



Tema 2. Regulação Econômica

3º Lugar

Soeli Teresinha Schilling Dienstmann

Fixação de Estruturas Tarifárias Socialmente Desejáveis.

VI PRÊMIO SEAE

2011

REGULAÇÃO ECONÔMICA

FIXAÇÃO DE ESTRUTURAS TARIFÁRIAS SOCIALMENTE DESEJÁVEIS

Novo Hamburgo, outubro de 2011

RESUMO

O processo de privatização ou desestatização, iniciado no final dos anos 80, possibilitou a prestação de serviços públicos, por meio de concessão, autorização ou permissão, através de empresas privadas, as quais, obviamente, objetivam lucro. No entanto, os serviços públicos são, geralmente, monopólios naturais e, apesar da delegação dos serviços, em regra, não possuem caráter de exclusividade, tais empresas não se inserem em mercados economicamente típicos. Em face disso, o Estado intervém na regulação de preços, ou seja, deixa de ser provedor e passa a ser regulador. Nesse cenário despontam as agências reguladoras, autarquias responsáveis em exercer a fiscalização e o controle dos serviços delegados, fins de assegurar a continuidade e a regularidade dos serviços públicos, sob o princípio da modicidade tarifária. Assim, o presente estudo busca analisar a fixação de estruturas tarifárias socialmente desejáveis, mas por se tratar de um tema amplo, abarcando a área política, social, econômica, contábil, jurídica, etc., por uma questão de especificidade, seguirá o enfoque jurídico. Para tanto, a primeira parte aborda aspectos gerais acerca dos serviços públicos, as definições pertinentes, as formas de prestação e de remuneração. Faz a distinção entre taxa e tarifa, aponta a regulação econômica, o sistema de defesa da concorrência e o papel das agências reguladoras. A segunda parte analisa a política e a tributação tarifária, o controle da estrutura tarifária, a questão da prestação de serviços adequados com tarifas módicas, e a influência do Código de Defesa do Consumidor. Busca-se, assim, demonstrar que a estrutura tarifária deve sintonizar o crescimento econômico e social do País, conciliando tanto os interesses dos usuários dos serviços, quanto os anseios das empresas delegatárias. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica fazendo uma incursão teórica aos autores que retratam de maneira clara e objetiva o tema, a legislação aplicável e a jurisprudência dos tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Serviço público - Tarifas - Regulação econômica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1. ASPECTOS GERAIS ACERCA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	06
1.1 O Serviço Público e Formas de Prestação	06
1.1.1 Concessão	09
1.1.1.1 Parceria Público Privada	11
1.1.2 Permissão	12
1.1.3 Autorização.....	13
1.2 Remuneração do Serviço Público	14
1.2.1 Distinção entre Taxa e Tarifa	14
1.3 A Regulação Econômica dos Serviços Públicos e o Sistema de Defesa da Concorrência	16
1.4 Agências Reguladoras	21
2. FIXAÇÃO DE ESTRUTURAS TARIFÁRIAS SOCIALMENTE DESEJÁVEIS	28
2.1 Política Tarifária	28
2.1.1 Revisão Tarifária	31
2.1.2 Reajuste Tarifário	31
2.2 O Controle da Estrutura Tarifária	32
2.2.1 Controle Administrativo	33
2.2.2 Controle Legislativo	34
2.2.3 Controle Judiciário.....	36
2.3 Tributação Tarifária	38
2.4 Serviços Públicos Adequados <i>versus</i> Modicidade Tarifária	45
2.4.1 As Tarifas sob a Influência do Código de Defesa do Consumidor.....	48
CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA	57

INTRODUÇÃO

O Brasil vem experimentando, há algum tempo, o processo de descentralização do Estado na exploração de atividades econômicas, na esteira de fenômenos como privatizações, terceirizações, parcerias público-privadas, contratos de colaboração, etc., obrigando juristas e economistas a dispensarem atenção ao mercado e aos agentes econômicos.

Ainda, desde 1988 é um “Estado Democrático de Direito”, conforme expressa a Constituição Federal, se propondo a garantir o desenvolvimento nacional, juntamente com o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica, à qual se sujeitam tanto os particulares quanto o próprio Estado.

