O RELACIONAMENTO DAS PARTES NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Claudia Bossay Assumpção Fassa[1]

RESUMO

O objetivo do presente estudo é traçar as bases do relacionamento entre as partes nas concessões de serviços públicos, especialmente com relação às concessões *patrocinada* e *administrativa*, regidas pela Lei 11.079/95. Para tanto, serão abordados o conceito de serviço público e os princípios a ele aplicáveis, com especial atenção ao da adequação, "princípio matriz" da prestação de serviços no Estado Social e Democrático de Direito. Esclarecidas as distinções e demarcado o âmbito dos direitos e deveres das partes, passa-se, para finalizar, a estabelecer a distinção sobre a condição do destinatário do serviço público: a de usuário, de consumidor e de beneficiário, trazendo a lume algumas considerações sobre essas posições em relação ao poder concedente e à concessionária.

Palavras-chave: Prestação de serviços públicos. Concessões. Parceiras Público-Privadas. Relacionamento das partes nas concessões. Usuário. Consumidor. Beneficiário.

ABSTRACT

The objective of the present study is to track relationship basis between public service concession, especially regarding supported and administrative concessions ruled under the 11.079/95 Law. Thus, it will be approached public services and its main applications with special concerns to the adequacy, its "master principals" on service rendering in the Social State and Law Democracy. It will be highlighted its distinctions and shown laws and duties on both parties as well as the finalization to be established in the destination condition on public services: the user on the consumer side and the one getting the benefits, bringing to such studies some of the considerations about these positions related to the power given and the concessionary party.

Key Words: Public Service Rendering. Concessions. Private-Public Partnerships. Concession on Parties Relationship. User. Consumer. Beneficiary.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proclama as atividades administrativas como um modo de promover os direitos fundamentais.

Um desses meios de concretização dos direitos fundamentais (e da dignidade humana, como princípio informador do Estado Social e Democrático de Direito) é o serviço público, a ser prestado diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, conforme estatuem os artigos 21, XI e XII, 25, § 2º, 175 e 223 da Constituição da República.

O objetivo do presente estudo é traçar as bases do relacionamento das partes nas concessões de serviços públicos (poder concedente, concessionária e usuários) especialmente com relação às

[1] Defensora Pública Estadual, titular da 2ª Defensoria Pública Cível e de Defesa do Consumidor de Campo Grande-MS, tendo ingressado na carreira em janeito de 1999, através de consurso público de provas e títulos. Pós-graduada em Direito civil com ênfase em Dirito do Consumidor. Atualmente é Mestranda em Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP.

concessões *patrocinada* e *administrativa* regidas pela Lei n. 11.079/1995 (cujas partes são denominadas parceiro público, parceiro privado e usuário).

Nesse particular, é necessário esclarecer a distinção entre as *concessões comuns*, disciplinadas pela Lei n. 8.987/1995, e as concessões *patrocinada* e *administrativa*, regidas pela Lei n. 11.079/2004, denominada Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP). Com efeito, a Lei n. 8.987/1995 traz as regras gerais do regime jurídico dos serviços públicos prestados através de concessão ou permissão, e a Lei n. 11.079/2004, normas gerais para licitação e contratação de PPP e institui critérios gerais a serem observados pela Administração Pública. Às Parcerias Público-Privadas, no entanto, aplicam-se subsidiariamente os seguintes dispositivos da Lei n. 8.987/95: artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei n. 8.987/1995. Tais artigos dizem respeito aos direitos e obrigações das partes contratantes e dos usuários de serviços públicos.

Verifica-se, portanto, que quanto a direitos e obrigações das partes, em qualquer modalidade de concessão, vigora a Lei n. 8.987/95, já que a Lei das Parcerias Público-Privadas não se ocupou desse aspecto.

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas para realçá-lo, serão abordados o conceito de serviço público e os princípios a ele aplicáveis, com especial atenção ao princípio da adequação, que já tinha seu préstimo nos demais modelos de Estado, e passou a ter uma maior relevância no Estado Democrático de Direito, pois se tornou o "princípio matriz" da prestação de serviços.

Esclarecidas as distinções, identificados os princípios que regem os serviços públicos e demarcado o âmbito dos direitos e deveres das partes, passa-se, para finalizar, a estabelecer a distinção sobre a condição do destinatário do serviço público: a de usuário, de consumidor e de beneficiário, trazendo a lume algumas considerações sobre essas posições em relação ao poder concedente e à concessionária.

2 O SERVIÇO PÚBLICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são a base e o fundamento do Estado Democrático de Direito. São o "oxigênio das Constituições Democráticas".[2] A finalidade e o objetivo da Constituição, ao estabelecer a distinção entre os poderes estatais, e conferir imunidades e garantias a cada um deles, é a garantia do próprio regime democrático e dos direitos fundamentais. Há, portanto, nexo de interdependência entre direitos fundamentais, o Estado e a Constituição.

O artigo 3º da Constituição Federal proclama que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os direitos fundamentais visam a proteção da dignidade humana e, segundo a lição de Vidal Serrano Nunes Junior, "são universais, ou seja, destinados ao ser humano enquanto gênero, portanto não podem ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas".[3]

Esses direitos fundamentais, de maneira geral, como informadores do Estado Social e Democrático de Direito, precisam de efetividade.[4] Para tanto, são necessárias ações estatais

---

[2] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 28 ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 387.

[3] NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 37.

[4] Não nos deteremos na análise pormenorizada das inúmeras teorias acerca da fundamentalidade ou nos direitos sociais, tendo em vista que este não é propósito do presente trabalho. Assim, nos limitaremos a concordar com a posição

concretas e de produção legislativa, que sirvam de referencial para a implementação dos objetivos previstos na Constituição, como uma estratégia da administração para um plano concreto de ação. Vale dizer, para a concretização desses direitos sociais fundamentais é necessária a criação de mecanismos estatais de ação. Tais mecanismos só podem advir da lei.

