulamentá-lo. Conforme já afirmou Hely Lopes Meirelles, “qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação”.<sup>40</sup>

Então, quanto à regulamentação, o poder concedente vai viabilizar a execução através de normas, devendo solucionar qualquer problema que surgir no cumprimento do serviço, mesmo não tendo previsão legal.

No que concerne às penalidades, previstas no regulamento ou no contrato, o poder concedente poderá instaurar processo administrativo contra o concessionário, observando os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Também são encargos do poder concedente, os reajustes e as revisões de tarifas, mecanismos empregados para manter o equilíbrio econômico-financeiro, e a intervenção na prestação do serviço e a extinção da concessão. As regras, em ambos os casos, estão contidas em capítulos próprios da Lei (intervenção - capítulo IX e extinção - capítulo X)

O encargo do art. 29, inciso VI, de “cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão” aparece tanto para o concedente, quanto para o concessionário (art. 31, IV).

Frente ao usuário, o concedente tem o encargo de “zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até 30 dias, das providências tomadas” (art. 29, VII).

Deverá o poder concedente, promover as desapropriações necessárias, bem como as servidões administrativas, diretamente ou outorgando poderes a concessionária para que ela mesma faça, a qual se responsabilizará pelo pagamento das indenizações devidas. Em ambos

---

<sup>40</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 298.

os casos de desapropriação, o bem integrará o patrimônio público, razão pela qual a concessionária inclui o investimento feito com o pagamento de indenizações, no valor a ser revertido em remuneração.

“Estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação”, além de “incentivar a competitividade” e a “formação de associações de usuários para defesa dos interesses relativos ao serviço”, são outros encargos contidos no art. 29, incisos X, XI e XII. A competitividade visa a melhorar o serviço e a reduzir o valor das tarifas.

## 2.5 ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA

Consoante lição de José Cretella Jr., são atribuídos ao concessionário alguns poderes e privilégios próprios do regime jurídico público, os mesmos atribuídos ao concedente, tendo em vista a responsabilidade assumida na execução de um serviço público. Sendo assim, além dos direitos à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e também a que não lhe seja exigido desempenhar atividade estranha ao objeto da concessão, possui, “entre outras, a faculdade de promover a desapropriação de bens particulares, a ocupação do domínio público, o exercício do poder de polícia, em determinados casos, o estabelecimento de servidões administrativas”.<sup>41</sup>

BACELLAR afirma que o concessionário “assume o lugar do poder público, não só quanto aos bônus mas também em relação ao ônus (...) um marcante exemplo dessa evidência é a consagração pela Constituição Federal (art. 37, § 6º) da extensão da responsabilização objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 374.

<sup>42</sup> A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, p. 52.

Para José Carlos Oliveira, as obrigações da concessionária adquiridas na concessão, “se traduzem em limitações da liberdade da concessionária e em encargos que ela deve suportar para o atendimento dos fins a que se propôs”.<sup>43</sup>

Os encargos da concessionária, enumerados no capítulo VIII da Lei 8.987/95, são, como diz Odete Medauar, de “natureza tipicamente contratuais ou então que permitem ao Poder Concedente exercer seus encargos. Na verdade, esses encargos refletem a preocupação da prestação de um serviço com qualidade e sua continuidade”.<sup>44</sup>

Assim sendo, deverá prestar um serviço adequado; estabelecer um sistema de controle dos bens necessários às atividades e que compõem o patrimônio público, zelando por sua integridade, e providenciando o seguro dos mesmos; permitir a fiscalização pelo poder concedente, nos termos do inciso V, do art. 31; e promover as desapropriações autorizadas pela Administração.

A concessionária obriga-se, ainda, a prestar contas da gestão do serviço tanto ao poder concedente, quanto aos usuários. As regras estão especificadas no contrato.

Como mencionado no item anterior, a concessionária deverá “cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão” (art. 31, IV).

E, por último, os recursos obtidos pela concessionária para a prestação do serviço, bem como sua aplicação e gerenciamento, são de sua total responsabilidade. O mesmo ocorrendo com as contratações que realizar com terceiros.

Quanto às prerrogativas que são próprias do poder público, estão previstas na Lei n. 8.987, art. 26, § 2º, e art. 31, incisos VI, VII e VIII.

Importante ressaltar o principal direito do concessionário, conforme abordagem de DI PIETRO, reserva-se ao direito de manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação que foi pactuada no momento da celebração do contrato, tendo em vista a aplicação dos princípios da equidade, da razoabilidade, da continuidade do contrato administrativo e da indisponibilidade do interesse público. A autora afirma

---

<sup>43</sup> *Concessões e permissões de serviços públicos*, p. 81.

<sup>44</sup> *Concessão de serviço público*, p. 111.

que “hoje, é pacificamente aceita a idéia de que o equilíbrio econômico-financeiro constitui-se **direito** do concessionário e esta idéia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou contrato”.<sup>45</sup>

O reajuste das tarifas com base em previsão contratual encontra-se amparado pelo art. 9º, § 2º da Lei 8.987/95. DI PIETRO acrescenta que, embora este dispositivo “permita a previsão nos ‘contratos’, sabe-se que estes, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, só podem conter cláusulas que estivessem previstas no edital da concorrência; sem essa previsão, a cláusula de reajuste não poderá constar dos contratos”.<sup>46</sup>

Por outro lado, existem teorias que autorizam a revisão das cláusulas financeiras para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, independente de previsão contratual, sendo elas a teoria do fato do príncipe, a teoria do fato da Administração e a teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*). O art. 9º, da Lei 8.987/95, em seus §§ 3º e 4º, prevê alguns casos em que elas se aplicam, podendo, ainda, ser aplicada subsidiariamente a Lei 8.666, art. 65, II, *d*, e §§ 5º e 6º, a qual se refere expressamente a essas teorias.

A preocupação do legislador em assegurar esse equilíbrio também foi observada no art. 37, inciso XXI, da CF, ao prescrever que durante a contratação serão “mantidas as condições efetivas da proposta”<sup>47</sup>. Neste ponto, BACELLAR FILHO é enfático: “Daí porque, ser absolutamente desarrazoado, uma vez constatado o

---

<sup>45</sup> *Parcerias na administração pública; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, p. 97.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>47</sup> “Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras, alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

desequilíbrio na avença, em detrimento da Administração ou do contratado, procrastinar as providências indispensáveis ao ajustamento do contrato frente às vicissitudes enfrentadas”<sup>48</sup>. Afinal, quando por meio de uma política tarifária procura-se manter o que foi inicialmente pactuado, não estão sendo resguardados apenas os direitos do concessionário, mas os interesses da coletividade.

### 2.5.1 Política Tarifária

Tendo em vista que a remuneração é o atrativo do concessionário para a prestação do serviço sob a forma de concessão, é imprescindível que haja uma garantia ao seu interesse, o qual será resguardado através de uma política tarifária. A finalidade é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro preservando-se a situação inicial do acordo. Para isso, estão previstas até mesmo revisões.

As regras básicas da política tarifária encontram-se em capítulo próprio da Lei 8.987/95 (do art. 8º ao 13). Temos no art. 9º a estipulação do valor da tarifa, a qual será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, podendo ser revista obedecendo-se a regras previstas nesta lei, no edital e no contrato. De fato, consoante art. 31, III, o concessionário se incumbe de apresentar ao poder concedente, periodicamente, planilhas com os dados referentes à renda, às despesas e à remuneração do investimento, para que sirvam de parâmetros para a revisão.<sup>49</sup>

Cabe aqui fazer uma distinção entre reajuste, ligado à desvalorização da moeda e revisão: “na questão de reajuste ocorre algo previsto no momento da contratação, havendo por parte da Administração somente a homologação quanto à aplicação de um critério objetivo previamente estipulado. Nos casos de revisão, há a

---

<sup>48</sup> A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, p. 62.

<sup>49</sup> MUKAI, T. *Concessões e permissões de serviços públicos*: comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Medida Provisória n. 1.017, de 1995, das concessões do setor elétrico, p. 29.

ocorrência de algo imprevisível, sendo encargo da Administração viabilizar o retorno às condições iniciais do ajuste”.<sup>50</sup>

A modicidade da tarifa, que implica em preços razoáveis aos usuários, também é uma das metas da política tarifária, de modo que o art. 11 aludiu a outras fontes alternativas de receita com o fito de diminuir o custo para o usuário. Aliás, se a fonte de receita acessória estiver prevista na equação inicial do acordo, ela também poderá ser alvo de revisões.<sup>51</sup> Outra opção é o poder concedente subsidiar a tarifa, de modo que o usuário pagaria apenas uma parte do valor correspondente ao custo da prestação do serviço e, de outro lado, o concessionário seria compensado.

Existe, ainda, a possibilidade de tarifas diferenciadas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”, teor do art. 13, sem, contudo, ferir o princípio da igualdade dos usuários. Nas palavras de MEDAUAR: “tal norma fomenta a competição, pois possibilita a existência de tarifas menores em certos setores, como também indica a necessidade de que se busque maior eficiência na execução, para diminuir diferenças de tarifas”.<sup>52</sup>

Incumbe, pois, ao poder público facilitar a utilização do serviço, atendendo à possibilidade econômica dos usuários sem, contudo, inviabilizar a rentabilidade do concessionário na exploração da atividade concedida, pois, o desequilíbrio econômico-financeiro da relação contratual comprometeria a própria concessão, seja pela insatisfação dos usuários, ou pela remuneração insuficiente da prestação.

## 2.6 DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS

Antes de tratar dos direitos e deveres dos usuários é mister mencionar que embora a doutrina não seja assente quanto à natureza jurídica do vínculo existente

---

<sup>50</sup> MEDAUAR, O. *Concessão de serviço público*, p. 107

<sup>51</sup> MEDAUAR, O. *Idem*, p. 103.

<sup>52</sup> MEDAUAR, O. *Idem*, p. 104.

entre estes e a concessionária, o seu relevo na relação jurídica originada com a concessão é evidente. Tal como acentuado por CRETELLA JR., “como quer que seja, *contratual*, como querem alguns, *regulamentar*, como desejam outros, *eclética*, conforme terceiros, o que não se pode negar é o caráter inequívoco de direito público do vínculo existente entre o *usuário* e a *empresa concessionária*”.<sup>53</sup> Ademais os efeitos da concessão alcançam os usuários.