Mas não é possível falar em desenvolvimento e Estado Democrático de Direito no Brasil sem estudar os contratos administrativos, quer seja sob a perspectiva de mercado ou do contexto social que lhes ampara. Alie-se a isso, que qualquer empresa que atue no mercado visa, essencialmente, a obtenção de lucro, característica fundamental a partir da qual se desdobram as demais peculiaridades contratuais.

Nesse diapasão, desponta a questão concernente à configuração da regulação estatal nas relações entre a Administração Pública e o agente regulado que recebe a delegação dos serviços públicos. Essa forma de intervenção estatal deve atender ao interesse público, sem, contudo, ignorar os efeitos e impactos dessas decisões, a curto e longo prazo, tampouco os interesses dos agentes regulados, o que amplia a preocupação com a normatização e regulamentação dos serviços prestados pelos particulares que o fazem em nome do Estado.

E é exatamente dentre os vários objetivos consagrados pela política governamental que se encontra a busca de um modelo tarifário que preserve os interesses dos consumidores, garanta a rentabilidade dos investidores e estimule a eficiência setorial. Mas coadunar estes objetivos, por certo, não é tarefa fácil.

A regulação é, nesse contexto, um fenômeno jurídico que autoriza órgãos técnicos (agências reguladoras e similares) a normatizar, controlar, fiscalizar e restringir a liberdade dos agentes econômicos nos seus objetivos e instrumentos operacionais, fora do Poder Legislativo. Trata-se de um poder de intervenção em setores estratégicos da atividade econômica ou de serviços públicos. Tal discricionariedade, contudo, não é ilimitada.

Diante dessas questões e da reciprocidade entre a ciência jurídica, econômica e social, e do princípio de que as relações econômicas são, basicamente, instrumentalizadas por contratos, aos quais foi agregada, expressamente, a função social, justifica-se a elaboração do presente trabalho, realizado a partir de análises legislativas e referenciais teóricos, especialmente fontes jurisprudenciais e bibliográficas.

No entanto, focar a atividade regulatória do Estado, notadamente a fixação de estruturas tarifárias socialmente desejáveis, requer acesso a conhecimentos jurídicos, políticos, sociológicos, administrativos, contábeis, financeiros, etc. Essa multidisciplinariedade é complexa e por ser um campo amplo, o presente estudo imprimirá um enfoque essencialmente jurídico, com especificidade e sem pretensão de esgotamento.

Para tanto, serão abordados, no primeiro capítulo, aspectos gerais acerca da regulação econômica dos serviços públicos, com as definições pertinentes, formas de remuneração e prestação do serviço público, apontando, ainda, o sistema de

defesa da concorrência, o papel das agências reguladoras e os limites de sua discricionariedade.

O segundo capítulo abordará a política e a tributação tarifária, as formas de controle, a prestação de serviços públicos adequados, a partir de tarifas módicas, e a influência do Código de Defesa do Consumidor.

Busca-se, assim, sem pretensão de esgotamento, demonstrar que a adequada estruturação tarifária deve sintonizar o crescimento político-econômico e social do País, que por seu turno deve proporcionar os meios e serviços adequados para que o cidadão possa usufruir de uma vida digna.

1. ASPECTOS GERAIS ACERCA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 O Serviço Público e Formas de Prestação

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é

toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.¹

Os serviços públicos são de titularidade do Poder Público (por suas entidades estatais), mas seu exercício, quando admissível, pode ser transferido a outras pessoas jurídicas, criadas pelo próprio Poder (públicas ou privadas) ou criadas por particulares (sempre privadas).²

O serviço é outorgado por lei e delegado por contrato. A lei outorga ao Poder Público (entidade estatal) a titularidade do serviço e somente por lei se admite a mutação da titularidade. Já a outorga possui contornos de definitividade, ao contrário