A Constituição garante que os cidadãos são titulares de direitos fundamentais, o que impõe a necessidade de ação do Poder Público para efetivar esses direitos, vinculando-o às políticas públicas.

É certo que as políticas públicas de redução das desigualdades e de concretização dos demais objetivos da República (artigo 3º, da CF), como enfatiza Valdir Ferreira de Oliveira Junior,[5] "constituem o marco constitucional determinante da atividade estatal". E mais: os atos da administração pública "perdem em discricionariedade em se vincular a esses mandamentos constitucionais"[6].

É por isso que Marçal Justen Filho, em suas lições sobre o tema "serviço público", enfatiza que todas as atividades administrativas são um modo de promover os direitos fundamentais. O serviço público é um dos meios de promover a dignidade humana, porque está voltado à satisfação das necessidades essenciais e fundamentais do ser humano, de modo que o vínculo entre os direitos fundamentais e o serviço público é o que confere existência e legitimidade a este. Assim, "o serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos."[7]

Com efeito, exorta o autor que as atividades estatais que não têm a finalidade de promover diretamente ou imediatamente os direitos fundamentais não são serviços públicos e, portanto, "não estão sujeitas ao regime de direito público".[8] Entretanto, não se ignora que há atividades estatais voltadas ao atendimento das necessidades fundamentais do ser humano (como o fornecimento de alimentos e medicamentos) que não são considerados serviços públicos, por se admitir que a atuação econômica privada "está apta a produzir a sua satisfação de modo adequado".[9] Isto importa em reconhecer que "o elenco dos serviços públicos em uma sociedade economicamente desenvolvida tende a ser muito mais reduzido do que se passa em países com o sistema econômico eficiente".[10] Portanto, há possibilidade de coexistência entre serviços públicos e atividades públicas: "com objeto similar desempenhadas sob regime de serviço público e de atividade econômica privada".[11]

O referido autor distingue serviço público e atividade econômica.[12] Entende que existe um conjunto de atividades econômicas em sentido próprio e atividades qualificadas como serviços públicos. Essa dicotomia se extrai do texto do artigo 173 e do artigo 175 da CF. As atividades econômicas estão subordinadas à livre-iniciativa e se desenvolvem com recursos privados para a satisfação de interesses privados. Os serviços públicos relacionam-se diretamente com a satisfação imediata dos direitos fundamentais.

---

doutrinária, segundo a qual a Constituição brasileira de 1988 adotou o modelo social de Estado e que, portanto, os direitos sociais são direitos fundamentais.

[5] FERREIRA JR. Valdir de Oliveira. Administração pública no neoconstitucionalismo: redução da discricionariedade administrativa e ativismo administrativo. In: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valter do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coords.) **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 413.

[6] *Ibidem.*

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed., ver., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2014, p. 729.

[8] *Ibidem.*

[9] *Ibidem.*

[10] *Ibidem,* p. 730.

[11] *Ibidem.*

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões, permissões e autorizações**. Tratado de Direito Administrativo. DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 516.

Em que pese a discussão doutrinária sobre o tema, não é demais trazer à colação os ensinamentos de Dinorá Adelaide Musetti Grotti acerca da atual dificuldade de se caracterizar uma atividade como serviço público:

> Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público, remete ao plano da escolha política, que pode ser fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento. Essa é uma questão histórica e cada Estado desenvolve um modelo peculiar.Disso deflui que não há um serviço público por natureza ou por essência. Só o serão as atividades que estiverem definidas na Constituição Federal.[13]

De qualquer modo, a atividade estatal está em grande parte voltada para a prestação desses serviços públicos.

3 DAS CONCESSÕES

O Estado cresceu e ampliou suas atividades em decorrência da implementação do Estado Social, a partir de 1934. Aliado a isso, verificou-se uma grande expansão de sua atividade interventiva a partir de 1986, passando a ter atuação em todos os setores da vida social. Acresceu-se a isso a transformação do Estado Social em Estado Social e Democrático de Direito, em que "os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado".[14] Esses fatores históricos e sociológicos, e o surgimento de novas necessidades humanas passaram a exigir do Estado uma atuação mais positiva e ampla. Ocorre que o Estado, como analisa Grotti, "percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, começou a haver gestão de serviços públicos por particulares".[15]

Uma das opções conferidas ao poder público para a prestação de serviços públicos é a concessão, prevista nos artigos 21, XI e XII, 25, § 2º, 175 e 223 da Constituição da República.

O artigo 175, parágrafo único, da CF, determinou a elaboração de lei para disciplinar a concessão de serviço público. Assim, nasceu a Lei n. 8.987 de 13.2.1995 e em seguida a Lei n. 9.074, de 7.07.1995 (que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões), ambas alteradas pela Lei n. 9.648 de 27.05.1998. No que couber, aplica-se, ainda, a Lei n. 8.666 de 21.6.1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos.

A concessão de serviço público, segundo a própria definição da Lei n. 8.987/1995 (art. 2º, inciso II), é:

> 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

[13] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti . A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 28, p. 84. (2011 v. 14 n. 28 jul./dez)

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 17

[15] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti . A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 28, p. 84.

Maria Sylvia Zanella de Pietro define a concessão de serviço público como:

> O contrato 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.[16]

Com as concessões, o Estado passa de prestador de serviços a garantidor de sua adequada prestação.

3.1 Das modalidades de concessão

O Estado, a partir da Constituição de 1988, incorporou a responsabilidade de concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, para a concretização desses objetivos, foi incumbida ao Estado a tarefa de regular, planejar e fomentar a atividade econômica, no modelo denominado Estado Social e Democrático de Direito.

