

PRINCÍPIOS DO ARCABOUÇO JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: APORTES PARA AS POLÍTICAS DE MODICIDADE TARIFÁRIA NOS TRANSPORTES URBANOS¹

Adolfo Luiz Souza de Sá *
Anísio Brasileiro **

1. INTRODUÇÃO

Nas duas últimas décadas mudaram as relações entre Estado e sociedade, especificamente no que diz respeito à provisão das infra-estruturas econômicas e sociais. No caso específico dos transportes, nos diversos países da América Latina e no Brasil, em particular, ocorreram inúmeros processos de privatização, de descentralização e de concessões ao setor privado de estradas, ferrovias, vias urbanas, sistemas sobre trilhos e pneus. Da mesma forma, processos de reformas de regulação baseadas em licitações competitivas, ou não, ocorreram nos serviços de transportes por ônibus e de veículos de pequeno porte.

As diversas experiências brasileiras mostram assim que, se de um lado ocorreu aumento da oferta dos serviços, de outro, houve elevação das tarifas cobradas aos usuários. Ora, como fica então a questão da modicidade tarifária? Qual tem sido o arcabouço jurídico que fornece as bases de sustentação às reformas regulatórias, institucionais e de financiamento em curso?

O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar o quadro jurídico brasileiro, fundamentado na necessidade de manutenção das diretrizes de serviços públicos, à busca da modicidade tarifária, que aliada à regularidade, à continuidade, à eficiência, à segurança, à atualidade, à generalidade, constituem os princípios basilares para um serviço adequado.

Pretende-se, portanto, identificar quais aspectos contidos na legislação brasileira conduzem à modicidade das tarifas dos serviços públicos, analisando-se desde a Constituição Federal, passando pela Lei de Licitações/Contratações (Lei 8.666/93) e chegando às

Leis das Concessões/Permissões da Prestação de Serviços Públicos (Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95).

Ou seja, resguardadas as condições constitucionais e infraconstitucionais, o arcabouço jurídico brasileiro conduz à obtenção de módicas tarifas para a prestação de serviços públicos?

Este trabalho está estruturado em 7 divisões, inclusive esta introdução: a seção 2 aborda como a Lei Maior Brasileira absorveu as atuais alterações da relação Estado-sociedade; na sequência, descrevem-se as competências constitucionais atribuídas aos entes federativos brasileiros; a seção 4 apresenta as atuais leis que disciplinam as delegações de serviços públicos; simples conceitos de serviço adequado, que inclui o de modicidade tarifária, são resumidos na parte 5; a seção 6 prossegue com a identificação se há persecução, na legislação, à modicidade tarifária; por fim, conclusões e considerações são apostas. Apresentam-se, à parte, a bibliografia de referência e as notas explicativas.

2. CONSTITUIÇÃO: ATUAÇÃO ESTATAL, ATIVIDADE ECONÔMICA, SERVIÇO PÚBLICO

As formas de intervenção estatal nas atividades econômicas têm-se demonstrado, historicamente, redefinidas conforme culturas e ideologias, sempre associadas às transformações produtivas e no embate "Estado *versus* Economia" (Santos, 2000). Características econômicas do setor de transportes propiciam intervenção governamental, seja mediante propriedade e operação direta, seja mediante regulação da atividade privada (Castro, 1999), sendo difícil a regulação

¹ Trabalho publicado em outubro de 2003: Anais do XII Congreso Latinoamericano de Transporte Público y Urbano, Bogotá, Colômbia.

* Adolfo Luiz Souza de Sá - Inspetor de Obras Públicas - Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco-Brasil

** Anísio Brasileiro - professor na Área de Transportes/Gestão das Infra-Estruturas-Universidade Federal de Pernambuco-Brasil

visando ao interesse público, à busca de serviços com qualidade e a preços acessíveis ao cidadão (Sá e Brasileiro, 2003-a).