Sendo assim, possuem direitos e obrigações provenientes do contrato, que inclusive emanam da Constituição, das leis e das cláusulas contratuais. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os usuários têm “direito ao serviço e, inclusive, o de escolhê-lo dentre os distintos prestadores, quando for o caso” (art. 7º, III, Lei 8.987/95) se as condições relativas à prestação forem atendidas e dentro das possibilidades normais, não podendo o concessionário negar ou interromper o serviço, salvo nas condições de emergência e aviso prévio do art. 6º, § 3º, do referido diploma.

O direito à prestação de serviço adequado vem assegurado no art. 6º da Lei 8.987/95, devendo satisfazer “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação, e modicidade das tarifas”.

O fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos foi garantido ao usuário, mais uma vez, no Código de Defesa do Consumidor, art. 22. E acrescenta o parágrafo único, que havendo descumprimento das obrigações, as pessoas jurídicas serão compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados.<sup>54</sup>

A fiscalização da prestação do serviço, que é exercida pelo poder concedente, terá a cooperação dos usuários, conforme determina o art. 3º da Lei 8.987/9. O direito de “levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de

---

<sup>53</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 369.

<sup>54</sup> “Art. 22 — Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.  
Parágrafo único — Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”.

que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado” e de “comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço”, figuram também como obrigação do usuário, nos termos do art. 7º, IV e V, da Lei 8.987/95. Além disso, poderão intervir perante os organismos de controle representados por uma Comissão assessora para a defesa de suas prerrogativas no sistema rodoviário concedido (art. 3º e 29, XII, da Lei 8.987/95 e art. 5º, V, da Lei 8.078/90).

O direito de receber dos órgãos públicos informações de interesses individuais ou coletivos, já assegurados pela Constituição em seu art. 5º, XXXIII, também foi previsto no art. 7º, II, da Lei 8.987/95

Os usuários, em defesa de seus direitos, poderão valer-se de ação civil pública mediante representação, ação popular (art. 5º, LXXIII, CF), mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF), ou ação de indenização por danos causados na prestação do serviço, por força do art. 37, §6º, da CF. O Código de Defesa do Consumidor também prevê, nos arts. 81 a 104, os instrumentos de defesa dos usuários.

Por fim, convém adicionar a posição do doutrinador Hely Lopes Meirelles quando trata da legitimidade ativa para reclamar em juízo um serviço recusado ou retardado pelo concessionário: “o usuário pode exigir diretamente do delegado a prestação que lhe é devida individualmente (...) como legítimo destinatário do serviço concedido, dispõe da via cominatória contra o concessionário para exigir-lhe a prestação pessoal a que se comprometeu perante a Administração Pública”<sup>55</sup> (art. 287 do CPC).

---

<sup>55</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 290.

## 2.7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONCEDENTE E DAS CONCESSIONÁRIAS

Conforme estipula art. 37, § 6º, da Constituição Federal,<sup>56</sup> tanto as pessoas jurídicas de direito público, como as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, são responsáveis por danos causados a terceiros por qualquer de seus agentes.

Observe-se que a responsabilização recai sobre aquele que exerce a função administrativa ou executa a atividade, e a concessionária ao assumir o lugar do poder público adquire responsabilidade extracontratual e objetiva na execução dos serviços públicos, a qual está fundamentada na teoria do risco administrativo. Segundo esta, basta provar que o dano tem relação de causalidade com o poder público, para que o usuário seja indenizado. OLIVEIRA explica que “a Administração executa suas atividades para o benefício de toda a coletividade, mas com a probabilidade de serem causados danos aos particulares; parte-se da idéia de que a atividade estatal envolve um risco de dano”.<sup>57</sup>

A autora também levanta que outro fundamento da responsabilidade objetiva, além da teoria do risco, seria o “princípio de todos ante os ônus e encargos sociais: não só os benefícios decorrentes da atividade estatal repartem-se entre todos, mas igualmente os prejuízos sofridos por um ou alguns membros da coletividade devem ser repartidos entre todos os seus membros”.<sup>58</sup>

OLIVEIRA enumera as pessoas jurídicas atingidas: são a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios Federais e as autarquias nas três

---

<sup>56</sup> “Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>57</sup> *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p.157.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 158.

esferas, as “empresas públicas, as sociedades de economia mista, empresas controladas pelo Estado e fundações instituídas pelo poder público para o desempenho de determinado serviço público, bem como os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos”. E exclui desse regime de responsabilidade as entidades que exercem atividade econômica de natureza privada, consoante art. 173, da CF.<sup>59</sup>

A responsabilidade da concessionária foi expressamente determinada pelo art. 25, da Lei n. 8.987/95, frente ao poder concedente, aos usuários e a terceiros. MUKAI aponta a responsabilidade é contratual e subjetiva em relação aos dois primeiros sujeitos.<sup>60</sup>

A responsabilidade objetiva obriga a indenização independentemente de comprovação de dolo ou culpa, exceto se os danos forem causados por omissão, somente sendo considerada em caso do exercício do direito de regresso.

Resta destacar, que, embora a concessionária assuma os risco da exploração do serviço, o poder concedente não está totalmente exonerado de responsabilidade, uma vez que ainda responde pela organização, funcionamento e fiscalização, dos serviços delegados.

---

<sup>59</sup> *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p.202-203.

<sup>60</sup> *Concessões e permissões de serviços públicos: comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Medida Provisória n. 1.017, de 1995, das concessões do setor elétrico*, p. 50.

### 3 PONTOS CONTROVERTIDOS NA IMPLANTAÇÃO DO PEDÁGIO

#### 3.1 CONCEITO DE PEDÁGIO

Pedágio é a importância exigida do usuário pelo uso de estradas, pontes ou túneis, como instrumento de remuneração dos serviços públicos de manutenção, renovação e melhoramento. Em geral, esses serviços são concedidos a empresas privadas, que muitas vezes se encarregam também da construção das estradas.

José Antonio Savaris faz uma definição mais genérica:

“É a importância exigida de um indivíduo que se utiliza, em sua circulação, de determinada via terrestre ou hídrica, natural ou artificial, pública ou privada. Especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, pedágio é o valor exigido pela Administração, diretamente ou por meio de um concessionário, que se manifesta mediante tributo ou preço, pela utilização de via conservada pelo Poder Público”.<sup>61</sup>

É importante ressaltar que o conceito de pedágio prescinde da sua destinação ou finalidade. Ademais, como veremos no item seguinte, a legitimidade para a cobrança de pedágio nem sempre esteve fundada na idéia de uma contraprestação. Entretanto, pode-se dizer que atualmente o pedágio tem fundamento na manutenção, renovação e ampliação das rodovias, nos custos relativos ao funcionamento da infraestrutura e, até mesmo, na realização de outros valores, que ultrapassam o desenvolvimento das vias rodoviárias, como a preservação do meio ambiente e a redução de congestionamentos.

Cumprido informar, ainda, que não obstante o pedágio seja empregado em vias hídricas ou terrestres, o presente trabalho presta-se a uma análise do pedágio aplicado especificamente às rodovias.

---

<sup>61</sup> *Pedágio; pressupostos jurídicos*, p. 102.

### 3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PEDÁGIO

A cobrança de pedágio acompanhou o desenvolvimento de estradas, e a sua prática remonta à Antigüidade Clássica, como se verifica em registro datado de 321 a.C. na Índia, e em relatos de mais de 4 mil anos apregoando o seu uso em vias que iam da Síria à Babilônia.<sup>62</sup>

Este instituto esteve muito presente ao tempo do Império Romano, que contava com os *curatores viarum* para administrar sua enorme rede de estradas, através da imposição de contribuições.<sup>63</sup>

José Antonio Savaris traça o percurso histórico do pedágio na França, com início na Idade Média, quando o direito de cobrança de pedágio, resultava de uma concessão real feita a duques, marqueses e condes, com finalidade de fiscalização, de renda e até mesmo de proteção aos transeuntes. Na realidade, até o século XV, o pedágio não proporcionou a segurança à circulação que se pretendia, e nem se verificou a manutenção de pontes e estradas, o que se vislumbrou apenas em 1464 com o reinado de Luís XI. A manutenção das vias também foi exigida nos reinados de Luís XII, em 1508, e Henri IV, em 1599.<sup>64</sup>

Ainda assim, o pedágio era, essencialmente, um direito feudal que não correspondia a uma prestação por parte dos senhores que o cobravam e, devido a sua impopularidade, pois contrariava os novos valores de liberdade do século XVIII, Luís XV, em 1724, criou a Comissão de Necker com a finalidade de suprimir os pedágios. No entanto, o processo de supressão foi retardado pelas exigências de indenizações. Por essa razão, a Assembléia Constituinte decretou, em 1789, a abolição de todos os direitos de pedágio senhoril e, em 1790, decretou a supressão de todos os pedágios

---

<sup>62</sup> MACHADO, K. *Concessões de Rodovias*, p.79, citado por José Antonio SAVARIS, *Pedágio; pressupostos jurídicos*, p. 36.

<sup>63</sup> MACHADO, K. *Concessões de Rodovias*, p.79, citado por José Antonio SAVARIS, *Pedágio; pressupostos jurídicos*, p. 37.

<sup>64</sup> *Pedágio; pressupostos jurídicos*, p. 37-39.

sem indenizações. Ao final, restaram apenas os pedágios sobre rios e os direitos de navegação fluvial.<sup>65</sup>

Após a Revolução Francesa, o interesse público não mais se conformava com a objetivação do lucro, período que culminou na eliminação dos pedágios sobre pontes, através da edição de uma Lei proibitiva de 1880.<sup>66</sup>

Já na Inglaterra, vigorou o sistema das *turnpike roads*, que consistia em um portão (*tollgate*) na estrada permitindo o acesso de veículos, cavalos e outros animais a continuar o trajeto mediante o pagamento de pedágio. Para viabilizar o desenvolvimento das estradas e a aplicação desse sistema, um grupo de indivíduos formava um *trust* e, com a autorização do parlamento, obtinham o financiamento necessário para a construção das estradas. Através do pedágio, realizavam a manutenção e amortizavam as dívidas.<sup>67</sup>

Esse sistema, que inicialmente tinha a pretensão de ser provisório, expandiu-se até alcançar a Irlanda em 1729 e os Estados Unidos em 1792, cessando somente em 1830 neste país, em 1858, na Irlanda e, em 1895, na Inglaterra. O *turnpike roads* foi sucumbido em virtude da expansão das estradas de ferro que tornaram os pedágios economicamente inviáveis.<sup>68</sup>

O pedágio reaparece no início do século XX — em 1925, na Itália, em 1940, nos Estados Unidos e, em 1955, na França — momento em que as indústrias automobilísticas estão em pleno desenvolvimento, o que aumentou o fluxo de veículos em circulação e a viabilização da construção de novas rodovias. Inicialmente, era um instrumento que permitia cobrir os gastos com a construção das estradas e a manutenção. Depois, o seu valor passou a englobar também os custos sociais gerados com a utilização das infra-estruturas, como os apontados por SAVARIS referentes às alterações climáticas, ao ruído, aos acidentes e ao congestionamento, com vistas ao

---

<sup>65</sup> SAVARIS, J. A. *Pedágio*; pressupostos jurídicos, p. 40-41.