Esse dever de planejamento, como enfatiza Dal Pozzo, é extraído do artigo 174 da CF. Tem ele por finalidade o desenvolvimento nacional equilibrado, a ser concretizado através da implantação de planos de desenvolvimento. Esses projetos indicam o objeto a ser atendido pelo produtor da obra ou pelos resultados dos serviços a serem prestados à Administração[17], diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, conforme estatui o art. 175 da CF.

Identifica-se no ordenamento jurídico quatro modalidades de concessões:

A *concessão comum*, disciplinada pela Lei n. 8.987/1995. Divide-se em concessão *de serviços públicos* e *concessão de serviços públicos precedidas de obras públicas*.

A concessão da Lei n. 11.079/2004, denominada a Lei das Parcerias Público-Privadas, que divide-se em *concessão patrocinada* e *concessão administrativa*. Cada uma delas com um regime jurídico próprio.

A *concessão patrocinada* é disciplinada pela Lei n. 11.079/2004, mas com aplicação subsidiária da Lei n. 8.987/1995. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ela pode ser definida como:

> a própria concessão de serviço ou de obra de que fala a lei 8.987/95 quando "adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários", envolver contraprestação pecuniária do contratante público ao contratante privado, ambos ali denominados "parceiros" (§ 1º, do art. º).[18]

A *concessão administrativa* também é disciplinada pela Lei n. 11.079/2004, mas com aplicação dos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei n. 8.987/95 e artigo 31 da Lei n. 9.074/1995. Essa modalidade, de acordo com os §§ 2º e 4º do artigo 2º, da lei n. 11.079/2004, é definida por Silvio Luís Ferreira da

---

[16] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 72.

[17] DAL POZZO. Augusto Neves. Parcerias público-privadas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz.. **Parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 54.

[18] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 790-791.

Rocha como "o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra e fornecimento ou instalação de bens".[19]

A Lei n. 8.987/1995, portanto, traz as regras gerais do regime jurídico dos serviços públicos, prestados através de concessão ou permissão.

A Lei n. 11.079/1995 traz normas gerais para licitação e contratação de PPP; institui critérios gerais a serem observados pela Administração Pública. Abarca um conjunto de regras e operações em que o parceiro privado investe recursos próprios na edificação de obras e rede de infraestrutura, que serão utilizadas posteriormente na exploração e prestação de um serviço público, mediante a contraprestação do parceiro público.

4 O RELACIONAMENTO ENTRE AS PARTES NAS PPPs

Embora seja característica das Parcerias Público-Privadas a múltipla participação de pessoas jurídicas na implementação e na contratação, persiste, na essência, a classificação das partes como na concessão clássica. Ou seja, o contrato é pactuado entre três partes, que são: o poder concedente (Município, Estado, Distrito Federal ou União); a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade; o particular (concessionário).

Nas Parcerias Público-Privadas as partes contratantes são denominadas "parceiros" (parceiro público e parceiro privado).

Alerta Marçal Justen Filho que as posições das partes são distintas. O usuário individual não é parte no contrato de concessão, mas é personificado pela Sociedade. Eis seu comentário:

> Daí não se infere que todas as partes sejam titulares de posições jurídicas homogêneas, nem que Estado e sociedade compartilhem poderes, direitos e competências idênticos. Por isso, a triangularidade da concessão não significa que as competências reservadas ao poder concedente apenas possam ser exercidas em conjunto com a sociedade. Nem traduz a concepção de que a sociedade seja uma espécie de "curadora" do Estado. A validade dos atos praticados pelo Estado não depende de nenhuma ratificação social.[20]

Isso implica em dizer que embora o contrato de concessão seja um contrato de cunho trilateral (tendo como uma das partes a sociedade), o usuário individual não é parte no contrato de concessão.

Dessa premissa decorre que, nas palavras de César A. Guimarães Pereira, o dever do usuário, no regime de prestação direta do serviço, é um "*dever legal*"[21], e não *convencional*. Entretanto, na delegação do serviço, "o concessionário passa a ter o *dever convencional* de prestar o serviço e o usuário passa a ter um *dever legal*, não tributário, regulamentado pelos termos da concessão, de pagar a tarifa".[22] E acresenta:

> a percepção de tarifa não é essencial para a configuração da delegação do serviço público. Especialmente no regime da Lei n. 11.079/2004, não há vedação a que a remuneração do concessionário seja total ou parcialmente originária do

[19] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556.
[20] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed., ver., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2014, p. 761
[21] PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2 ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 368.
[22] I*bidem.*

> Poder Público, desde que se mantenha existente a relação direta entre o concessionário e o usuário e a atribuição de riscos de exploração ao concessionário. [23]

Nestes termos, configura-se o relacionamento das partes nas PPPs.

4.1 O relacionamento entre o poder concedente e o concessionário

Costuma-se dizer que a lógica do contrato de concessão é a seguinte: O poder concedente (Estado) visa à boa prestação do serviço público; o concessionário, o lucro. Então:

> Para o concessionário a prestação do serviço é um *meio* através do qual obtém o *fim* que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é o *meio* por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço.[24]

Nessa lógica, no entanto, assiste ao Estado todas as prerrogativas e garantias próprias à obtenção de sua finalidade, sempre com vistas ao interesse público. Pode, em razão disso, promover a modificação unilateral do contrato, sem oposição do concessionário, desde que essa modificação se refira ao objeto do contrato e às cláusulas contratuais que preveem a equação econômico-financeira.

Entretanto, essa modificação unilateral encontra limite na lei e no contrato, especificamente no que concerne à preservação do equilíbrio econômico-financeiro, formulado no contrato mediante um plexo de cláusulas aptas a preservar a legítima expectativa de lucro assegurada ao concessionário pela exploração e prestação do serviço público.