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 597. Observa o Autor que os serviços públicos não se confundem com as atividades econômicas desempenhadas empresarialmente pelo Estado, pois seus regimes são diversos. A separação consiste no fato de que o serviço público é um setor pertencente ao Estado, e o domínio econômico é campo reservado aos particulares. Observa que a Constituição Federal identifica as atividades que caracterizam o serviço público segundo o aspecto formal e material. No aspecto material o serviço público se caracteriza como uma atividade de prestação de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, e que o Estado assume como próprias por se tratarem de atividades necessárias ao interesse social. No aspecto formal diz respeito ao regime jurídico a que se submete o serviço, informado por princípios e regras de caráter público, segundo o regime jurídico de Direito Administrativo e Constitucional. A lei também define alguns tipos de serviços como essenciais, que nem sempre são serviços públicos, mas em face de sua essencialidade à coletividade, poderão sofrer intervenção do Poder Público. Essenciais são os serviços cuja interrupção pode comprometer a sobrevivência, a saúde e a segurança (art. 11 da Lei 7.783/89), cuja definição e rol são adotados no art. 10 da referida Lei. A interrupção configura delito de "paralisação de trabalho de interesse coletivo" (art. 201 do Código Penal).

² ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.124. Aos Municípios cabe o dever de prestar maior gama de serviços públicos (art. 30, V, da CF). À União compete, além dos comuns a Estados e Municípios (art. 23 da CF), os que lhe são privativos (art. 21 da CF) e, aos Estados, os remanescentes (art. 25, § 1º, da CF), com exceção da distribuição de gás canalizado (art. 25, § 2º, da CF).

da delegação, que sugere termo final prefixado, visto que há transferência da execução do serviço por contrato (concessão) ou ato (permissão e autorização).³

Dispõe o artigo 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello refere que:

Em rigor, por ser público e privativo de Estado, o serviço é *res extra commercium*, inegociável, inamovivelmente sediado na esfera pública, razão por que não há transferência da titularidade do serviço para o particular. Só as pessoas de natureza pública podem ser titulares, ter como próprias as atividades públicas. Um particular jamais poderá reter (seja pelo tempo que for) em suas mãos, como senhor, um serviço público. Por isso, o que se transfere para o concessionário – diversamente do que ocorre no caso das autarquias – é tão-só e simplesmente o *exercício* da atividade pública. O Estado mantém, por isso mesmo, sempre e permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí se segue que o concessionário o desempenhará se; *quando, como e enquanto* conveniente ao interesse público.⁵

³ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.125. A transferência pode ser feita por lei (a delegação é geral e para autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista); por contrato (a delegação é contratual para as concessionárias, permissionárias e parcerias público-privada); por ato administrativo (a delegação é por autorização de serviço público).

⁴ Prossegue o referido artigo, em seu parágrafo único: “A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”. Trata-se de tema clássico de Direito Administrativo e campo próprio de atuação do Estado, em que o destinatário ou responsável é o Poder Público, sendo a intervenção de particulares acessória ou substitutiva, e apenas sob condições específicas. (CATÃO, Adrualdo de Lima. O serviço público no Direito brasileiro. Breves comentários acerca de sua natureza jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2606>>. Acesso em: 31 ago. 2011). Em que pese a moderna doutrina jurídica defender uma reavaliação da clássica dicotomia – Direito Público e Direito Privado, na presente questão prevalece o interesse da sociedade. Em face disso, a importância do termo regime de “Direito Público” ou de “Direito Administrativo” encontra-se na submissão ao princípio da legalidade e da legitimidade, além dos demais princípios básicos da Administração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada”. Refere, ainda, que “é por isso que noções como ‘serviço público econômico’, por exemplo (isto é, serviço público estatal prestado sob regime fundamentalmente de Direito Privado), não servem para nada.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 597).

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 661.

Os serviços públicos podem ser prestados de três formas distintas: centralizados, prestados diretamente pelo Poder Público, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade; desconcentrados, prestados pelo Poder Público, por seus órgãos, mantendo para si a responsabilidade na execução; e descentralizados, prestados por terceiros para os quais o Poder Público transfere a possibilidade de execução, seja por outorga (lei) ou delegação (contrato).⁶

A Administração Pública contrata com terceiros através de Contratos Administrativos, em geral, regidos por normas de Direito Público. No entanto, há contratos celebrados pela Administração Pública cujo conteúdo é regulamentado por normas de Direito Privado, a exemplo de contratos de seguro, de financiamento, de locação (em que a Administração Pública seja locatária) e aqueles em que a Administração é usuária de serviço público. Nesses contratos, a Administração pode aplicar normas gerais de Direito Privado, observando, contudo, a Lei de Licitações.⁷