<sup>66</sup> SAVARIS, J. A. *Idem*, p. 42.

<sup>67</sup> SAVARIS, J. A. *Idem*, p. 42-43.

<sup>68</sup> SAVARIS, J. A. *Idem*, p. 42-43.

desenvolvimento sustentável. Este tem sido o mais novo pretexto para a cobrança de pedágio na Europa, tanto que Londres adotou, em 2003, uma política denominada *congestion charging*, que se destina a reduzir o congestionamento na área central, e estimular o uso de outros meios de transporte.<sup>69</sup>

Assim ensina este autor:

“O paradigma do fundamento do pedágio começa, pois, a ser alterado nas sociedades do primeiro mundo. Com efeito, na medida em que o desenvolvimento sustentável reclama respostas para questões que não se ligam unicamente à incapacidade das infra-estruturas, o pedágio tende a deixar de ser exigido apenas em razão da necessidade de conservação ou desenvolvimento das infra-estruturas de transporte, para internalizar os custos sociais gerados pela utilização destes bens públicos”.<sup>70</sup>

### 3.3 O PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO DO PEDÁGIO NO BRASIL E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA

Ao contrário do que ocorreu em diversos países da Europa, a concessão de estradas à iniciativa privada enfrentou muitas resistências pelos usuários e pela própria Administração aqui no Brasil. Arnaldo Wald lembra que a constitucionalidade do pedágio já era discutida acerca de 25 anos atrás.<sup>71</sup>

As primeiras concessões rodoviárias no Brasil apareceram muito tempo depois de seu advento na Europa e nos Estados Unidos. A Província de Minas Gerais saiu na frente ao editar uma Lei em 1848, autorizando a concessão de construção e exploração econômica de uma ponte sobre o rio São Francisco cobrando-se pedágio. Mas a primeira concessão de estrada foi em 1852, através de um decreto imperial, a qual recebeu o nome de União e Indústria. Ainda não havia normas gerais para a concessão de estradas, por isso essas ocorrências se deram por conta de atos legais específicos.

No Brasil, a primeira fase do pedágio durou pouquíssimo tempo, pois, embora tenha sido introduzido aqui tardiamente, como mencionado, o seu declínio calhou

---

<sup>69</sup> *Pedágio*; pressupostos jurídicos, p. 44-46.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>71</sup> *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*; análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95, p. 244.

juntamente com os outros países, na segunda metade do século XIX, e pelo mesmo motivo: a expansão das estradas de ferro.

Essa simultaneidade também se verificou no ressurgimento desse instituto, como bem observa SAVARIS: “buscando absorver o avanço mundial do desenvolvimento do setor rodoviário pelo sistema de construção de rodovias mediante a cobrança de pedágio, a Constituição de 1946 contemplou, de modo inédito, a possibilidade da cobrança de pedágio”.<sup>72</sup>

O pedágio foi exigido nas estradas do Estado de São Paulo por meio da edição das leis n. 13/1947, n. 43/1947, 784/1950, 2.481/953 e n. 1.260/1951, que trataram dessa matéria com o mesmo fundamento contido na constituição de 46, o de indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas. Posteriormente, outros estados o acompanharam.

A Constituição de 1967 também aludiu ao pedágio em seu art. 20: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias por meio de tributos interestaduais e intermunicipais, exceto ao pedágio para atender ao custo de vias de transporte”.

A regulamentação da cobrança de pedágio no âmbito federal só ocorreu mais tarde, com o Decreto-lei n. 791/69, e aplicava-se apenas às rodovias federais de pista dupla.

A Constituição Federal de 1988 também previu o pedágio em seu art. 150, inciso V: “Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou

---

<sup>72</sup> Art. 27 da Constituição de 1946: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de taxas, inclusive pedágio, destinadas exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas” (*Pedágio*; pressupostos jurídicos, p. 47).

intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio **pela utilização de vias conservadas pelo poder público**". (grifo nosso)

Como se vê, prescreveu uma fundamentação para a cobrança, como as outras haviam feito: para construção, conservação e melhoramento (1946) e para atender ao custo de vias de transporte (1967). Isso proporcionou a introdução do pedágio com outros fins, inclusive para fomentar a preservação do meio ambiente, o que se realizou com Lei n. 9.801/97 do Estado de São Paulo ao instituir o "pedágio ecológico".

Ainda no tocante ao art. 150 e seu inciso V, existe uma controvérsia apontada por Pablo Sperandio Lopes Morales: "é errôneo supor que, por essa ressalva (obtida certamente sob pressão de grupos interessados em sede de constituinte), seria possível justificar a cobrança de pedágio na forma como vem ocorrendo. Isto porque, em primeiro lugar, o preceito constitucional, tal como se apresenta, evidentemente, não autoriza o comércio da coisa pública, sendo claro que a citada ressalva se refere exclusivamente às 'vias conservadas pelo Poder Público'".<sup>73</sup>

O selo-pedágio instituído pela Lei n. 7.712/88, que pretendeu generalizar a cobrança de pedágio na esfera federal, teve sua constitucionalidade amplamente discutida até ser extinto pela Lei n. 8.075/90.

A Lei n. 9.277/96, por sua vez, permitiu a delegação de rodovias federais a Estados e Municípios, mediante convênio com a União, e abriu a oportunidade de concessões a empresas privadas, como afirma SAVARIS: "a delegação constituía, na verdade, um meio para que a concessão à iniciativa privada se desse a partir dos Estados".<sup>74</sup>

Ainda hoje não existe uma lei disciplinando a concessão de rodovias, pontes e túneis e a exploração dessa infra-estrutura, bem como regras e condições para a cobrança de pedágio. Este instituto tem se apoiado na Lei n. 8.987/95, de concessão de serviços públicos em geral e na Lei n. 9.074/95, que apenas prevê a concessão das vias

---

<sup>73</sup> MORALES, Pablo Sperandio Lopes. Contrato de pedágio. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4151>>. Acesso em: 14 set. 2005.

<sup>74</sup> *Pedágio; pressupostos jurídicos*, p. 165.

federais. Mas como SAVARIS mesmo aponta, “nada obstante a carência legislativa, inúmeros são os projetos de lei a respeito da matéria que tramitam nas casas legislativas”.<sup>75</sup>

O quadro abaixo aponta alguns projetos de leis referentes ao pedágio que foram enumerados na obra deste autor:

<b>Projetos de Lei</b>	<b>Conteúdo</b>
PL 3.925/97	Isenção para veículos registrados nos Municípios onde estiverem instalados postos de pedágios.
PL 78/99	Isenção para caminhões no período compreendido das 24h às 5h.
PL 737/99	Cobrança do pedágio em razão da intensidade de utilização da rodovia.
PL 1.421/99	Conceitua o instituto do pedágio rodoviário
PL 1.726/99	Responsabilidade civil das concessionárias.
PL 1.977/99	Trata da revogação das concessões de rodovias, cujas construções não tenham utilizado recursos dos respectivos concessionários.
PL 1.995/99	Propõe a isenção para usuário que tenha que esperar por mais de 2 minutos para pagar.
PL 2.246/99	Especifica condições e regras para a cobrança de pedágio, define direitos e deveres dos usuários e dos exploradores da infra-estrutura e dispõe sobre a fiscalização dos serviços.
PL 4.144/01	Isenção para motocicletas.
PL 4.421/01	Isenção para concessionárias, permissionárias ou autorizatórias de transporte coletivo de passageiros.
PL 4.485/01	Também isenção para motocicletas.
PL 5.555/01	Isenção para veículos que transportam cargas.
PL 1.310/02	Isenção para estudantes.
PL 6.264/02	Isenção para veículos de transporte de cargas que estiverem sem carregamento.
PL 6.379/02	Isenção para deficientes físicos e maiores de 65 anos.
PL 6.457/02	Isenção para veículos de transporte individual de passageiros, como vans e táxis.

Conforme dados fornecidos por Pablo Sperandio Lopes Morales, no Brasil, temos hoje 10.000 quilômetros de rodovias federais e estaduais pedagiadas por concessionárias privadas, e estima-se um aumento que poderá alcançar 10% da rede principal do país. Esse quadro é bem diferente dos países da Europa Ocidental, cujos pedágios foram instituídos em menos de 3% das rodovias, e dos Estados Unidos, com

<sup>75</sup> *Pedágio; pressupostos jurídicos*, p. 53.

menos de 1%.<sup>76</sup> Também afirma Rodrigo Maluf Barella: “o Brasil é o campeão mundial de pedágios, muito embora nossa malha rodoviária pavimentada não seja das maiores”.<sup>77</sup>

MOREIRA NETO defende que a concessão de construção e exploração de auto-estradas são importantes para os “países em desenvolvimento e com poucos recursos disponíveis para a infra-estrutura física”.<sup>78</sup>

### 3.4 NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO – TAXA OU TARIFA?

A controvérsia em torno da natureza jurídica dos valores pagos pelos usuários de serviços públicos consiste em determinar se o pedágio é taxa ou tarifa. Não há um consenso jurisprudencial e doutrinário a respeito.

A distinção entre taxa e tarifa não encontra muitos problemas, o que não está pacificado é quando uma ou outra deve ser aplicada. Assim, taxa é um tributo exigido 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 a sua disposição (CF/88, art. 145, II e art. 77, CTN); e sendo um tributo, sua imposição decorre da vontade da lei. Já a tarifa (ou preço público) é contratual e está inserida numa relação jurídica que se forma através de uma manifestação de vontade.