Assim, a par das prerrogativas do poder concedente, como veremos a seguir, o principal direito do concessionário é a manutenção do objeto da concessão e do equilíbrio econômico-financeiro.[25]

4.1.1 Manutenção do objeto da concessão

Em regra, o objeto da concessão deve ser sempre a prestação de um serviço público, ainda que ele envolva outras atividades ou mesmo construção de obras, já que a lei considera as Parcerias Público-Privadas uma modalidade de concessão.

Isto porque a Constituição Federal, em seu artigo 175, fixa o objeto da concessão: a prestação de serviços públicos.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, "seu objeto será necessariamente a *prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados*". [26] A

---

[23] PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2 ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439.
[24] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 728.
[25] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 547.
[26] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 790.

imutabilidade do objeto do contrato deve ser entendida como "o tipo de serviço concedido",[27] aí incluída o que ele denomina de "*modalidade técnica genérica* segundo o qual será prestado".[28]

A Administração pode regulamentar os serviços a serem prestados pela concessionária, e emitir ordens de serviços que são modificáveis unilateralmente por ela. Mas isso não autoriza que a seu talante modifique o objeto do contrato.[29]

4.1.2. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Embora não seja o propósito do presente trabalho, algumas considerações perfuntórias devem ser traçadas acerca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

É da natureza dos contratos de Parceria Público-Privada que eles se estendam por longo tempo. De acordo com o inciso I, do artigo 5º, da Lei n. 11.079/2004, ele terá o prazo mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação. Além disso, o inciso I, do § 4º, do artigo 2º, veda a celebração de contrato de Parceria Público-Privada cujo valor do contrato seja inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

São, portanto, contratos longos e vultosos.

Em razão dessas peculiaridades, nas PPPs o risco é compartilhado entre o parceiro privado e o Poder Público. E, como em qualquer contrato, deve ser levada em consideração a equação econômico-financeira, a partir da qual irá se verificar o eventual impacto econômico financeiro de circunstâncias e eventos futuros e a necessidade ou não de ajuste em favor de uma das partes.

O ponto de partida para a averiguação do equilíbrio econômico-financeiro é a sua equação econômica inicial. A partir dela é possível estipular quais os riscos que cada um dos parceiros irá assumir no decorrer do contrato e, a partir deles, criar mecanismos e fórmulas que poderão implementar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Estabelecidos esses parâmetros e eleitos os critérios a serem utilizados pelos parceiros, passa-se a averiguar se aqueles eventos inseridos entre os riscos assumidos por uma das partes enseja o reequilíbrio, ou o restabelecimento de condições contratuais.

Nesse particular, Alexandre Santos de Aragão pondera que na teoria tradicional vigora o seguinte:

> Os fatos previsíveis não levam à recomposição da equação econômico-financeira, salvo disposição contratual ou legal expressa em sentido contrário. Em princípio, portanto, o único fato previsível que pode levar à recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão é a desvalorização da moeda, que, com periodicidade mínima de um ano, acarreta o reajuste de preços segundo o índice e correção monetária previsto contratualmente.[30]

---

[27] *Ibidem*, p. 693.

[28] Em nota rodapé, o ilustre professor exemplifica o que seja a *modalidade técnica* de prestação do serviço contratado: "Assim, o concessionário de serviço de iluminação pública a gás não pode ser compelido a modificar-lhe o sistema de prestação para iluminação por energia elétrica. A concessão de geração de energia elétrica não impõe para o concessionário a obrigação e modificá-la, para geração de energia atômica, se o concedente deseja a mudança do sistema de geração de energia". (*Ibidem*, p. 729).

[29] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 603.

[30] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607-608.

Essa é a diferença entre reajuste (em razão da desvalorização da moeda) e revisão, decorrente de fatos imprevisíveis. Logo, a revisão somente será possível se ocorrerem as áleas extraordinárias, seja ela *administrativa* (oriunda do Estado, como fato do príncipe ou fato da administração) ou *econômica* (oriunda de circunstâncias externas ao contrato e às partes).[31]

Com isso, contorna-se a teoria tradicional que admite a revisão apenas quando ocorrerem as áleas extraordinárias.

Essas eventuais alterações unilaterais do contrato poderão redundar ou não em uma revisão tarifária. A tarifa e outras formas de remuneração devem ser suficientes para remunerar os custos e amortizar os investimentos realizados e gerar lucro. O lucro, ou taxa de retorno (dentro dos parâmetros da modicidade tarifária) já está embutido na remuneração do parceiro privado.

Mas, como dito acima, o que qualifica a concessão como PPP não é o investimento privado, mas a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (na forma e cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens dominicais), tudo conforme os artigos 6º e 7º, da lei n. 11.079/2004.

Nas concessões patrocinadas, além da contraprestação, adiciona-se a tarifa cobrada dos usuários, como *exempli gratia,* o serviço de transporte coletivo.

Portanto, essa contraprestação pode envolver paralelamente a cobrança de tarifa dos usuários.

A cobrança de tarifa é um instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, quando o objeto do contrato é a prestação de um serviço público. Trata-se de um modo de contraprestação por parte dos usuários, pela utilização dos serviços públicos prestados pela concessionária.

Entretanto, Jacintho Arruda Câmara[32] menciona situações em que o aumento da tarifa não é capaz de reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato. Uma delas é o dever de modicidade das tarifas e proibição de abusividade de preços. Além disso, nem sempre o aumento da tarifa representa vantagem à parte prejudicada com o desequilíbrio. Pondera do autor que:

> isso ocorrerá sempre que ao aumento da tarifa não corresponda um proporcional aumento da receita da concessionária. Seriam situações em que, devido à condição sócio-econômica dos usuários do serviço, a elevação do valor das tarifas traria uma queda na demanda pelo serviço e, consequentemente, a receita geral da empresa concessionária não seria beneficiada.[33]

Nas concessões administrativas não há cobrança de tarifa porque tal cobrança é inviável econômica e socialmente, e até juridicamente vedada, ou porque o Estado é o usuário (direito ou indireto) dos serviços a serem prestados ou porque se trata de serviço de saúde ou ensino público, de modo que a remuneração se dá exclusivamente com recursos do Estado. São exemplos desses objetos contratuais a iluminação pública e a limpeza urbana. Ou seja, são serviços que não são economicamente autossustentáveis.