Dos anos 1930 até finais da década de 70, o Estado Brasileiro atuou fortemente no planejamento, na coordenação e na execução do desenvolvimento da economia, provendo infra-estruturas e serviços públicos, chegando a produzir, com frequência, insumos básicos (Brasileiro *et alli*, 1999), partindo, no caso dos setores de infra-estruturas e de serviços públicos, de uma postura pouco ativa, passando para uma mais incisiva regulação, culminando com a estatização do provimento de serviços. A política de intervenção estatal entendia que o crescimento econômico carecia de investimentos que a iniciativa privada não tinha nem interesse nem condições de assumir (Santos, 2000).

Em âmbito internacional, em face da grave crise econômica da última década de 70, o Estado passa a ser rotulado como incapaz de promover o desenvolvimento socioeconômico, suscitando, assim, a “reforma” estatal, com o seu progressivo afastamento de exercer a atividade econômica (Santos, 2000), passando-se para um Estado que deve estimular, ajudar, subsidiar a iniciativa privada (Pietro, 1999), ao privilegiar a regulamentação, em detrimento da execução direta da prestação de serviços públicos (Benjó, 1999). Há de se assegurar, não obstante, que o interesse público não seja superado pelo interesse privado do prestador particular (Ramos, 2001), ao se impor forte atividade de regulação exercida pelo Poder Público, o qual deve se submeter a controle social, quaisquer que sejam seus atores (Sá e Brasileiro, 2003-b).

Referente a transporte público, a redução da presença estatal foi defendida em face da excessiva regulamentação ou à prestação estatizada dos serviços, aliadas a elevados custos operacionais, excesso de subsídios, baixa produtividade (Santos e Orrico Filho, 1996). Não se pode olvidar que a função precípua da intervenção estatal é regular os desequilíbrios do mercado, promovendo desenvolvimento econômico e bem-estar coletivo (Aragão *et alli*, 2002).

A forma adequada da administração pública agir deve-se apoiar no tripé de menor custo, melhor qualidade, maior produtividade, em atendimento às necessidades dos utentes/contribuintes/cidadãos. O fulcro da questão reside na inter-relação Estado e sociedade, ou seja, como ela se estabelece, na capacidade de gestão do Estado e dos meios que utiliza. A idéia força

é o Estado que cumpre a sua missão no pacto de regulação, ao mesmo tempo em que atende às expectativas da sociedade (Domingues, 2000). Deve-se manter, contudo, a idéia de submissão do Estado à lei, com vinculação aos ideais de justiça, buscando inclusive a participação do cidadão (Pietro, 1999).

Neste contexto, o direito brasileiro não poderia “escapar” às novas tendências (Pietro, 1999). As definições contidas na Constituição da República Federativa do Brasil ⁽¹⁾ afirmam que:

- a ordem econômica brasileira, fundada na livre iniciativa, tem como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor (Art. 170);
- a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Art. 173), conforme definidos em lei, ressalvados os casos previstos na CF;
- a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (§ 4º, Art. 173);
- o Estado exercerá, como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (Art. 174).

Em seguida, o Art. 175-CF define que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, a prestação de serviços públicos, ficando para a legislação dispor sobre:

- I -o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II -os direitos dos usuários;
- III -a política tarifária;
- IV -a obrigação de manter serviço adequado.

O entendimento do dispositivo constitucional não

leva margem a questionamentos: a exploração privada de serviço público somente pode ocorrer mediante instrumento de delegação, sendo ainda titular do serviço o poder que delega (Passanezi Filho, 2001).

Contudo, a CF não definiu o que é serviço público, elencando somente alguns, ficando demais hipóteses a serem previstas em leis ordinárias (Pietro, 1999). A doutrina considera serviço público a atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelo Estado, por ser essencial ao desenvolvimento da sociedade (Souto, 1999), sendo toda atividade que a lei atribui ao Estado para que a exerça, diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas (Pietro, 1999), assegurando o acesso generalizado, com qualidade e preço razoável (Souto, 1999). Constitui, assim, uma das formas do Estado intervir em atividades econômicas, visando ao interesse comum (Aragão, 1996), decorrendo de uma necessidade pública. Juridicamente, somente ocorre quando a legislação o eleva a esta condição (Mukai, 1998).

Os preceitos constitucionais determinam que o instituto concessão/permissão de serviço público se trata de contratos administrativos em que a Administração Pública transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o execute mediante forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. O objeto da concessão/permissão é a execução de um serviço público e a concessão/permissão é uma opção do poder público para a prestação de serviços públicos (Pietro, 1999), devendo-se sempre utilizar a licitação para a contratação.