Existe uma orientação que retira do art. 145, II, da CF a interpretação de que ao legislador é facultado escolher o regime de remuneração dos serviços públicos, ou seja, cabe a ele optar pelo regime de taxas ou de tarifas. Esse entendimento, segundo Geraldo Ataliba, encontra apoio na doutrina, na jurisprudência e nos próprios legisladores, mas declara-se contrário a essa posição:

---

<sup>76</sup>MORALES, Pablo Sperandio Lopes. Contrato de pedágio. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4151>>. Acesso em: 14 set. 2005.

<sup>77</sup> BARELLA, Rodrigo Maluf. Pedágios e concessões no Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3889>>. Acesso em: 14 set. 2005.

<sup>78</sup> *Curso de direito administrativo*; parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 427.

“Na verdade, essa interpretação não é correta. Ou a Constituição é norma e, pois, preceito obrigatório, ou não é nada; não existe, não tem eficácia. O que não pode o jurista é atribuir-lhe singela função de lembrete ou recomendação (...) Aqui, a única liberdade que a Constituição dá ao legislador é para decidir se a prestação de determinado serviço público é divisível e específico (isto é: que possa ter prestação individual e, pois, fruição singular pelos utentes) será remunerada ou não. (...) Se, entretanto, resolver que haverá remuneração, não pode senão optar pela taxa”.<sup>79</sup>

Para este doutrinador, preço só caberia se a coisa fosse disponível e a Administração não dispõe de nenhuma coisa pública. Mais adiante, faz uma distinção entre a atividade qualificada como serviço público e a atividade econômica reservada à iniciativa privada (art. 173). “O serviço público é regulado por lei, indisponível e obrigatório para o administrador”<sup>80</sup>, é um imperativo constitucional que visa satisfazer uma necessidade pública, o pagamento por ele é uma consequência; já no serviço privado, a remuneração, mediante tarifa, é justamente o meio que irá custear a prestação, é a finalidade do prestador, é essencial à relação contratual. Sendo assim, os serviços submetidos ao regime jurídico de direito privado não podem ser qualificados como públicos, pois seria uma contradição. Ao final, observa que a compulsoriedade e a facultatividade não é suficiente para identificar a taxa e o preço, e sim a atividade exercida: “se se tratar de atividade pública (art. 175) o correspondente será taxa (art. 145, II); se se tratar de exploração de atividade econômica (art. 173) a remuneração far-se-á por preço”.<sup>81</sup>

Não obstante, ATALIBA assevera que “serviço público” é somente aquele remunerado por taxa, o termo tem sido empregado indistintamente para os dois casos, embora diferenciem os serviços. Parte da doutrina entende que os serviços públicos próprios do Estado, indelegáveis, e indispensáveis para a vida em comunidade, seriam remunerados mediante taxa; e os serviços públicos de utilidade, impróprios, delegáveis, estariam sujeitos à cobrança de tarifa.

---

<sup>79</sup> *Hipótese de incidência tributária*, p. 141.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 143.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 150.

Quanto à classificação de tarifa em tributo, MOREIRA NETO alega que a tarifa não foi prevista como tal na Constituição Federal e nem se enquadra nas espécies do art. 145: imposto, taxa e contribuição de melhoria. Para ele a classificação de tarifa em preço público é a mais adequada aos olhos do Direito Administrativo.<sup>82</sup>

Há quem entenda ser o pedágio um tributo<sup>83</sup> em razão do que a Constituição expressa no art. 150, V: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”. “Portanto, a Carta Política de 1988 define, com solar clareza, que pedágio é tributo (...) o pedágio não é Imposto e nem Contribuição de Melhoria, segundo os critérios diferenciadores citados em tópicos anteriores. Vale lembrar que pedágio também não é tarifa, pois esta não é tributo. Portanto pedágio só poderia ser uma taxa ou um tributo *sui generes*”.<sup>84</sup>

Flávio de Azambuja Berti argumenta que uma obrigação só poderia ser considerada um tributo se pudesse ser enquadrada no conceito estabelecido pelo art. 3º do Código Tributário<sup>85</sup>, este esclarece que a cobrança é vinculada pela Administração Pública. Sendo assim, o pedágio não seria tributo, pois o pagamento é feito à concessionária e não ao Fisco. O autor refuta todas as espécies tributárias para classificar o pedágio, concluindo que não se trata de imposto, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório, contribuição social e nem mesmo taxa. Conclui tratar-se de preço público “pois remunera a prestação de um serviço público, mas não é pago a ente público”.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> *Curso de direito administrativo*; parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 432-433.

<sup>83</sup> HARADA, Kyoshi. Pedágio é taxa e não tarifa. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1428>>. Acesso em: 16 set. 2005.

<sup>84</sup> ALMEIDA NETO, J. A.. Pontos controvertidos sobre o aspecto material da taxa.. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3776>>. Acesso em: 16 set. 2005 .

<sup>85</sup> “Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

<sup>86</sup> *Pedágio: natureza jurídica à luz do sistema constitucional*, p. 148-157.

Por fim, sobre a alegação de que o pedágio seria uma taxa, surge um conveniente importante a destacar: a preservação do equilíbrio econômico-financeiro parretra alterações nos valores de remuneração do concessionário, e isso é incompatível com o regime de taxa que depende de previsão legal e observa o princípio da anterioridade, não podendo ser alterada a qualquer tempo. Diferentemente corre com a tarifa, que é um elemento regulamentar do contrato, e como tal, seus valores podem ser modificados unilateralmente pela Administração, o que está revisto em lei, no contrato e no edital. <sup>87</sup>

De fato, a lei prévia para instituição de tributo, decorrente do princípio da legalidade, está prevista no art. 150, inciso I, da CF, e no art. 97, incisos I e II, do Código Tributário Nacional; já quanto às alterações, obedecem ao princípio da anterioridade prescrito no art. 150, inciso III, alínea “b”, da CF. <sup>88</sup>

### 3.5 O PEDÁGIO SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL

#### 3.5.1 Regime Principiológico Aplicável ao Pedágio

Inicialmente, cumpre observar que os princípios gerais da administração pública estendem-se aos concessionários, pois estes figuram como um substituto legal do Estado ao prestar os serviços públicos que ficaram sob sua responsabilidade através da concessão. <sup>89</sup> Outrossim, “aquele que presta o serviço público possui prerrogativas e restrições, necessárias para assegurar a supremacia do interesse público a preservar. Essas prerrogativas públicas são inerentes ao serviço público, razão pela qual são

---

<sup>87</sup> SANTOS, J. A. A. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico- financeiro*, p. 220-223.

<sup>88</sup> “Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; III – cobrar tributos: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou eumentou”.

Art. 97 – Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos, ou a sua extinção; II – a majoração de tributos, ou sua redução ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65”.

<sup>89</sup> MEDAUAR, O. *Concessão de serviço público*, p. 96.

transferidas ao particular encarregado de sua prestação, sob o regime da concessão ou permissão”.<sup>90</sup>

Dessa forma, tanto o concedente como a concessionário sujeitam-se aos limites impostos pelos princípios norteadores da Administração Pública, sejam os expressos na Constituição (art.37): legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; ou os implícitos nos dispositivos do próprio sistema: razoabilidade, proporcionalidade, etc. Entre estes, encontram-se aqueles que são particulares aos serviços públicos, e visam garantir uma prestação adequada aos usuários.

Diante disso está a conveniência da concessão de estradas, pontes e túneis, pois os gastos e os encargos com os serviços de construção, de manutenção e de renovação se tornaram inviáveis para a Administração, devido ao alto custo desses empreendimentos. Além disso, o poder público também tem outras áreas fundamentais para tutelar, como a saúde, a educação, a segurança, a justiça, o saneamento básico, a previdência e a assistência social, etc.

É justamente pelo fato de a Administração Pública ter repassado os encargos com as rodovias para a iniciativa privada, que a sociedade tem realizado uma forte pressão sobre as concessionárias para que elas supram as expectativas do serviço adequado garantido pela Constituição no art. 175, inciso IV.

O § 1º, do art. 6º, da Lei 8.987/95 define o que seria serviço adequado e enumera os princípios que o realizam: da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia na sua prestação e da modicidade das tarifas. Observe-se que o § 3º descaracteriza a descontinuidade do serviço se a interrupção resultar de uma situação de emergência ou for previamente avisada, atendendo às condições dos incisos I e II.

---

<sup>90</sup> DROMI, R. *Derecho administrativo*. 5ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 535. Citado por Ruth Helena Pimentel de OLIVEIRA, *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*, p. 47.

Para a prestação do serviço obedecer a uma regularidade, deve ter um desempenho que atenda a expectativa de utilização pelo usuário; a eficiência está ligada ao resultado do serviço; a segurança visa assegurar a integridade física e moral do usuário; a atualidade pressupõe o acompanhamento dos eventuais avanços tecnológicos para manter a qualidade e a quantidade; a modicidade das tarifas proclama uma proporcionalidade que, respeitando o equilíbrio econômico-financeiro, não sejam onerosas aos usuários; já o princípio da cortesia, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “traduz-se em bom tratamento para com o público”.<sup>91</sup>

Há que se falar, ainda, no princípio da igualdade de tratamento dos usuários na prestação de serviços públicos: “A Lei n. 8.987, afeiçoando-se a esse tipo de entendimento, previu a possibilidade de fixação de tarifas diferenciadas ‘em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários’ (art. 13)”<sup>92</sup>; e também no princípio da mutabilidade, que é inerente a todos os contratos administrativos: “a ele se submetem o concessionário e também os usuários do serviço público. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público”<sup>93</sup>, respeitadas determinadas limitações referentes ao objeto, ao interesse público, e ao equilíbrio econômico-financeiro.

Decorrem desses princípios os direitos e obrigações dos usuários, as atribuições e os deveres da concessionária, além das prerrogativas do poder concedente. “Preventivamente, buscou-se, do ponto de vista da prestação do serviço, estimular os sujeitos da relação jurídica concessiva de serviço público a promoverem o que chamaríamos de satisfação responsável, para qualquer das partes”.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> MEIRELLES, H L. *Direito administrativo brasileiro*, p. 289.

<sup>92</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas, p. 82.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>94</sup> MEDAUAR, O. *Concessão de serviço público*, p. 99.

### 3.5.1.1. Princípio da modicidade da tarifa e o preço cobrado nos pedágios

A discussão em torno desse tema tem gerado uma polêmica tão grande que entendemos por merecer um tópico próprio.