De qualquer modo, as cláusulas protetivas do equilíbrio são, em regra, intocáveis. Não podem ser alteradas sem prévio ajuste entre as partes e serão utilizadas quando houver necessidade de revisão contratual para manter o equilíbrio econômico-financeiro.

---

[31] *Ibidem,* p. 608.
[32] CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173.
[33] *Ibidem,* p. 173.

Essas cláusulas de proteção só serão alteradas se houver uma modificação unilateral do valor contratual em virtude da alteração do objeto (que em regra é imodificável, como já mencionado).

Juarez Freitas bem arremata a questão que envolve o chamado *equilíbrio econômico-financeiro intangível*, argumentando que quando houver modificação unilateral, tais cláusulas precisam ser revistas para que se mantenha o equilíbrio "sem o qual o contrato passa a ser anulável, por ferir princípios incontornáveis de Direito Administrativo, a começar pela moralidade".[34] Com efeito, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, em atenção ao princípio da moralidade que deve nortear os atos administrativos e da boa-fé que deve reger os contratos em geral, tem que ser respeitada pela Administração, porque decorre de seu próprio interesse. Essa revisão está prevista no artigo 9º da Lei das Concessões. Na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro se dá com base em seu artigo 5º e incisos, bem como, no que couber, nas estipulações do artigo 23 da Lei de Concessões (Lei 8.987/1995).

4.2 Direitos e deveres do Poder Concedente e direitos e deveres do Concessionário

O Artigo 3º, da Lei das PPPs, (Lei n. 11.079/2004), prescreve que "As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995".

Na Lei das Concessões (Lei n. 8.987/1995), o artigo 29 regula os "Encargos do Poder Concedente" e dispõe que incumbe ao poder concedente: (i) regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente sua prestação; (ii) aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; (iii) intervir na prestação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei (art. 32 e 34); (iv) extinguir a concessão, nos casos previstos em lei e na forma prevista no contrato (fim do termo contratual, caducidade, reversão, encampação, anulação, falência ou extinção da empresa concessionária, conforme o rol do art. 35); (v) homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas; (vi) cumprir e fazer cumprir cláusulas contratuais e disposições regulamentares do serviço; (vii) zelar pela boa qualidade do serviço; (viii) declarar de utilidade pública e promover desapropriações necessárias à execução do serviço ou obra pública; (ix) declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de servidão administrativa; (x) estimular a preservação do meio ambiente; (xi) incentivar a competitividade; (xii) estimular a formação de associações de usuários para a defesa de interesses relativos ao serviço.

Esse rol de deveres que incumbe à Administração Pública (poder concedente ou parceiro público, nas parceiras público-privadas), mas não com exclusividade, pois existem no ordenamento jurídico outras formas de controle, regulamentação e fiscalização dos serviços públicos, a serem desempenhadas por distintos órgãos, cada qual mediante os instrumentos que lhe são instituídos por lei, como as Agências Reguladoras, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as associações de usuários e consumidores e o próprio Judiciário, no controle da discricionariedade administrativa.

Ao lado dos direitos e deveres do Poder concedente, a Lei n. 8.987/1995, em seu artigo 31, prescreve os encargos das concessionárias. Eis o que diz o referido dispositivo: "Incumbe à concessionária: (i) prestar serviço adequado; (ii) manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; (iii) prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente aos usuários; (iv) cumprir e fazer cumprir as normas de serviço e as cláusulas; (v) permitir livre acesso dos agentes

[34] FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 251.

de fiscalização; (vi) promover desapropriações e constituir servidões autorizadas; (vii) zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço; (viii) captar, aplicar e gerir recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Como se vê, todos esses encargos, tanto do poder concedente como da concessionária, se concentram, basicamente, em torno da prestação do serviço público e da boa administração dos bens e recursos públicos.

Partindo-se da premissa de que o serviço público é um direito fundamental do ser humano, e que sua prestação é incumbência exclusiva do Poder Público (de forma direta ou indireta) tal como determina o artigo 175 da CF,[35] não é estranho que nos contratos de concessão caiba a ele o poder-dever de fiscalização, regulamentação, aplicação de penalidades, intervenção e, principalmente, zelo pela boa qualidade do serviço.

Pelo mesmo motivo, também não causa estranheza que deva a concessionária (ou parceiro privado no caso das parcerias público-privadas) prestar um serviço público adequado, cumprir as normas regulamentares referentes ao serviço público contratado e as cláusulas contratuais, bem como de prestar contas de sua gestão, tanto ao poder concedente quanto ao usuário.

O primeiro dever do poder concedente é o de *regulamentar*. O segundo, *fiscalizar.* São duas *competências* que, segundo a lição do professor Silvio Luís Ferreira da Rocha, se distinguem da seguinte forma "A competência regulamentar consiste na possibilidade de definir as condições de prestação daquele serviço e de alterá-las posteriormente, sem que o concessionário possa a isso se opor".[36]

Deve, portanto, estar autorizada por lei ou ato normativo, e deve obedecer o interesse coletivo.

Já a competência de fiscalizar consiste em "controlar o procedimento de execução do serviço a fim de aferir sua adequação e sua qualidade".[37] Para tanto, o Poder concedente deve criar um órgão técnico, segundo o disposto no artigo 30 da Lei 8.987/1995, que efetuará fiscalização permanente dos serviços prestados pela concessionária. Isso não impede que periodicamente sejam feitas fiscalizações por comissão composta por representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários, tal como também prevista no artigo 30 já citado.