Em relação aos transportes públicos, não há qualquer dúvida que são constitucionalmente classificados como serviço público (Avalone Filho, 2003), conforme disposto em diversos artigos da CF. As competências estão distribuídas entre os entes federativos, assunto a ser tratado na seção seguinte.

3. COMPETÊNCIAS: UNIÃO, DISTRITO FEDERAL, ESTADOS, MUNICÍPIOS

A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, o Distrito Federal (onde se encontra a Capital Federal, Brasília), 26 Estados e 5.561 Municípios, todos autônomos e com competências definidas na CF.

As competências podem ser privativas (apenas o

poder enunciado constitucionalmente pode a exercer), concorrentes (as diversas esferas podem atuar, mas no conflito prevalece a competência da União sobre Estados/Distrito Federal/Municípios e dos Estados sobre Municípios) e comuns (todos podem atuar sem necessidade de prevalência, em face de conflito não se colocar) (Martins, 1999).

Compete à União (Art. 21-CF, pelos incisos e alíneas citados):

XII -explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão⁽²⁾:

c) -a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

d) -os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) -os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) -os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XIV -organizar e manter a polícia rodoviária e a polícia ferroviária federais;

XX -instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

XXI -estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

XXII -executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira.

Compete privativamente à União legislar sobre (Art. 22-CF):

IX -diretrizes da política nacional de transportes;

X -regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI -trânsito e transporte;

XXII -competência das polícias rodoviária e ferroviária federais;

XXVII -normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle.

No Parágrafo único do Art. 22-CF é determinado que Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 23- -CF), estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (inciso XII), definindo (no Parágrafo único) que Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

O Art. 24-CF estabelece as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente, definindo que:

- no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (§ 1.º);
- a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (§ 2.º);
- inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (§ 3.º);
- a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (§ 4.º).

No Art. 25-CF é definido que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da CF, sendo que:

- são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela CF (§ 1.º), instituindo-se, assim, a competência residual ou remanescente (Mukai, 1998) dos Estados;
- os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (§ 3.º). Ou seja, a CF deixou ao arbítrio da legislação estadual, segundo sua conveniência, a faculdade de partilhar, também, diretamente, da competência de funções públicas, tais como da prestação dos serviços de transporte público

de interesse das aglomerações urbanas (Souto, 1999).

O Distrito Federal rege-se por lei orgânica, sendo-lhe atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios (Art. 32-CF).

No Art. 29-CF é definido que os Municípios regem-se por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na CF e na Constituição do respectivo Estado. O Art. 30 estabelece a competência dos Municípios para:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
- V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

O Art. 241-CF estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos ⁽³⁾.

Cumpre, ainda, destacar os preceitos constitucionais definidos para a Administração Pública Brasileira, em quaisquer de suas esferas, que obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, determinando o Inciso XXI do Art. 37-CF que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e 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. A lei que regulamenta o artigo citado e as leis decorrentes do Art. 175-CF (incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, a prestação de serviços públicos) são tratadas no capítulo seguinte.

Em suma, a delegação de serviços públicos é uma opção do poder público para a prestação dos serviços (Pietro, 1999). No Estado Brasileiro existem serviços públicos federais, estaduais, distritais, municipais e metropolitanos, conforme repartição de competências previstas na CF, sendo (Cretella Júnior, 1999-b), de maneira genérica e simplificada:

- a União competente para delegar a execução de serviços públicos comuns a todo território nacional e a execução de serviços públicos que transponham o âmbito de um Estado (ou do Distrito Federal);
- o Estado competente para delegar a execução de serviços públicos que transponham o âmbito de um Município (lembrar que ao Estado é facultado, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões);
- o Distrito Federal competente para delegar a execução de serviços públicos de seu peculiar interesse, incluindo transporte público coletivo urbano;
- o Município competente para delegar a execução de serviços públicos de seu peculiar interesse, incluindo transporte público coletivo urbano.