Não obstante a tarifa seja a principal fonte de remuneração do concessionário, esse direito não se realiza sem a devida observação ao princípio da modicidade das tarifas. Segundo este, as tarifas devem ser “acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da sociedade”.<sup>95</sup> Porém, os elevados valores pagos nos pedágios levantam a possibilidade de estarmos pagando muito mais do que os custos de manutenção das rodovias e os lucros das empresas.

Alguns doutrinadores alertam que o pagamento pela outorga da concessão tem recaído sobre o usuário, quando deveria ser efetuado pelo concessionário (vencedor da licitação). Como forma de livrar o concessionário desse ônus, o pagamento estaria embutido no valor das tarifas. O pedágio seria um destes casos, e o seu valor corresponderia à remuneração do serviço prestado acrescido de uma parcela do pagamento referente à outorga. Este último assumiria uma natureza de tributo.

A este respeito, DI PIETRO tem alegado inconstitucionalidade:

Essa forma de pagamento do valor da oferta, desde que demonstrada sua inclusão no cálculo da tarifa, padece do vício de inconstitucionalidade, por revestir verdadeira natureza de tributo, já que o montante assim obtido pelo poder concedente não se destina a remunerar o serviço objeto da concessão, mas entra nos cofres públicos da mesma forma que as receitas provenientes de impostos.<sup>96</sup>

BARELLA ilustra essa situação apresentando o processo de privatização das estradas no Estado de São Paulo. Em favor do vencedor da licitação “o poder público

---

<sup>95</sup> MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*, p. 661.

<sup>96</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 123.

estabeleceu que o lance seria pago em prestações mensais ao longo do período de concessão: 240 parcelas no total. (...) Utilizando dados dos anos de 2000 e 2001, pode-se estimar, grosso modo, que só este ônus fixo representa no valor do pedágio cerca de 15%”. Segundo o autor, as concessionárias devem pagar ao Estado, além do lance, uma parcela mensal correspondente a 3% de sua receita bruta, consoante o estipulado em edital. Assim, “cerca de 36% do valor que se paga de pedágio vai para o Estado, ou seja, não é usado diretamente para a manutenção da rodovia onde ele foi cobrado, nem é parte do lucro da concessionária”. Diante do exposto, se Estado não estivesse realizando essa captação, os preços dos pedágios seriam mais reduzidos, sem que houvesse alteração na prestação dos serviços, ou então, essa receita poderia ser revertida para a conservação das rodovias não concedidas.<sup>97</sup>

A par desse favorecimento do Estado, DI PIETRO assinala um desvirtuamento do instituto da concessão, alegando que os contratos estão sendo celebrados em desconformidade com o interesse da coletividade, uma vez que, além do concessionário, o poder público tem objetivado o lucro, impondo àqueles e aos usuários ônus excessivos. Salaria que “essa cobiça despertada pelos contratos de concessão torna excessivo o custo dos serviços públicos concedidos, pela cobrança cruzada envolvendo as várias concessionárias e os próprios entes políticos”.<sup>98</sup> A autora adverte sobre a participação do poder concedente nas receitas das concessionárias e nas tarifas<sup>99</sup> e conclui que “não há fundamento legal para que o

---

<sup>97</sup> BARELLA, Rodrigo Maluf. Pedágios e concessões no Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3889>>. Acesso em: 14 set. 2005.

<sup>98</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas, p. 121. E exemplifica: “Às concessionárias de rodovias vem sendo assegurado o direito de cobrar de outras concessionárias pelo uso das faixas de domínio. Os Municípios vêm instituindo a cobrança pelo uso do solo e do espaço aéreo pelas concessionárias para instalação dos equipamentos necessários à prestação de serviços públicos essenciais. Muitos também estão instituindo impostos sobre serviços incidindo sobre as concessionárias de rodovias. (...) O compartilhamento de infra-estrutura (postes, cabos, condutores etc) pelas várias concessionárias de serviços públicos também vem provocando a cobrança de preços exorbitantes pela concessionária a quem pertencem os bens”. (Op. cit., pp. 120-121).

<sup>99</sup> Idem, p. 120. “É o que vem ocorrendo, por exemplo, nas concessões de rodovias do Estado de São Paulo. Não há dúvida de que essa participação, além de inconstitucional, contraria o **princípio da modicidade da tarifa**, previsto no art. 6º da Lei n. 8.987/95” (op. cit., p. 123).

instituto da concessão seja utilizado e explorado pelo poder público para ampliar suas fontes de receita. Esse não é e não pode ser o objetivo da concessão, a menos que se pretenda torná-lo imprestável para o fim a que se destina, que é o de prestar serviço adequado, tal como definido pela lei de concessões”.<sup>100</sup>

O poder público pode, também, favorecer os usuários com uma tarifa mais módica optando por um preço político, cujo valor corresponde apenas a uma parte do custo da prestação e dos encargos do serviço, pois o concedente faz uma com compensação pecuniária ao concessionário.<sup>101</sup>

#### 3.5.1.1.1 Outras fontes provenientes de receitas alternativas

Na concessão de rodovias à iniciativa privada, o concessionário fica responsável pela manutenção, recuperação, ampliação e obras necessárias. O lucro e a recuperação do investimento são obtidos com a cobrança do pedágio pago pelos usuários, contudo pode haver outras formas de remuneração com a exploração.<sup>102</sup>

Alguns doutrinadores defendem que, em razão da modicidade das tarifas, a remuneração do concessionário através de outras fontes provenientes de receitas alternativas, deve ser obrigatoriamente considerada para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, consoante art. 11, parágrafo único, da Lei 8.987/95.

Assim é que DI PIETRO leciona: “a Constituição de 1988, no art. 175, parágrafo único, inciso III, apenas estabelece que a lei disporá sobre **“política**

---

<sup>100</sup> *Parcerias na administração pública*; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 121.

<sup>101</sup> José Carlos de OLIVEIRA, *Concessões e permissões de serviços públicos*, p. 67.

<sup>102</sup> “Enquanto a concessão é remunerada só por tarifas, há necessidade de contratos mais longos, já que a tarifa, além de módica, deve ser de tal forma que permita cobrir o custo dos investimentos, assegurar prestação de serviço adequado, além de um lucro razoável. Isto exige contratos de longa duração e envolve maior ônus para o poder concedente em caso de rescisão unilateral da concessão. No caso de haver outras fontes de recita além da tarifa, é possível amortizar os investimentos por outras fontes de recita, não havendo necessidade de contratos tão longos” (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, op. cit., p. 108).

**tarifária**". Em consequência, não é só pela tarifa que se mantém o equilíbrio econômico-financeiro. Este será estabelecido em função da tarifa e outras fontes de receitas previstas no edital de licitação e no contrato, conforme art. 11, parágrafo único, da Lei n. 8.987".<sup>103</sup>

As fontes de receitas alternativas estão previstas no art. 18, inciso VI, como conteúdo do edital de licitação.

Segundo a autora, como interpretação possível dos dispositivos da Lei 8.987/95, "poder-se-ia falar em tarifa razoável, ou seja, que atenda às necessidades do concessionário, mas seja acessível para o usuário; nesse caso, a fixação da tarifa atende mais a critérios políticos; na impossibilidade de fixá-la pelo custo, o equilíbrio é assegurado em parte pela tarifa e em parte pela receita complementar".<sup>104</sup> Sugere como fontes alternativas "uma taxa mínima de juros para garantia dos investimentos feitos pelo concessionário, ou verbas decorrentes de publicidade de que assuma fazer na execução do serviço, ou rendas decorrentes da execução de projetos associados ou paralelos ao serviço concedido".<sup>105</sup>

Outras fontes de receitas alternativas podem provir de bares e restaurantes em estradas, "exploração de áreas contíguas à obra pública (para a instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de gasolina, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas, etc.)".<sup>106</sup>

Em relação à redução da tarifa, MOREIRA NETO oferece soluções complementares para a geração de receitas: o concessionário poderia explorar "conforme o contrato celebrado, o comércio marginal, com postos de gasolina, oficinas, restaurantes, bares etc., ou executar a desapropriação por zona, em certas áreas".<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> *Parcerias na administração pública; concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, p. 106.

<sup>104</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>106</sup> MELLO, C. A B. *Curso de direito administrativo*, p. 663.

<sup>107</sup> *Curso de direito administrativo; parte introdutória, parte geral e parte especial*, p. 427.

A tarifa fixada em função do custo traz uma complicação: toda vez que este sofrer um aumento, aquela será aumentada na mesma proporção. Isso significa que o pagamento ao concessionário pela prestação do serviço é feito inteiramente pelo usuário.

Nas palavras de MOREIRA NETO: “na hipótese de estarem previstas fontes alternativas de receita do concessionário, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, esses valores serão levados em conta no cálculo das tarifas para torna-las mais módicas”. 108

“Toda e qualquer forma de obtenção de receita pelo concessionário, cuja exploração não comprometa a idéia de prestação de um serviço adequado, deve ser considerada para viabilizar uma menor tarifa”. 109

### 3.5.2 O Direito de Ir e Vir em Face do Pedágio

O direito à liberdade, também conhecido como direito de liberdade de circulação, está entre os direitos fundamentais do homem, ocupando a posição de maior valor depois do direito à vida. Manifesta como o direito de ir e vir assegurado nos documentos internacionais de maior importância e consagrado na nossa Constituição em seu art. 5º, XV: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Contudo este preceito não deverá ser entendido como proibição absoluta a qualquer imposição de restrição ou constrangimento que venha limitar a locomoção de alguém, pois o próprio dispositivo constitucional explicita a existência de limitações na expressão “nos termos da lei”. 110 A primeira delas é, na verdade, natural da convivência social, trata-se do direito do outro.

---

<sup>108</sup> *Curso de direito administrativo*; parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 433.

<sup>109</sup> MEDAUAR, O. *Concessão de serviço público*, p. 103.

<sup>110</sup> “Como deflui do próprio texto Constitucional, o direito à liberdade de ir e vir não é absoluto, tendo em vista que está sujeito às limitações contidas no próprio dispositivo assecuratório, que se reporta à

A cobrança de pedágio em rodovias é uma limitação permitida no próprio texto constitucional, no art. 150, V, bem como pela Lei n. 9.987/95, no art. 2º, III, e repetida no art. 4º da Lei n. 9.277/96. Apesar disso, teve sua constitucionalidade questionada diversas vezes.