A esse poder-dever da Administração Púbica, equivale o dever da concessionária de manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; de prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente aos usuários; de cumprir e fazer cumprir as normas de serviço e as cláusulas e de permitir o livre acesso dos agentes de fiscalização como previsto no artigo 31 da Lei de Concessões.

Outra competência afeta à Administração Pública, que resulta do artigo 29, da Lei n. 8.987/1995, é a de *aplicação de penalidades regulamentares e contratuais*.

Trata-se da *competência sancionadora* do Poder concedente, que Marcelo Madureira Prates pontua como "um instrumento de persecução do interesse público".[38]

Importante realçar que tanto a tipicidade das infrações regulamentares e contratuais como a previsão das sanções devem estar claramente delineadas, a fim de que, à vista do caso concreto,

---

[35] Art. 175 da CF/88: "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".
[36] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 542.
[37] *Ibidem.*
[38] PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral**: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 13.

possam autorizar a atuação da autoridade administrativa a quem incumbe a imposição da penalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta que as penalidades são próprias dos contratos administrativos, especialmente a serem impostas pela Administração Pública ao contratado, em caso de descumprimento das cláusulas contratuais. Entretanto, no caso das Parcerias Público-Privadas, o artigo 5º, da Lei n. 11.079/2004, prevê a possibilidade de ser aplicada sanção à Administração Pública também, em caso de inadimplemento contratual. Trata-se, segundo a renomada professora, de uma novidade que deve ser interpretada de forma compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Eis o seu comentário:

> A Lei não diz quais as penalidades cabíveis, seja para o parceiro público, seja para o parceiro privado. Apenas prevê a sua inclusão em cláusula contratual. Conforme assinalado nos contratos de concessão (item 5.3.4.2), a observância do princípio da legalidade impede a aplicação de penalidades não previstas em lei, seja a que disciplina o serviço objeto da concessão, seja a que estabelece normas sobre licitação e contratos (Lei 8.666); esta última indica que as penalidades cabíveis nos contratos administrativos em geral (art. 87), aplicáveis aos contratos de concessão por força do seu artigo 124. A mesma observação cabe com relação às parcerias público-privadas. Ocorre que as sanções previstas na Lei 8.666 são aplicáveis pela Administração Pública ao contratado e não pelo contratado à Administração.
>
> (...)
>
> A verdade é que não existe previsão legal de penalidades que possam ser aplicadas à Administração. Ainda que, por interpretação extensiva se cogitasse de impor-lhe as penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666, essa possibilidade ficaria afastada porque tais sanções são incompatíveis com a posição da Administração Pública no contrato, já que ela atua em nome da pessoa jurídica política (União, Estado, Município ou Distrito Federal), única detentora do poder sancionatório. Não se poderia sequer cogitar de aplicar uma pena como a de suspensão temporária de contratar e licitar ou a de declaração de idoneidade para licitar ou contratar. [39]

Com relação à intervenção na prestação do serviço público, nos casos e condições previstos na Lei 8.987/1995, especificamente nos artigos 32 a 34, o procedimento depende de decreto do poder concedente para a sua instauração. O poder concedente pode nomear um interventor que será investido de poderes para analisar toda a documentação e todos os registros da concessionária, na busca da comprovação dos motivos que derem origem à intervenção e da apuração de responsabilidades. Ao concessionário será garantida a ampla defesa e o contraditório. Ao final, caso não venham a ser comprovadas as causas que motivaram a intervenção, o concessionário poderá reassumir a concessão.

É também encargo do poder concedente, *extinguir a concessão, nos casos previstos em Lei e na forma prevista no contrato* (inciso IV, do art. 29, da Lei 8.987/1995). Os casos previstos em lei, de extinção por ato unilateral do concedente, são a caducidade e a encampação. A primeira pode ocorrer quando o concessionário deixa de cumprir total ou parcialmente o contrato, autorizando o poder concedente a assumir o objeto da concessão; a segunda ocorre quando, por razão de interesse público, o poder concedente extinga a concessão antes do prazo previsto no contrato (nessa hipótese, é imprescindível a prévia autorização legal, bem como o pagamento de indenização pela extinção antecipada).

[39] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 171-172.

Também pode ocorrer a extinção por término do prazo da concessão; anulação da concessão, em caso de constatação de vício na contratação; por falência do concessionário; por extinção da empresa ou morte do concessionário, se a empresa for individual (art. 38, § 1º, inciso VI).

Atente-se, por oportuno, para outra hipótese que é prevista como encargo do poder concedente: a admissão da *exceptio non adimpleti contractus.* A exceção do contrato não cumprido está prevista nos artigos 476 e 477 do Código Civil.[40] Aplica-se aos contratos bilaterais, em que há prestações e contraprestações para ambas as partes contratantes. Consiste em autorizar um dos contratantes a não cumprir sua parte no contrato se o outro contratante não cumpriu a parte que lhe cabia. Nas concessões, a utilização desse meio de defesa é inadmissível em relação ao poder público porque, de modo algum, os serviços da concessionária devem ser interrompidos ou paralisados, consoante o disposto no artigo 39, parágrafo único, da Lei n. 8.987/1995.[41] Vale dizer, em razão da inadimplência do poder concedente, a concessionária não pode interromper ou paralisar os serviços públicos e deve intentar ação judicial para obter a rescisão do contrato, em cuja sentença, se favorável, deverá ser fixada a indenização cabível.

Não se olvida, entretanto, que nos contratos comuns, regidos pela Lei n. 8.666/1993, vigora a teoria da *exceptio non adimpleti contractus*, ficando a contratante autorizada a suspender as obras ou serviços quando a Administração Pública atrasar por mais de 90 dias os pagamentos, tendo sido os serviços já recebidos ou executados.