Diante desta complexidade de competência legislativa, pode-se asseverar que há competência legislativa concorrente, cabendo à União legislar sobre normas gerais e aos Estados, Municípios e Distrito Federal, no que se refere às normas suplementares (Pietro, 1999).

4. AS LEIS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A lei que disciplina as licitações e contratações da Administração Pública é a Lei 8.666/93 (de 21-6-1993), que regulamenta o inciso XXI do Artigo 37-CF. Em seu Art. 124⁽⁴⁾, a Lei define, explicitamente, que os seus dispositivos se aplicam às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos, desde que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto (Motta, 1994). O Art. 1º da Lei 8.666/93 determina que esta lei estabelece “*normas gerais*”. A legislação específica somente viria com a Lei 8.987/95 (de 13-2-1995), ao regulamentar o Art. 175-CF e com a Lei 9.074/95 (de 7-7-1995), ao estabele-

cer normas para outorga e prorrogações das concessões/permissões⁽⁵⁾.

Em que pese a Lei 8.987/95 (legislação específica de concessões/permissões) não fazer referência, a Lei 8.666/93 é de ser aplicada “supletivamente” às concessões/permissões, prevalecendo, assim, todas as normas da Lei 8.987/95 (Mukai, 1998). Em outras palavras, os casos omissos na legislação específica podem ser resolvidos, no que for compatível, pela aplicação “subsidiária” da lei de licitações/contratações, em tudo que não contrariar as leis específicas (Pietro, 1999).

Não obstante, cumpre ressaltar que o Art. 175-CF não exigiu que a lei fosse federal, o que permite concluir que cada esfera de governo (União, Distrito Federal, Estados, Municípios) tem competência própria para legislar sobre a matéria. Lembrar que o Art. 22-CF, inciso XXVII, incluiu entre as competências privativas da União a de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (Pietro, 1999).

O parágrafo único do Art. 1º da Lei 8.987/95 define que União, Estados, Distrito Federal e 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*”, indicando maleabilidade para as legislações estaduais, municipais e distrital (Pietro, 1999). A lição doutrinária predominante é no sentido de que a Lei 8.987/95 é de âmbito nacional e às suas prescrições deverão adaptar-se as legislações dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Avalone Filho, 2003). Destarte, poderão coexistir leis distritais, estaduais e municipais, sobre concessão e permissão de serviços públicos, desde que harmonizadas em torno das normas da Lei 8.987/95, que poderão ser suplementadas, porém não contraditadas, afastando-se a eventualidade de conflitos entre leis locais e a lei federal (Pereira Júnior, 1995).

Após estas colocações basilares, carece-se de definir, na seção 5, conceitos de serviço adequado, que inclui o de modicidade tarifária.

5. SERVIÇO ADEQUADO E MODICIDADE TARIFÁRIA

A CF (Art. 175), ao definir que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, facultando-lhe a execução direta ou sob delegação, determinou que a lei disporá sobre os direitos dos usuários, a

política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. A Lei 8.987/95 veio estabelecer que toda concessão/permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários (Art. 6º).

A definição de “*serviço adequado*” (§ 1º, Art. 6º da Lei 8.987/95) “*é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”. No entanto, a lei somente explicitou o que deve ser considerado como “*atualidade*” (§ 2º: “*modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço*”). Carece-se, portanto, que os conceitos sejam complementados em normas derivadas, nas regras editais e em consequência, no contrato.

Cumpra apresentar, sucintamente, o que a doutrina considera como serviço adequado:

- regularidade: pressupõe a observância a regras, jurídicas e não jurídicas e à oferta regular de quantidade e qualidade do serviço (Blanchet, 1995);
- continuidade: permanente oferecimento do serviço (Mukai, 1998), não sendo possível a interrupção do serviço por iniciativa do concessionário/permissionário, a não ser em hipóteses previstas em lei/contrato (Pietro, 1999);
- eficiência: serviço satisfatório, qualitativa e quantitativamente (Mukai, 1998), ocorrendo no momento oportuno (Blanchet, 1995);
- segurança: manutenção da segurança física do usuário e da coletividade (Blanchet, 1995);
- generalidade: serviço igual para todos (Mukai, 1998)
- cortesia na sua prestação: bom tratamento ao usuário (Mukai, 1998), incluindo o fácil acesso do usuário para criticar e sugerir alterações (Blanchet, 1995).