As normas gerais sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos estão dispostas na Constituição Federal e nas Leis nºs 8.987/95, 9.074/95 e 11.079/04, que institui, ainda, normas gerais para licitação e contratação

⁶ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp.120;123/124. Helly Lopes Meirelles divide os serviços públicos em dois grandes grupos. No primeiro, são prestados de forma abstrata, difusa, a toda coletividade, sem particularização ou individualização, os *uti universi*. São eles, a educação, a saúde pública, a iluminação pública, a segurança pública, a limpeza pública, coleta de lixo, calçamento e outros. Esses serviços são indelegáveis, constituindo um monopólio do Estado e remunerados por via necessariamente tributária. No segundo grupo estão os serviços cuja prestação é específica, mensurável, individual, os *uti singuli* ou seja, se apresentam de forma concreta ao usuário, o que gerará um direito subjetivo de prestação. A fruição destes serviços não será homogênea para todos os usuários, que poderão utilizá-los em intensidades diversas, de acordo com a necessidade de cada um. São serviços de energia elétrica, telefonia, gás, água encanada, transporte coletivo, etc. São remunerados por taxas de serviços ou por tarifas, e podem ser objeto de delegação. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: RT, 1988, p. 600).

⁷ TIPOS Especiais de Contratos. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/contratospdf>> Acesso em: 05 fev. 2011. As principais modalidades de contratos administrativos são de obra pública, de serviço, de fornecimento, de concessão, de gerenciamento, de gestão, podendo, ainda, ser contrato de colaboração e atribuição, conforme o interesse predominante. (ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.113).

de parceria público-privada (PPP) no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, diante da autorização constitucional, a gestão de diversos serviços públicos pode ser transferida ao setor privado mediante concessão, permissão ou autorização, inclusive a transferência de riscos, devendo ser combinada uma forma satisfatória de ambas as entidades administrarem os riscos que lhe são próprios, de maneira que sejam obtidos benefícios recíprocos, contribuindo para o desenvolvimento nacional, observado, sempre, o princípio da legalidade, da prevalência do interesse público e da indisponibilidade dos bens públicos, dentre outros princípios aplicáveis ao Direito Público.⁸

1.2.1 Concessão

A lei define a concessão como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.⁹

Mas apenas os serviços de utilidade pública podem ser objeto do contrato de concessão. Os serviços públicos propriamente ditos, essenciais ou imprescindíveis à sobrevivência da sociedade, e os serviços *uti universi*, aqueles que são usufruídos apenas indiretamente pelo cidadão, como é o caso do calçamento público, não admitem a transferência de sua execução.¹⁰

⁸ MENEZES, Rafael. *Importância do Direito Privado apesar da Publicização do Direito*. Disponível em: <<http://www.rafaeldemenezes.adv.br/artigos/aimport.htm>> Acesso em: 28 jan. de 2011.

⁹ Cf. art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95.

¹⁰ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 125. Conquanto a expressão "serviço público" seja utilizada, muitas vezes, em sentido amplo, para abranger todas as funções do Estado ou todas as funções exercidas pela Administração Pública, quando se trata de concessão de serviço público, a expressão abrange apenas a atividade material prestada pelo Estado para oferecimento de utilidades fruíveis diretamente pelo usuário. É o que

A concessão de serviços públicos, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro

se justifica porque ela é um dos instrumentos de que o Poder Público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições para o setor privado. Ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo direito público, e, ainda que o Poder Público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e cobre tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que emperram hoje a atuação da Administração Pública Direta e Indireta.¹¹

A Lei nº 8.987/95 (alterada pelas Leis nº 9.074/95 e nº 9.648/98) sistematiza a matéria, estabelecendo definições, conceituando o serviço adequado, explicitando os direitos e obrigações dos usuários, fixando as regras da política tarifária, da licitação e do contrato, relacionando os encargos do poder concedente e do concessionário, arrolando os casos de intervenção e de extinção da concessão.¹²

Mas cabe observar que a outorga de concessão ou permissão não possui exclusividade, exceto quando for inviável por imposição técnica ou econômica, ocasião em que o poder concedente deverá publicar, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga.¹³

A Lei de concessões define que os serviços concedidos sejam de livre concorrência, ou seja, é necessário assegurar, quando possível, que os serviços sejam ofertados pelo maior número possível de fornecedores, de forma a permitir

ocorre com o fornecimento dos serviços de transportes, telecomunicações, fornecimento de gás, etc. Trata-se dos serviços públicos *uti singuli*, em que há a satisfação individual e direta das necessidades do cidadão. Refira-se, nesse sentido, ainda, os arts. 22, XXVII, 37, XXI, 173 e 175, todos da CF.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 70.