Certamente que, com relação às concessões, repita-se, não se aplica esse dispositivo, tendo em vista que se trata de prestação de serviços e, como tal, vigora a regra da ininterrupção ou suspensão por decisão unilateral da concessionária.

4.3 Do relacionamento da concessionária com os usuários

A concessionária (empresa privada prestadora do serviço público), em última análise, representa o próprio Estado.

Embora o relacionamento entre o Estado e os utentes dos serviços (cidadãos) não tenha, em princípio, natureza contratual, os usuários devem ser considerados participantes essenciais para o sucesso da concessão. Devem ser respeitados os seus interesses, especialmente o de ter serviço adequado e de receber as informações necessárias à fruição dos serviços públicos e à correção dos defeitos em sua prestação.

Assim, o relacionamento do usuário, na defesa da boa prestação do serviço público, envolve o próprio Estado ou quem o esteja desempenhando.

---

[40] Lei 10.406/2002, art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro;
Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

[41] 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.

4.3.1 Os direitos e obrigações dos usuários

Como anota o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o usuário é a "figura estelar" [42]no serviço público. Porquanto, "é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe".[43]

O artigo 7º da Lei n. 8.987/1995, mescla os direitos dos usuários com suas obrigações (ou deveres). Eis as disposições do referido artigo:

> 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. (Redação dada pela Lei nº 9.648/98);
>
> 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.

Outros direitos existem em leis esparsas, e outros decorrentes da aplicação dos princípios constitucionais.

Um importante meio de controle sobre a Administração Pública e suas concessionárias é o direito de participação dos usuários na execução da prestação de serviços públicos, implicitamente prevista no art. 175, II, da CF (prestação de serviços através de concessão ou permissão, deixando à lei (i) a regulamentação dos direitos dos usuários; (ii) a política tarifária; (iii) a obrigação de manter serviço adequado). O art. 37, § 3º, CF, por sua vez, dispõe que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta (regulando especialmente: reclamações, atendimento, avaliação periódica da qualidade, registros, informações sobre atos do governo, representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função). Alie-se a isso a previsão ínsita no artigo 29, XII, da Lei n. 8.987/1995, que prevê que as instituições políticas têm a obrigação de "*estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço*".

A Lei n. 9.074/1995 (que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos) também prevê em seu art. 33 o seguinte: "Em cada modalidade de serviço público, o respectivo regulamento determinará que o poder concedente, observado o disposto nos artigos. 3º e 30 da Lei n. 8.987/1995, estabeleça forma de participação dos usuários na fiscalização e torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados".

Assim, são várias as formas de participação do cidadão junto aos diferentes órgãos públicos, tais como: ouvidorias, audiências públicas, consulta pública, Conselhos, sistema de 'disque-denúncia', coleta de opiniões.

---

[42] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 693.
[43] *Ibidem*.

4.3.3 Diferença entre usuário e consumidor

A questão central deste tópico paira sobre a seguinte indagação: quais os serviços públicos que estariam sob o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor?

Dinorá Adelaide Musetti Grotti entende que não cabe discriminar as duas figuras em função de a remuneração ser denominada taxa ou tarifa. Ela ensina que só ocorrerá a incidência do Código de Defesa do Consumidor quando se tratar de serviço individualmente remunerado (serviço *uti singuli*).[44]

Ou seja, na visão da autora, enquanto a relação jurídica que envolve o usuário é de direito público, a do consumidor é de direito privado. Entretanto, isso também é doutrinariamente controvertido, pois há quem entenda que o direito do consumidor não é simplesmente de direito privado, mas de direito difuso!!! De qualquer forma, há que se admitir que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica a todas as relações entre a concessionária e o usuário.

Aragão explica que o regime jurídico dos serviços públicos enseja uma gama de peculiaridades como, por exemplo, as políticas tarifárias e o *jus variandi* da Administração Pública. Entretanto, nem por isso a aplicação do CDC aos serviços públicos pode ser excluída. Mas adverte:

> Todavia, por outro lado, a aplicação do CDC não pode ser absoluta, devendo, ao contrário, ser realizada com extrema cautela, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, privilegiando os interesses de consumidores individualmente considerados, e postergando os seus objetivos maiores de solidariedade social, que continuam a existir apesar das mudanças na concepção de interesse público [...].[45]

De qualquer modo, guardados os limites acima traçados, destaca o autor, que, seja pela regra geral do CDC, seja pela disposição do artigo 7º, *caput*, da Lei n. 8.987/1995, os usuários de serviços públicos concedidos ou permitidos, são tratados como consumidores.

Note-se, que o artigo 22 do CDC determina que 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.

O artigo 59, § 1º, do mesmo diploma, prevê a pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual.

Portanto, a distinção entre usuário (serviço *uti universi*) e consumidor (serviço *uti singuli*) assume especial relevância, especialmente quanto à posição desses sujeitos nas quatro modalidades de concessão: concessões comuns (de prestação de serviço precedida de obra pública ou apenas de prestação de serviço) e concessões previstas na Lei das parcerias público-privadas (a concessão patrocinada e a concessão administrativa) com efeito, o usuário pode ser aquele que paga a tarifa, nas concessões comuns (Lei n. 8.987/1995) e na concessão patrocinada da Lei n. 11.079/95 (PPP Patrocinada); e o que não paga nada, nas concessões administrativas.

De qualquer forma, nas que paga tarifas, há uma individualização remunerada do serviço. Nesses casos, o direito do usuário é aquele regido pelo artigo 7º da Lei n. 8.987/1995, sem prejuízo da incidência do Código de Consumidor (Lei n. 8.078/90 - art. 22 e art. 59 do CDC).

---

[44] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347.
[45] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 499-500.

Nas que não paga de forma individualizada, o serviço não perde o caráter público e necessariamente universalizante da prestação do serviço público e o cidadão tem o direito de exigi-los, na forma e modo previstos na Constituição e na lei que regula os serviços públicos em geral, na condição de usuário e não na de consumidor.