A palavra “adequado” não possui sentido autônomo, tendo acepções subjetivas. No entanto, o serviço deve ser prestado de forma a satisfazer ao pleno atendimento das necessidades dos usuários, fundadas em razões objetivas e não pessoais/peculiares a cada utente. Se um determinado usuário de serviço público não se encontra satisfeito em razão da parada mais próxima se encontrar a mais de um quilômetro de

sua residência, esse fator, por si só, não indica que o serviço não seja adequado (Blanchet, 1995).

Por fim, o conceito de *modicidade*. Em face da característica polissêmica da palavra, dependendo de que ponto de vista esteja sendo estudada, dependendo de que abordagem científica (se jurídica, se contábil, se econômica, se social etc), pode levar a diversos entendimentos. *Modicidade* é a qualidade de ser *módico*, vocábulo advindo do latim “*modicu*”, que pode ter entre outros significados, os de: pouco, escasso, cujo valor é baixo, proporcionado, moderado, que está na medida certa (Houaiss e Villar, 2001). Obviamente que o significado jurídico não se limita ao sentido comum, não podendo ter conteúdo impreciso ou indefinido, sendo imprescindível que sejam consideradas as peculiaridades da situação fática, a se perquirir mediante critérios juridicamente apropriados (Blanchet, 1995). Pode-se definir modicidade como preços razoáveis, ao alcance dos usuários (Mukai, 1998), compatíveis com as suas condições financeiras (Faria, 2000), de modo a não os onerar excessivamente (Mello, 2001).

Tarifa ^{(6) (7)} módica é a que propicia ao concessionário/permissionário condições para prestar serviço adequado, possibilitando a justa remuneração dos recursos comprometidos na execução da concessão. Sem a garantia de lucro, o Estado jamais contaria com a colaboração da iniciativa privada no atendimento à prestação de serviços públicos (Blanchet, 1995).

Na seção 6, passa-se à questão de identificar os aspectos contidos na legislação brasileira que conduzem (ou não) à modicidade das tarifas dos serviços públicos concedidos.

6. A LEI 8.987/95 E A MODICIDADE TARIFÁRIA

A Lei em tela define que concessão/permissão de serviço público é contrato administrativo (Art. 4º) pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de serviço público, mediante licitação (Art. 2º), para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco (Art. 2º), mediante tarifa paga pelo usuário (Art. 9º) ou mediante outra forma de remuneração (Art. 11) decorrente da exploração do serviço (Pietro, 1999). Não se trata de simples contrato administrativo de prestação de serviço. Trata-se de um contrato para explorar um serviço público e por ele cobrar (Blanchet, 1995).

A política tarifária é elemento fundamental para o efetivo direito de acessibilidade generalizada, dificultada, *a priori*, pelo antagonismo em se ter tarifa módica e atividade rentável e atrativa para os investidores (Aragão *et alli*, 2002). A busca desse equilíbrio passa pelas duas idéias antitéticas, bem citadas pelos autores franceses George Vedel e Pierre Delvolvé (1983, *apud* Pietro, 1999), constituindo a teoria do contrato de delegação: de um lado, o serviço público deve funcionar sob interesse geral e sob autoridade da administração pública (em consequência, a imprescindibilidade de regulação); de outro lado, uma empresa capitalista, objetivando obter o maior proveito possível da contratação, visando ao lucro (em consequência, a natureza contratual da concessão e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro).

A política tarifária da Lei 8.987/95 é resumida a seguir:

- a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na Lei, no edital e no contrato (Art. 9º). No entanto, dependendo do critério a ser adotado para julgamento das propostas (Art. 15), a fixação da tarifa poderá ser da competência do poder concedente/permitente;
- 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 (Art. 9º, § 1º);
- os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro (Art. 9º, §2º). Os critérios de reajuste e de revisão são obrigatórios no edital (Art. 18, VIII) e no contrato (Art. 23, IV), sendo encargo do poder concedente/permitente homologar reajuste e proceder à revisão de tarifa (Art. 29,V);
- 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 revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso (Art. 9º, § 3º);
- havendo alteração unilateral do contrato que afete o inicial equilíbrio econômico-financeiro,

o poder concedente/permitente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração (Art. 9º, § 4º), ratificando que sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro (Art. 10);

- no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente/permitente prever, 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 (Art. 11), sendo as fontes de receita previstas neste artigo obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Parágrafo único do Art. 11), tendo de ser previstas no edital (Art. 18, VI);
- as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários (Art. 13).