Marçal Justen Filho esclarece: “a idéia de que uma exigência econômica para fruição de serviço público caracterizaria violação a garantias constitucionais não pode ser levada às últimas conseqüências (...) se todo serviço público devesse ser prestado gratuitamente, toda a contrapartida pela prestação do serviço público envolveria uma infração à Constituição”. E contra o argumento de que o direito de ir e vir, por sua essencialidade à dignidade da pessoa humana, deveria, por isso mesmo, atender à gratuidade, afirma o autor: “não há possibilidade de imaginar um serviço público que não seja uma prestação essencial à sobrevivência do cidadão (...) ou estes serviços essenciais podem ser sujeitados à remuneração, ou não podem. Mas se não podem, nenhum deles poderá sê-lo”.<sup>111</sup>

Por outro lado, o autor coloca as situações em que realmente haveria restrição da liberdade, como proibição de alguns sujeitos circularem pela rodovia, ou imposição de cadastramento e quebra do anonimato.

SAVARIS se coaduna com essa orientação assinalando que até mesmo os direitos fundamentais são restringidos por outros direitos consagrados em nossa Constituição.<sup>112</sup>

### 3.5.2.1 Condições para arrecadação do pedágio e a via alternativa

Outra polêmica reside nas condições que devem ser observadas para que o pedágio possa ser exigido em uma determinada rodovia. Seriam elas as condições de segurança e de tráfego, e a existência de uma via alternativa gratuita colocada à disposição do cidadão. Aliás, prega-se que esta também deve apresentar um bom estado de conservação.

---

lei regulamentadora” (Luiza Dias CASSALES, O direito de ir e vir, In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, p. 176).

<sup>111</sup> O direito de ir e vir, In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, p. 185-186.

<sup>112</sup> *Pedágio*; pressupostos jurídicos, p. 207.

No entanto, aponta SAVARIS, “sob a ótica da viabilidade econômica da concessão de uma rodovia, talvez a existência de uma rota alternativa que possa ser livremente utilizada pelos usuários não constitua fator de atração ao setor especulativo”.<sup>113</sup> Menciona o fracasso mexicano decorrente da imposição de rodovias paralelas no programa de desenvolvimento de concessões e assevera que uma diferenciação tarifária seria uma solução melhor para satisfazer a equidade social. E, ainda, “do ponto de vista orçamentário, a idéia de ‘rota alternativa’ esvaziaria a utilidade do instrumento de financiamento privado de construção e conservação de rodovias (...) porque os recursos públicos se encontram limitados e historicamente insuficientes à manutenção da rede rodoviária nacional”.<sup>114</sup>

Outrossim, a legislação não obriga a existência de uma via alternativa, e referindo-se a Lei n. 8.987/95, no art. 9, § 1º, afirma Luiza Dias Cassales: “por expressa determinação legal, a cobrança de pedágio independe da existência de estradas alternativas, pelo menos até que seja editada lei determinando de forma diversa”.<sup>115</sup>

Mais uma argumentação é no sentido de que o pedágio continuaria limitando o tráfego por determinadas vias públicas, mesmo existindo vias alternativas, ou seja, sempre haveria restrição ao direito de liberdade. Enfim, o que importa é “se a cobrança de pedágio pela utilização de via pública sem a existência de via alternativa implica *restrição desproporcional* ou *impedimento de conteúdo fático* à cláusula da liberdade de circulação”.<sup>116</sup> Mesmo porque a Constituição permite essa restrição no art. 150, inciso V.

A restrição pode, ainda, ser legítima se vista como “um meio de concretização de objetivos constitucionais coletivos, tais como desenvolvimento nacional, integração nacional e redução das desigualdades regionais (na medida em que integra, reduz

---

<sup>113</sup> *Pedágio*; pressupostos jurídicos, p. 194.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 195.

<sup>115</sup> O direito de ir e vir. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, p. 180.

<sup>116</sup> *Op. cit.*, p. 229-231.

diferenças). Todos valores constitucionalmente tutelados”.<sup>117</sup> Acrescente-se a isso o fundamento mais moderno para a cobrança, qual seja, o de preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico, e de redução do congestionamento, já tratado neste trabalho.

Por outro lado, a jurisprudência tem prestigiado a necessidade desta condição, reconhecendo a inconstitucionalidade da cobrança de pedágio em rodovias que não possibilitam uma alternativa gratuita aos usuários.<sup>118</sup>

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a necessidade de via alternativa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 800-5/RS em 1992, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão unânime proferido em 19 de abril de 2005, julgou “improcedente o pedido para que seja sustada a cobrança de pedágio enquanto não oferecida ao usuário via alternativa gratuita para trafegar. Trata-se de exigência não estabelecida nem na lei nem na Constituição”(voto).<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> *Pedágio*; pressupostos jurídicos, p. 233.

<sup>118</sup> TRF 4ª Região: AI 2002.04.01.054433-9/PR, Rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, j. em 18.06.2003; AC 2000.04.01.000488-9/PR, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. em 08.10.2002; AC 2000.04.01.102450-1/RS, Rel. Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Junior, j. em 15.12.2000. TRF 1ª Região: AR 1996.01.48552-0/DF, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, j. em 17.06.1997.

<sup>119</sup> Resp. n. 417.804/PR (2002/0018047-0), Rel. Ministro Albino Zavascki, j. em 19.04.2005.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a Administração Pública brasileira carece de recursos financeiros para atender a todas as necessidades coletivas e que a solução mais satisfatória para suprir essa carência foi a delegação, ao setor privado, de algumas atividades desempenhadas pelo poder público. Procurou-se, com isso, alcançar uma maior eficiência dos serviços públicos.

Essa constatação pode ser feita facilmente por um usuário que presenciou as duas faces históricas dos serviços públicos, em especial, das condições das estradas de rodagem. Antes das concessões feitas às empresas privadas, as estradas não ofereciam a qualidade necessária para um tráfego seguro, pois frequentemente careciam de reformas e ampliações, deterioravam-se rapidamente em razão da baixa qualidade dos materiais utilizados nas construções e manutenções, eram mal sinalizadas, os acostamentos eram precários, não tinham policiamento adequado, situações que, dentre outras, resultavam em um número alarmante de acidentes de veículos.

Hoje, é possível trafegar nas estradas de maior uso da malha rodoviária com uma elevada comodidade. Além do quadro acima ter sido revertido, contamos com uma infra-estrutura de atendimento rápido ao usuário, que inclui serviços de atendimento médico e mecânico, de informações meteorológicas, turísticas e de condições de tráfego. Sem falar nos programas de responsabilidade social, como os voltados para a saúde do motorista caminhoneiro, e nos projetos sociais e educativos.

É importante observar que o Brasil apresenta uma conjuntura econômica, política e social muito diferente de um país desenvolvido, razão pela qual o sistema de pedágio implantado aqui não pode ser comparado com os modelos estrangeiros. Da mesma forma, é incoerente a exigência de vias alternativas, públicas e gratuitas em ótimas condições de tráfego, se foi pela própria incapacidade de assegurá-las que o poder público optou pelas concessões.

Vale destacar que as normas sobre a matéria ainda são escassas e o pedágio ainda cerca-se de muitas controvérsias, mesmo assim está sendo largamente utilizado e seu uso será ampliado ainda mais. Por isso, a importância desta questão e o porquê de tentarmos compreender as dificuldades na implantação desse sistema. Se por um lado, desagradou uma parcela da sociedade, por outro, fomentou o desenvolvimento econômico do país e a integração das diversas regiões.

Por tudo o que foi exposto, resta considerar que as parcerias entre a iniciativa privada e o poder público, para satisfazer as necessidades públicas e propiciar o desenvolvimento do país, necessitam de relações fundadas na honestidade e na transparência com vistas ao bem comum. De forma, que a regulação e a fiscalização estatal estejam sempre em conformação com os princípios básicos da Administração Pública, ao mesmo tempo em que as Concessionárias possam obter o proveito esperado na celebração do contrato.

## **ANEXOS**

## **LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995.**

Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

### **Capítulo I**

#### **DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. 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.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

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;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - 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.

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

## **Capítulo II**

### **DO SERVIÇO ADEQUADO**

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º 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, considerado o interesse da coletividade.

## **Capítulo III**

### **DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS**

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos.

## **Capítulo IV**

### **DA POLÍTICA TARIFÁRIA**

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

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

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

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

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

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

## Capítulo V

### DA LICITAÇÃO

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

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 melhor 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 qualificação de propostas técnicas.

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

§ 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

§ 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

§ 4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.

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

§ 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.

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;  
III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Art. 22. É assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões.

## **Capítulo VI**

### **DO CONTRATO DE CONCESSÃO**

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
  - II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
  - III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
  - IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
  - V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
  - VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
  - VII - à 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;
  - VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
  - IX - aos casos de extinção da concessão;
  - X - aos bens reversíveis;
  - XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
  - XII - às condições para prorrogação do contrato;
  - XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
  - XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária;
- e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Art. 24. **(VETADO)**

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o **caput** deste artigo o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

## **Capítulo VII**

### **DOS ENCARGOS DO PODER CONCEDENTE**

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

## **Capítulo VIII**

### **DOS ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA**

Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

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.

## Capítulo IX

### DA INTERVENÇÃO

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o **caput** deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

## Capítulo X

### DA EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

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

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

§ 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

## **Capítulo XI**

### **DAS PERMISSÕES**

Art. 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.

## Capítulo XII

### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei.

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.

Art. 44. As concessionárias que tiverem obras que se encontrem atrasadas, na data da publicação desta Lei, apresentarão ao poder concedente, dentro de cento e oitenta dias, plano efetivo de conclusão das obras.

Parágrafo único. Caso a concessionária não apresente o plano a que se refere este artigo ou se este plano não oferecer condições efetivas para o término da obra, o poder concedente poderá declarar extinta a concessão, relativa a essa obra.

Art. 45. Nas hipóteses de que tratam os arts. 43 e 44 desta Lei, o poder concedente indenizará as obras e serviços realizados somente no caso e com os recursos da nova licitação.

Parágrafo único. A licitação de que trata o caput deste artigo deverá, obrigatoriamente, levar em conta, para fins de avaliação, o estágio das obras paralisadas ou atrasadas, de modo a permitir a utilização do critério de julgamento estabelecido no inciso III do art. 15 desta Lei.

Art. 46. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 47. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de fevereiro de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Nelson Jobim*

## **LEI Nº 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995.**

Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

### **Capítulo I**

#### **DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS**

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

I - (VETADO)

II - (VETADO)

III - (VETADO)

IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública;

V - exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;

VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.