César A. Guimarães Pereira aponta, em sua análise sobre o tema, que há pontos de comunhão entre os conceitos de usuário e de consumidor, com relação a alguns serviços públicos já disponíveis. E mais:

> Quanto maior a liberdade outorgada aos prestadores de serviços, mais o regime do usuário sofre a influência do regime típico do consumidor. Nos serviços caracterizados pela competição entre os prestadores (como o de telecomunicações) e por relativa liberdade de organização econômica dos serviços pelos prestadores, a amplitude dessa liberdade faz surgir situações passíveis de solução mediante recurso ao direito do consumidor, como regramento aplicável em substituição à disciplina própria do usuário, ainda não existente.[46]

A meu ver, malgrado não haja no ordenamento jurídico um código de proteção do usuário, o Código de Defesa do Consumidor não é um substitutivo à disciplina própria do usuário, mas uma ferramenta que o cidadão, destinatário da prestação do serviço público, tem a seu alcance para a proteção de seus direitos.

A proteção do consumidor foi consagrada na Constituição da República, de 1988, como direito fundamental do ser humano,[47] fator que lhe garantiu a condição de cláusula pétrea, conforme preceitua o artigo 60, § 4º, IV.

Vários dispositivos infraconstitucionais estabelecem a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações que envolvem o usuário e as concessionárias de serviços públicos, especialmente os denominados serviços *uti singuli.*

Portanto, as situações passíveis de solução mediante a aplicação do direito do consumidor não enseja uma escolha, mas uma imposição, em atenção ao princípio de direito fundamental que a ordem constitucional positivou.

4.3.4 Diferença entre usuário e beneficiário dos serviço públicos

Há situações em que o cidadão, frente à concessionária (e à Administração Pública, como prestadora indireta dos serviços públicos), não se enquadra em nenhuma das duas categorias: nem é usuário na concepção jurídica do termo, nem é consumidor. Trata-se, como salienta César A. Guimarães Pereira, de hipóteses em que os serviços públicos têm apenas *beneficiário*s. Os beneficiários são a coletividade em geral. Esses indivíduos não possuem uma relação jurídica direta com o prestador de serviços, de modo que não têm, como consequência, direitos subjetivos como usuários. Assim, embora tenham "direito de exigir a atuação do Estado na condição geral de cidadãos",[48] não possuem nenhum direito na posição de usuários. Nesta senda, preocupa-se o referido autor em distinguir o cidadão do usuário, nos seguintes termos:

> O uso de serviço público independe de qualquer aspecto ligado à titularidade de direitos políticos ou ao exercício de prerrogativas de cidadania.

[46] PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2 ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.57.
[47] Art. 5º, XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor".
[48] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 52.

> Apesar de o cidadão ser dotado de legitimidade para a defesa do serviço público (p. ex., ao manejar ação popular), não o faz na condição de usuário – embora nada impeça que uma pessoa titularize as duas posições.[49]

A distinção entre essas categorias de pessoas a quem se destinam os serviços públicos (e/ou as atividades públicas), assume especial relevância quando o propósito é a fixação do regime jurídico a ser considerado e a adoção do meio de defesa a ser exercido frente à concessionária.

De qualquer forma, a finalidade do serviço público prestado pelas concessionárias, não é outra senão a satisfação do interesse público ou "necessidade pública", como realça Gordillo.[50] Portanto, deve ser um instrumento de coesão social e de preservação da dignidade da pessoa humana.[51]

5 CONCLUSÃO

A Constituição garante que os cidadãos são titulares de direitos fundamentais, o que impõe a necessidade de ação do Poder Público para efetivar esses direitos.

Uma das formas de concretizar esses direitos fundamentais é por meio da implementação de serviços públicos, "por ser uma atividade considerada essencial à coletividade".[52] Esses serviços públicos, justamente por terem essa característica e por serem, consequentemente, regidos pelo direito público, só podem ser prestados pelo poder público, diretamente, ou indiretamente, mediante concessão ou permissão, conforme prescrevem os artigos 21, XII e 175 da Constituição Federal.

Entretanto, embora o regime geral das concessões seja sempre de direito público, em certas situações o usuário será também considerado um consumidor, aplicando-se, no que couber, as regras do Código de Defesa do Consumidor.

É o caso dos serviços *uti singuli*, assim considerados aqueles fruíveis individualmente, mediante o pagamento de tarifa.

Vários dispositivos infraconstitucionais estabelecem a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações que envolvem o usuário e as concessionárias de serviços públicos, como é o caso do artigo 7º, *caput*, da Lei n. 8.987/1995, no qual os usuários de serviços públicos concedidos ou permitidos, são tratados como consumidores; o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que determina que 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; e o artigo 59, § 1º, do mesmo diploma, que prevê a pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual.

A proteção do consumidor foi consagrada na Constituição da República, de 1988, como direito fundamental do ser humano,[53] fator que lhe garantiu a condição de cláusula pétrea, conforme preceitua o artigo 60, § 4º, IV.

---

[49] *Ibidem*, p. 53.
[50] GORGILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 2. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VI-34.
[51] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 505.
[52] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.
[53] Art. 5º, XXXII,: "o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor".

Portanto, as situações passíveis de solução mediante a aplicação do direito do consumidor não enseja uma escolha, mas uma imposição, em atenção ao princípio de direito fundamental que a ordem constitucional positivou.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 28 ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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

DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz. (Coords.) **Parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valter do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coords.) **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 2, 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, 2011 v. 14 n. 28 jul./dez, p. 84

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. 10 ed., ver., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2014.

_____. Concessões, permissões e autorizações. Tratado de Direito Administrativo. In: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). **Concessões, permissões e autorizações.** Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2 ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral**: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.