Ressalta-se que a idéia inerente à concepção original de concessão/missão de serviços públicos é que a remuneração paga pelo usuário (denominada tarifa) seja suficiente para cobrir os custos e remunerar o prestador de serviços, sem que haja recorrência aos cofres públicos (Blanchet, 1995). Ocorre que nem sempre o valor de tarifas módicas é suficiente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. O intuito legal de se ter tarifa módica é contraposto pela necessidade de se remunerar o custo da operação, proporcionando modernização, retorno do capital investido pelo particular e justo lucro (Souto, 1999). Para tanto, admite-se que o pagamento do concessionário/permissionário se faça por outras receitas decorrentes da exploração comercial do serviço, mesmo que não advindas diretamente do pagamento da tarifa pelo usuário (Blanchet, 1995; Pietro, 1999; Mello, 2001). O essencial é que a remuneração seja por receitas decorrentes da exploração comercial do serviço, ainda que não provenham diretamente de pagamento efetuado pelo utente (Pietro, 1999).

Sem embargo, a Lei em estudo, ao prever como meios de remuneração do concessionário, além da tarifa, receitas alternativas, complementares, acessórias

ou de projetos associados, favorece a modicidade tarifária, ao possibilitar que a fixação de tarifas compatíveis com o padrão financeiro da média dos usuários (Faria, 2000).

A Lei 8.987/95 define que no julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios (Art. 15):

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;

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

A legislação em detalhe ressalva, ainda, que:

- para aplicação do critério previsto no inciso III, o edital de licitação definirá regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira (Art. 15, § 1º);
- para aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas (Art. 15, § 2º);
- o poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação (Art. 15, § 3º);
- a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica (Art. 16).

A Lei 8.987/95 considera 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 (Art. 17), incluindo nas vantagens ou subsídios de que tra-

ta 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. 17, § 2º).

Portanto, o subsídio é possível, quando houver lei autorizando, que seja prévio à licitação e esteja à disposição de todos os licitantes (Pietro, 1999). O concessionário/permissionário se remunera "basicamente" pela cobrança de tarifas, mas não exclusivamente por elas, não havendo qualquer impedimento para o subsídio (Mello, 2001).

Em face dos dispositivos legais, possibilidades podem ser estabelecidas (Pietro, 1999):

- 1ª - a única forma de remuneração é a tarifa paga pelos usuários. Ou seja, a tarifa deve ser fixada em função do custo. Alterando-se os custos, para mais ou para menos, devem-se alterar as tarifas;
- 2ª - a remuneração básica é a tarifa, complementada por outro tipo de receita e/ou por subsídio, sendo o equilíbrio econômico-financeiro assegurado em parte pela tarifa e em parte pela receita complementar e/ou subsídio;
- 3ª - a remuneração decorre inteiramente de outro tipo de receita que não a tarifa.

Há de se destacar que quando a concessão/permissão é remunerada somente por tarifa, pode haver necessidade de contratos mais longos, para que se atenda ao princípio da modicidade tarifária (Pietro, 1999). A definição dos prazos de concessão/permissão, principalmente quando há investimentos, deve ser calculado em função da montagem do fluxo de caixa do empreendimento (Sá e Brasileiro, 2003-a). Ou seja, devem-se conciliar as possibilidades dos usuários com as exigências do concessionário/permissionário, relativas à recuperação de seus investimentos, à manutenção de serviço adequado e à obtenção de lucro (Pietro, 1999).

Ademais, o valor da tarifa pode ser objeto de reajuste e de revisão, dois instrumentos contratuais distintos e de suma importância para a modicidade tarifária, que não serão abordados detalhadamente neste trabalho. Tanto a Lei 8.987/95 como a Lei 8.666/93 deram destaque a estes instrumentos, decorrentes do preceito constitucional de manutenção das condições efetivas da proposta (inciso XXI, Art. 37-CF).