¹² Aplica-se, subsidiariamente, a Lei 8.666/93, por força do que dispõe seu art. 124. Assim, os casos omissos na legislação específica podem ser resolvidos, no que for compatível, pela aplicação da Lei de Licitações. Acrescente-se, ainda, que o concessionário trava duas espécies de relações jurídicas: uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do *ius imperii* no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; e outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela agência reguladora correspondente.

¹³ Cf. art. 16 c/c art. 5º, da Lei 8.987/95.

uma maior liberdade de escolha por parte dos consumidores. Se inviável a competição, sujeitas a regimes tarifários pré-estabelecidos ou definidos na licitação e regulados pelo poder concedente.¹⁴

1.1.1.1 Parceria Público-Privada

Diante de um novo e exigente contexto social, e da ausência de recursos orçamentários para a execução de projetos de infra-estrutura de setores como transportes, saneamento básico e saúde, buscou-se, por meio de parcerias entre o setor público e a iniciativa privada, assegurar a prestação de serviços públicos de melhor qualidade, o que culminou na edição da Lei nº 11.079/04, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias no âmbito da administração pública (PPPs).¹⁵

A Parceria Público-Privada é um “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, celebrado com entes privados.¹⁶

¹⁴ CAPUTO, Geovane Anselmo Silveira; ROSELLI, Marcio Andrey. *ANEEL e a Prestação Adequada dos Serviços Públicos de Energia Elétrica*. Luziânia: UEG, 2008. Monografia (PósGraduação *Latu Sensu* em Gestão Pública, Universidade Estadual de Goiás, 2008. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_...> Acesso em: 22 ago. 2011).

¹⁵ As parcerias público-privadas surgiram na Inglaterra, durante o governo de Margareth Thatcher, num contexto de escassez de recursos públicos e necessidade de investimentos em projetos de grande escala, notadamente no segmento de infra-estrutura. São regidas, também, pela Lei nº 8.987/95. Moreira Neto observa que a parceria entre agente público e empresa privada é um instrumento contratual inovador gerado no quadro da globalização, do desenvolvimento tecnológico, da insuficiência de recursos públicos e do repúdio universal do aumento de tributos, para que as organizações políticas recobrem as condições de satisfazer as demandas públicas, cada vez mais exigentes e custosas, de sociedades mais cômicas de serem elas próprias. (MOREIRA NETO, D.F.M. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2005). Para Marçal Justen Filho, o financiamento do empreendimento consiste em que “o particular deverá custear a execução da obra, mas o Poder Público prestará garantia séria e firme de que arcará com os valores necessários à liquidação da dívida, a longo prazo. Essa garantia é utilizada pelo particular perante o sistema financeiro, de modo a reduzir os custos”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 550).

¹⁶ Patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Cf. Lei nº 11.079/04. Ainda, consoante o art. 5º, I, as PPPs

Todavia, cabe ressaltar que não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.¹⁷

As características da parceria público-privada também diferem da privatização, e consiste basicamente no fato de que na parceria a Administração Pública contrata a iniciativa privada para melhorar serviços que serão prestados ao público ou a si próprios. Já na privatização o objetivo é aumentar a arrecadação em curto prazo.¹⁸

1.2.2 Permissão

A permissão pode ser definida como a delegação de um serviço público feita pelo Poder Público à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, a título precário e mediante licitação. Constitui-se por ato administrativo discricionário e revogável a qualquer tempo, conforme exigência da Lei nº 8.987/95.¹⁹

devem ter vigência não inferior a cinco anos e não superior a trinta e cinco, incluindo eventuais prorrogações, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, respondendo o parceiro privado pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto, conforme termos legais.