VII - os serviços postais.

§ 1º Os atuais contratos de exploração de serviços postais celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT com as Agências de Correio Franqueadas - ACF, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão à delegação das concessões ou permissões que os substituirão, prazo esse que não poderá ser inferior a de 31 de dezembro de 2001 e não poderá exceder a data limite de 31 de dezembro de 2002.

§ 2º O prazo das concessões e permissões de que trata o inciso VI deste artigo será de vinte e cinco anos, podendo ser prorrogado por dez anos.

§ 3º Ao término do prazo, as atuais concessões e permissões, mencionadas no § 2º, incluídas as anteriores à, serão prorrogadas pelo prazo previsto no § 2º.

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da

§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na, entre a data de sua publicação e a da presente Lei, fica dispensada de lei autorizativa.

§ 2º Independe de concessão, permissão ou autorização o transporte de cargas pelos meios rodoviário e aquaviário.

§ 3º Independe de concessão ou permissão o transporte:

I - aquaviário, de passageiros, que não seja realizado entre portos organizados;

II - rodoviário e aquaviário de pessoas, realizado por operadoras de turismo no exercício dessa atividade;

III - de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular.

Art. 3º Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei nº 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:

I - garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos;

II - prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso;

III - aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional;

IV - atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais;

V - uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais.

## **Capítulo II**

### **DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA**

#### **Seção I**

##### **Das Concessões, Permissões e Autorizações**

Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais.

§ 1º As contratações, outorgas e prorrogações de que trata este artigo poderão ser feitas a título oneroso em favor da União.

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos.

§ 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.

§ 4º As prorrogações referidas neste artigo deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato, devendo o poder concedente manifestar-se sobre o requerimento até dezoito meses antes dessa data.

§ 5º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades:

I - de geração de energia elétrica;

II - de transmissão de energia elétrica;

III - de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos, inclusive tarifas e prazos;

IV - de participação em outras sociedades de forma direta ou indireta, ressalvado o disposto no, e nos respectivos contratos de concessão; ou

V - estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão.

§ 6º Não se aplica o disposto no § 5º deste artigo às concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição:

I - no atendimento a sistemas elétricos isolados;

II - no atendimento ao seu mercado próprio, desde que este seja inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano e a totalidade da energia gerada, sob o regime de serviço público, seja a ele destinada; e

III - na captação, aplicação ou empréstimo de recursos financeiros destinados ao próprio agente ou a sociedade coligada, controlada, controladora ou vinculada a controladora comum, desde que destinados ao serviço público de energia elétrica, mediante anuência prévia da ANEEL, observado o disposto no inciso XIII do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, garantida a modicidade tarifária e atendido ao disposto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 7º As concessionárias e as autorizadas de geração de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão ser coligadas ou controladoras de sociedades que desenvolvam atividades de distribuição de energia elétrica no SIN.

§ 8º A regulamentação deverá prever sanções para o descumprimento do disposto nos §§ 5º, 6º e 7º deste artigo após o período estabelecido para a desverticalização.

§ 9º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato.

Art. 5º São objeto de concessão, mediante licitação:

I - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinados a execução de serviço público;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica;

III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.

§ 1º Nas licitações previstas neste e no artigo seguinte, o poder concedente deverá especificar as finalidades do aproveitamento ou da implantação das usinas.

§ 2º Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do "aproveitamento ótimo" pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.

§ 3º Considera-se "aproveitamento ótimo", todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.

Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização.

Art. 7º São objeto de autorização:

I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.

Art. 8º O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.

Art. 9º É o poder concedente autorizado a regularizar, mediante outorga de autorização, o aproveitamento hidrelétrico existente na data de publicação desta Lei, sem ato autorizativo.

Parágrafo único. O requerimento de regularização deverá ser apresentado ao poder concedente no prazo máximo de cento e oitenta dias da data de publicação desta Lei.

Art. 10. Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

## **Seção II**

### **Do Produtor Independente de Energia Elétrica**

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Parágrafo único. O produtor independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização.

Art. 12. A venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita para:

I - concessionário de serviço público de energia elétrica;

II - consumidor de energia elétrica, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16;

III - consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração;

IV - conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição;

V - qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação.

Parágrafo único. A comercialização na forma prevista nos incisos I, IV e V do caput deste artigo deverá ser exercida de acordo com critérios gerais fixados pelo Poder Concedente.

Art. 13. O aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, dar-se-á mediante contrato de concessão de uso de bem público, na forma desta Lei.

Art. 14. As linhas de transmissão de interesse restrito aos aproveitamentos de produção independente poderão ser concedidas ou autorizadas, simultânea ou complementarmente, aos respectivos contratos de uso do bem público.

## **Seção III**

### **Das Opções de Compra de Energia Elétrica por parte dos Consumidores**

Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

§ 1º Decorridos três anos da publicação desta Lei, os consumidores referidos neste artigo poderão estender sua opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado.

§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.

§ 3º Após oito anos da publicação desta Lei, o poder concedente poderá diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos neste e no art. 16.

§ 4º Os consumidores que não tiverem cláusulas de tempo determinado em seus contratos de fornecimento só poderão exercer a opção de que trata este artigo de acordo com prazos, formas e condições fixados em regulamentação específica, sendo que nenhum prazo poderá exceder a 36 (trinta e seis) meses, contado a partir da data de manifestação formal à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição que os atenda.

§ 5º O exercício da opção pelo consumidor não poderá resultar em aumento tarifário para os consumidores remanescentes da concessionária de serviços públicos de energia elétrica que haja perdido mercado.

§ 6º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.

§ 7º O consumidor que exercer a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei deverá garantir o atendimento à totalidade de sua carga, mediante contratação, com um ou mais fornecedores, sujeito a penalidade pelo descumprimento dessa obrigação, observado o disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

§ 8º Os consumidores que exercerem a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei poderão retornar à condição de consumidor atendido mediante tarifa regulada, garantida a continuidade da prestação dos serviços, nos termos da lei e da regulamentação, desde que informem à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição local, com antecedência mínima de 5 (cinco) anos.

§ 9º Os prazos definidos nos §§ 4º e 8º deste artigo poderão ser reduzidos, a critério da concessionária, da permissionária ou da autorizada de distribuição local.

§ 10. Até 31 de dezembro de 2009, respeitados os contratos vigentes, será facultada aos consumidores que pretendam utilizar, em suas unidades industriais, energia elétrica produzida por geração própria, em regime de autoprodução ou produção independente, a redução da demanda e da energia contratadas ou a substituição dos contratos de fornecimento por contratos de uso dos sistemas elétricos, mediante notificação à concessionária de distribuição ou geração, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias.

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

#### **Seção IV**

#### **Das Instalações de Transmissão e dos Consórcios de Geração**

Art. 17. O poder concedente deverá definir, dentre as instalações de transmissão, as que se destinam à formação da rede básica dos sistemas interligados, as de âmbito próprio do concessionário de distribuição e as de interesse exclusivo das centrais de geração.

§ 1º As instalações de transmissão componentes da rede básica do Sistema Interligado Nacional - SIN serão objeto de concessão mediante licitação e funcionarão na modalidade de instalações integradas aos sistemas com regras operativas aprovadas pela ANEEL, de forma a assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros.

§ 2º As instalações de transmissão de âmbito próprio do concessionário de distribuição poderão ser consideradas pelo poder concedente parte integrante da concessão de distribuição.

§ 3º As instalações de transmissão de interesse restrito das centrais de geração poderão ser consideradas integrantes das respectivas concessões, permissões ou autorizações.

§ 4º As instalações de transmissão, existentes na data de publicação desta Lei, serão classificadas pelo poder concedente, para efeito de prorrogação, de conformidade com o disposto neste artigo.

§ 5º As instalações de transmissão, classificadas como integrantes da rede básica, poderão ter suas concessões prorrogadas, segundo os critérios estabelecidos nos arts. 19 e 22, no que couber.

Art. 18. É autorizada a constituição de consórcios, com o objetivo de geração de energia elétrica para fins de serviços públicos, para uso exclusivo dos consorciados, para produção independente ou para essas atividades associadas, conservado o regime legal próprio de cada uma, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995.

Parágrafo único. Os consórcios empresariais de que trata o disposto no parágrafo único do art. 21, podem manifestar ao poder concedente, até seis meses antes do funcionamento da central geradora de energia elétrica, opção por um dos regimes legais previstos neste artigo, ratificando ou alterando o adotado no respectivo ato de constituição.

## **Seção V**

### **Da Prorrogação das Concessões Atuais**

Art. 19. A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei.

§ 1º Os pedidos de prorrogação deverão ser apresentados, em até um ano, contado da data da publicação desta Lei.

§ 2º Nos casos em que o prazo remanescente da concessão for superior a um ano, o pedido de prorrogação deverá ser apresentado em até seis meses do advento do termo final respectivo.

§ 3º Ao requerimento de prorrogação deverão ser anexados os elementos comprobatórios de qualificação jurídica, técnica, financeira e administrativa do interessado, bem como comprovação de regularidade e adimplemento de seus encargos junto a órgãos públicos, obrigações fiscais e previdenciárias e compromissos contratuais, firmados junto a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, referentes aos serviços de energia elétrica, inclusive ao pagamento de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal.

§ 4º Em caso de não apresentação do requerimento, no prazo fixado nos §§ 1º e 2º deste artigo, ou havendo pronunciamento do poder concedente contrário ao pleito, as concessões, manifestos ou declarações de usina termelétrica serão revertidas para a União, no vencimento do prazo da concessão, e licitadas.

§ 5º (VETADO)

Art. 20. As concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44 da Lei nº 8.987, de 1995, exceto aquelas cujos

empreendimentos não tenham sido iniciados até a edição dessa mesma Lei, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a trinta e cinco anos, observado o disposto no art. 24 desta Lei e desde que apresentado pelo interessado:

I - plano de conclusão aprovado pelo poder concedente;

II - compromisso de participação superior a um terço de investimentos privados nos recursos necessários à conclusão da obra e à colocação das unidades em operação.

Parágrafo único. Os titulares de concessão que não procederem de conformidade com os termos deste artigo terão suas concessões declaradas extintas, por ato do poder concedente, de acordo com o autorizado no parágrafo único do art. 44 da Lei nº 8.987, de 1995.