O reajuste corresponde aos acréscimos (ou decréscimos) resultantes das variações dos preços dos insumos necessários à prestação do serviço, aferidos sob fórmula e periodicidade prevista no edital de licitação e no contrato. A fórmula deve contemplar a variação de preço dos insumos necessários à prestação dos serviços, sendo definida pelo poder concedente (Blanchet, 1995). O reajuste configura hipótese em que a tarifa, em substância, não muda, sendo apenas atualizada, acompanhando a variação dos preços dos insumos, não havendo elementos novos que interfiram (Mello, 2001), tratando-se de simples indexação.

A revisão resulta de desequilíbrio econômico-financeiro superveniente à apresentação da proposta, desde que não provocada pela parte interessada na revisão e que seja imprevisível e geradora de extraordinária onerosidade para uma das partes. A revisão pode ter como objeto não somente valores, contemplando alterações de prazos contratuais, de fórmula de reajuste (inclusive índices e coeficientes), de periodicidade de pagamentos e de reajustamentos (Blanchet, 1995). Na revisão, a tarifa muda, não apenas no valor, mas na qualificação do próprio valor (Mello, 2001). Não obstante, o contratado não se exime dos riscos próprios de qualquer empreendimento comercial (Mello, 2001).

A garantia ao equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato não pode inibir instrumentos de incentivo à eficiência e à competitividade (Aragão *et alli*, 2002). Definição de tarifas em licitação pela menor tarifa e mecanismos de reajuste/revisão que contemplem ganhos por produtividade devem ser utilizados visando-se à modicidade tarifária. O certo é que a modicidade da tarifa deve ser conciliada com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Souto, 1999), na montagem da equação econômico-financeira do empreendimento, inclusive sendo determinante na definição do prazo de concessão/permissão.

A Lei 9.074/95 define (Art. 35) que a estipulação de novos benefícios tarifários, pelo poder concedente/permitente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário/permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que a concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços (vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular). O intuito é se diminuir a prática clientelista de beneficiar grupos em

detrimento dos usuários que efetivamente pagam as tarifas, com aumento da tarifa quando há redução de passageiros pagantes (Aragão, 1996).

Há interferência indireta de outros dispositivos legais na questão da modicidade tarifária, quando considerada de maneira ampla, inclusive quanto à regulação a ser exercida pelo poder concedente e quanto às formas de intervenção para assegurar a adequação da prestação prevista, aspectos não abordados neste trabalho.

A construção de “modelagens” para projeto, licitação e contratação de serviços públicos tem o principal objetivo de buscar o melhor serviço ao menor preço possível, sem deixar de se averiguar se a tarifa é módica para quem precisa se utilizar do serviço de transporte público.

7. CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira analisada concernente às concessões/permissões de serviços públicos (Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95, de caráter específico e Lei 8.666/93, de caráter suplementar) abarca serviços públicos de características bem distintas, deixando para os Estados e os Municípios a edição de legislações específicas para as suas concessões/permissões que venham a prever as peculiaridades de cada serviço público a ser delegado à iniciativa privada. A montagem dos procedimentos licitatórios, que inclui o modelo de contratação a ser efetivada, deve complementar as particularidades inerentes a cada serviço público, tendo decisivo e importante papel no êxito da delegação.

A doutrina jurídico-administrativa apresenta várias críticas às redações prolixas, excessivamente detalhistas e repetitivas, inclusive citando erros de técnica redacional (Aragão, 1996) e inconstitucionalidades (Mukai, 1998; Pietro, 1999). Não obstante, há de se concluir que, resguardadas as condições constitucionais e infraconstitucionais, o arcabouço jurídico brasileiro conduz à obtenção de módicas tarifas para a prestação de serviços públicos, ao se prever e incentivar receitas complementares e ao permitir a utilização de subsídios (desde que previamente estabelecidos).