Art. 21. É facultado ao concessionário incluir no plano de conclusão das obras, referido no inciso I do artigo anterior, no intuito de viabilizá-la, proposta de sua associação com terceiros na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder, mantida ou não a finalidade prevista originalmente para a energia produzida.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo aos consórcios empresariais formados ou cuja formação se encontra em curso na data de publicação desta Lei, desde que já manifestada ao poder concedente pelos interessados, devendo as concessões ser revistas para adaptá-las ao estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, observado o disposto no art. 20, inciso II e no art. 25 desta Lei.

Art. 22. As concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, poderão ser prorrogadas, desde que reagrupadas segundo critérios de racionalidade operacional e econômica, por solicitação do concessionário ou iniciativa do poder concedente.

§ 1º Na hipótese de a concessionária não concordar com o reagrupamento, serão mantidas as atuais áreas e prazos das concessões.

§ 2º A prorrogação terá prazo único, igual ao maior remanescente dentre as concessões reagrupadas, ou vinte anos, a contar da data da publicação desta Lei, prevalecendo o maior.

§ 3º (VETADO)

Art. 23. Na prorrogação das atuais concessões para distribuição de energia elétrica, o poder concedente diligenciará no sentido de compatibilizar as áreas concedidas às empresas distribuidoras com as áreas de atuação de cooperativas de eletrificação rural, examinando suas situações de fato como prestadoras de serviço público, visando enquadrar as cooperativas como permissionárias de serviço público de energia elétrica. (Vide Decreto nº 4.855, de 9.10.2003)

Parágrafo único. Constatado, em processo administrativo, que a cooperativa exerce, em situação de fato ou com base em permissão anteriormente outorgada, atividade de comercialização de energia elétrica a público indistinto, localizado em sua área de atuação, é facultado ao poder concedente promover a regularização da permissão.

Art. 24. O disposto nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 19 aplica-se às concessões referidas no art. 22.

Parágrafo único. Aplica-se, ainda, às concessões referidas no art. 20, o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 19.

Art. 25. As prorrogações de prazo, de que trata esta Lei, somente terão eficácia com assinatura de contratos de concessão que contenham cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei nº 8.987, de 1995.

§ 1º Os contratos de concessão e permissão conterão, além do estabelecido na legislação em vigor, cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico do concessionário ou permissionário, bem assim, sua aferição pela fiscalização através de índices apropriados.

§ 2º No contrato de concessão ou permissão, as cláusulas relativas à qualidade técnica, referidas no parágrafo anterior, serão vinculadas a penalidades progressivas, que guardarão proporcionalidade com o prejuízo efetivo ou potencial causado ao mercado.

### Capítulo III

#### DA REESTRUTURAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

Art. 26. Exceto para os serviços públicos de telecomunicações, é a União autorizada a:

I - promover cisões, fusões, incorporações ou transformações societárias dos concessionários de serviços públicos sob o seu controle direto ou indireto;

II - aprovar cisões, fusões e transferências de concessões, estas últimas nos termos do disposto no art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995;

III - cobrar, pelo direito de exploração de serviços públicos, nas condições preestabelecidas no edital de licitação.

Parágrafo único. O inadimplemento do disposto no inciso III sujeitará o concessionário à aplicação da pena de caducidade, nos termos do disposto na Lei nº 8.987, de 1995.

Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;

II - fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência.

§ 1º Na hipótese de prorrogação, esta poderá ser feita por prazos diferenciados, de forma a que os termos finais de todas as concessões prorrogadas ocorram no mesmo prazo que será o necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado a partir da assinatura do novo contrato de concessão.

§ 2º Na elaboração dos editais de privatização de empresas concessionárias de serviço público, a União deverá atender às exigências das Leis nºs 8.031, de 1990 e 8.987, de 1995, inclusive quanto à publicação das cláusulas essenciais do contrato e do prazo da concessão.

§ 3º O disposto neste artigo poderá ainda ser aplicado no caso de privatização de concessionário de serviço público sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, no âmbito de suas respectivas competências.

§ 4º A prorrogação de que trata este artigo está sujeita às condições estabelecidas no art. 25.

Art. 28. Nos casos de privatização, nos termos do artigo anterior, é facultado ao poder concedente outorgar novas concessões sem efetuar a reversão prévia dos bens vinculados ao respectivo serviço público.

§ 1º Em caso de privatização de empresa detentora de concessão ou autorização de geração de energia elétrica, é igualmente facultado ao poder concedente alterar o regime de exploração, no todo ou em parte, para produção independente, inclusive, quanto às condições de extinção da concessão ou autorização e de encampação das instalações, bem como da indenização porventura devida.

§ 2º A alteração de regime referida no parágrafo anterior deverá observar as condições para tanto estabelecidas no respectivo edital, previamente aprovado pela ANEEL.

§ 3º É vedado ao edital referido no parágrafo anterior estipular, em benefício da produção de energia elétrica, qualquer forma de garantia ou prioridade sobre o uso da água da bacia hidrográfica, salvo nas condições definidas em ato conjunto dos Ministros de Estado de Minas e Energia e do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, em articulação com os Governos dos Estados onde se localiza cada bacia hidrográfica.

§ 4º O edital referido no § 2º deve estabelecer as obrigações dos sucessores com os programas de desenvolvimento sócio-econômico regionais em andamento, conduzidos diretamente pela empresa ou em articulação com os Estados, em áreas situadas na bacia hidrográfica onde se localizam os aproveitamentos de potenciais hidráulicos, facultado ao Poder Executivo, previamente à privatização, separar e destacar os ativos que considere necessários à condução desses programas.

Art. 29. A modalidade de leilão poderá ser adotada nas licitações relativas à outorga de nova concessão com a finalidade de promover a transferência de serviço público prestado por pessoas jurídicas, a que se refere o art. 27, incluídas, para os fins e efeitos da Lei nº 8.031, de 1990, no Programa Nacional de Desestatização, ainda que não haja a alienação das quotas ou ações representativas de seu controle societário.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, os bens vinculados ao respectivo serviço público serão utilizados, pelo novo concessionário, mediante contrato de arrendamento a ser celebrado com o concessionário original.

Art. 30. O disposto nos arts. 27 e 28 aplica-se, ainda, aos casos em que o titular da concessão ou autorização de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas.

## **Capítulo IV**

### **DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

§ 1º Os pré-contratos conterão, obrigatoriamente, cláusula resolutiva de pleno direito, sem penalidades ou indenizações, no caso de outro licitante ser declarado vencedor.

§ 2º Declarada vencedora a proposta referida neste artigo, os contratos definitivos, firmados entre a empresa estatal e os fornecedores de bens e serviços, serão, obrigatoriamente, submetidos à apreciação dos competentes órgãos de controle externo e de fiscalização específica.

Art. 33. Em cada modalidade de serviço público, o respectivo regulamento determinará que o poder concedente, observado o disposto nos arts. 3º e 30 da Lei nº 8.987, de 1995, estabeleça forma de participação dos usuários na fiscalização e torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados.

Art. 34. A concessionária que receber bens e instalações da União, já revertidos ou entregues à sua administração, deverá:

I - arcar com a responsabilidade pela manutenção e conservação dos mesmos;

II - responsabilizar-se pela reposição dos bens e equipamentos, na forma do disposto no art. 6º da Lei nº 8.987, de 1995.

Art. 35. 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.

Art. 36. Sem prejuízo do disposto no inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, o poder concedente poderá, mediante convênio de cooperação, credenciar os Estados e o Distrito Federal a realizarem atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados nos respectivos territórios.

Art. 37. É inexigível a licitação na outorga de serviços de telecomunicações de uso restrito do outorgado, que não sejam passíveis de exploração comercial.

Art. 38. (VETADO)

Art. 39. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 40. Revogam-se o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 8.987, de 1995, e as demais disposições em contrário.

Brasília, 7 de julho de 1995; 174<sup>º</sup> da Independência e 107<sup>º</sup> da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Raimundo Brito*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA NETO, João Alves de. *Pontos controvertidos sobre o aspecto material da taxa*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3776>>. Acesso em: 16 set. 2005.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5ª ed., 6ª tiragem, São Paulo, Ed. Malheiros, 1997.
- BACELLAR FILHO, Romeu. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2001, Foz do Iguaçu. *Anais...Foz do Iguaçu*: Escola Nacional da Magistratura; Academia Internacional de Direito e Economia, 2001.
- BARELLA, Rodrigo Maluf. *Pedágios e concessões no Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3889>>. Acesso em: 14 set. 2005.
- BERTI, Flávio de Azambuja. *Pedágio: natureza jurídica à luz do sistema constitucional*. Curitiba, Ed. Juruá, 2002, 172p.
- CALDEIRA, J. *Mauá, empresário do Império*. São Paulo, Ed. Cia das letras, 1995.
- CASSALES, Luiza Dias. O direito de ir e vir. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2001, Foz do Iguaçu. *Anais...Foz do Iguaçu*: Escola Nacional da Magistratura; Academia Internacional de Direito e Economia, 2001.
- CRETILLA JR., José. *Das licitações públicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. amp. São Paulo, Atlas, 2002, 395 p.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- HARADA, Kiyoshi. *Pedágio é taxa e não tarifa*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1428>>. Acesso em: 16 set. 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito de ir e vir. In: SEMINÁRIO JURÍDICO – CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2001, Foz do Iguaçu. *Anais...Foz do Iguaçu*: Escola Nacional da Magistratura; Academia Internacional de Direito e Economia, 2001.
- MACHADO, Kal. *Concessões de rodovias: mito e realidade*. São Paulo, Ed. Prêmio, 2002.

- MEDAUAR, Odete e outros. *Concessão de serviço público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, 207p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Ed. Malheiros, 1990, 731 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23ª ed., 2ª tiragem, atual. por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Ed. Malheiros, 1998, 714 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. refund., amp. e atual., São Paulo, Ed. Malheiros, 2002, 918 p.
- MORALES, Pablo Sperandio Lopes. *Contrato de pedágio*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4151>>. Acesso em: 14 set. 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003, 638p.
- OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos*. Bauru, Ed. EDIPRO, 1996, 192 p.
- OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo, Ed. Atlas, 2003, 233 p.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba, Juruá, 2002, 255 p.
- SAVARIS, José Antonio. *Pedágio: pressupostos jurídicos*. Curitiba, Ed. Juruá, 2004, 282 p.
- WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova Lei de concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996, 341p.