É evidente que não houve a pretensão de se haurir o assunto da modicidade tarifária, colimando-se, aqui, somente esboçar em que nível se encontra o complexo arcabouço jurídico brasileiro, carente de alterações e complementações para que haja bons serviços públicos e com preços acessíveis ao usuário/cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragão, J.J.G. (1996) *O novo direito concessionário nacional: e agora, ônibus brasileiro*. In: Orrico Filho et alii. *Ônibus Urbano-Regulamentação e Mercados*. Linha Gráfica Editora. Brasília, Brasil.
- Aragão, J.J.G. et alii (2002) Construindo modelos de relações institucionais e reguladoras no transporte público urbano – *Revista dos Transportes Públicos - ANTP*, ano 24, 1º trimestre, pp. 35-55.
- Avalone Filho, J. (2003) *Estudo Sobre o Serviço Público de Transporte Coletivo*. Disponível em: <www.infojus.com.br> Acesso em 25.6.2003.
- Benjô, I. (1999) *Fundamentos de Economia da Regulação*. Thex Editora. Rio de Janeiro, Brasil.
- Blanchet, L.A. (1995) *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*. Juruá Editora. Curitiba, Brasil.
- Brasileiro, A. et alii (1999) *Viação Ilimitada*. Cultura Editores Associados. São Paulo, Brasil.
- Castro, N. (1999) *Privatização no Setor de Transportes no Brasil*. In: Pinheiro, A.C. e Fukasaku, K. *A Privatização no Brasil -, O Caso dos Serviços de Utilidade Pública*. BNDES. Rio de Janeiro, Brasil.
- Cretella Júnior, J. (1999-a) *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Forense. Rio de Janeiro, Brasil.
- Cretella Júnior, J. (1999-b) *Curso de Direito Administrativo*. Edição Revista Forense. Rio de Janeiro, Brasil.
- Domingues (2000) *O Controle Externo e os Novos Modelos de Gestão de Serviços Públicos*. Editado pelo Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Salvador, Brasil.
- Faria, E.F. (2000) *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Editora Del Rey. Belo Horizonte, Brasil.
- Houaiss, A e M.S.Villar (2001) *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva. Rio de Janeiro, Brasil.
- Martins, I.G.S. (1999) *Questões de Direito Administrativo*. Obra Jurídica Editora. Florianópolis, Brasil.
- Mello, C.A.B. (2001) *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. São Paulo, Brasil.
- Motta, C.P.C. (1994) *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Livraria Dey Rey Editora. Belo Horizonte, Brasil.
- Mukai, T. (1998) *Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos*. Editora Saraiva. São Paulo, Brasil.
- Passanezi Filho, R. (2001) *Lei de Concessões e Avanço da Privatização de Infra-Estrutura no Brasil – Anais do II Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, São Paulo, Brasil.
- Pereira Júnior, J.T. (1995) *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, Brasil.
- Pietro, M.S.Z. (1999) *Parcerias na Administração Pública*. Editora Atlas. São Paulo, Brasil.
- Ramos, D.M.O. (2001) *Parecer PA-3 n. 305/2001 – Processo PGE n. 926/2001 da Procuradoria Administrativa da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, Brasil.
- Sá, A.L.S. e A. Brasileiro (2003-a) Os Tribunais de Contas e as Concessões de Rodovias Brasileiras à Iniciativa Privada: uma Metodologia para Auditoria de Estudos de Viabilidade Econômico-Financeira – *Trabalho científico submetido à seleção para o XVII Congresso de Pesquisa e ensino em Transportes - ANPET*, Rio de Janeiro, Brasil.
- Sá, A.L.S. e A. Brasileiro (2003-b) *Concessões de Rodovias: A Atuação dos Tribunais de Contas Brasileiros – Anais do III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos - ABAR*, Gramado, Brasil.
- Santos, E.M. (2000) *Concentração em Mercados de Ônibus Urbanos no Brasil: Uma Análise do Papel da Regulamentação*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil.
- Santos, E.M. e R.D.Orrico Filho (1996) *O mercado de transporte público urbano por ônibus: que contabilidade?* In: Orrico Filho et alii. *Ônibus Urbano-Regulamentação e Mercados*. Linha Gráfica Editora. Brasília, Brasil.
- Souto, M.J.V. (1999) *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, Brasil.