¹⁷ Cf. art. 2º, § 3º da Lei nº 11.079/04.

¹⁸ CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva, *Considerações Sobre o Projeto de Parceria Público-Privada (PPP) em Face da Experiência Recente do Brasil*, Brasília: IPEA, 2004, p. 9. No Brasil, a privatização de propriedade pública realiza-se por contrato entre o poder público e o ente privado. Regida pela Lei nº 8.666, determina em seu artigo 17, as condições para a alienação do bem ente particular, exigindo comprovação de interesse público e avaliação de acordo com diversos critérios, a depender se o bem público é móvel ou imóvel. A venda de bens imóveis públicos exige a realização de concorrência, com exceção dos casos referidos no próprio dispositivo legal. Todavia, desses imóveis, os que pertencem à administração direta e/ou entidades autárquicas também exigem uma autorização legislativa. A venda dos bens móveis é condicionada por avaliação prévia e licitação, também com exceção dos casos dispostos na Lei.

¹⁹ Nada impede, contudo, que o permissionário possa pleitear indenização da Administração quando esta promover a rescisão unilateral do contrato.

A exemplo da concessão, a remuneração é assegurada por tarifas que os usuários pagam para a utilização do serviço. E as empresas, ao receberem a delegação do Poder Público, sofrem fiscalização de suas atividades, principalmente, através das Agências de Regulação.

Apesar de receber idêntico tratamento constitucional e infraconstitucional, doutrinariamente a permissão não se confunde com a concessão, no sentido de que é ato administrativo negocial, enquanto a concessão possui natureza contratual.²⁰

1.2.3 Autorização

Em que pese a Constituição Federal não abordar a autorização de serviços públicos no artigo 175, o artigo 21, inciso XII, arrola os serviços que a União pode executar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Assim, a autorização, ao lado da permissão e da concessão, é considerada uma forma de delegação de serviços públicos.²¹

Contudo, a matéria não é pacífica na doutrina: alguns autores defendem a sua inaplicabilidade aos serviços públicos, posto emergir, sobretudo, de interesse privado, enquanto outros entendem ser possível a autorização de serviço público, uma vez que o interesse indiretamente atingido é o da coletividade. Há, ainda, aqueles que entendem se tratar de uma exceção, cabível, somente, em casos de urgência.²²

²⁰ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 129.

²¹ A autorização não é objeto de regulamentação pela Lei nº 8.987/95.

²² ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

De qualquer maneira, há um consenso de que não se trata de contrato, mas de ato administrativo, não necessitando da prévia realização de licitação.²³

Portanto, assim como na permissão, mediante autorização, o Poder Público transfere a execução de serviços públicos a particulares, por meio de ato administrativo precário e discricionário. Sua utilização se volta a serviços de menor complexidade.

1.2 Remuneração do Serviço Público

Quando prestado diretamente pelo próprio Poder Público, o serviço é remunerado pelo usuário através de taxa. Mas quando prestado pelo concessionário, a remuneração decorre do pagamento de preço público ou tarifa, motivo pelo qual importa fazer a distinção.²⁴

1.2.1 Distinção entre Taxa e Tarifa

A Constituição Federal define a taxa como o tributo devido “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.²⁵

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 3º, oferece a seguinte definição: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se

²³ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

²⁴ Idem, *ibidem*, p.129.

²⁵ Cf. art. 145, II, da CF.

possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.²⁶

No conceito de Aliomar Baleeiro:

Taxa é o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos.²⁷

Portanto, pode-se definir a taxa como um tributo vinculado, por possuir hipótese de incidência numa ação estatal diretamente referida ao contribuinte. Está relacionada à prestação de serviço público específico e divisível, ou exercício do poder de polícia, que beneficie o próprio contribuinte, com cobrança instituída unilateralmente pelo Estado.

A tarifa, por sua vez, é o valor cobrado pela prestação de serviços públicos e o pagamento somente se opera, de forma voluntária, se e quando o serviço for efetivamente usufruído pelo cidadão.

Apesar de similar à taxa, a tarifa não é considerada como uma forma de tributo, sendo cobrada pelas empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, a título de remuneração, fins de assegurar o retorno do investimento, o melhoramento e a expansão dos serviços, e manter o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.²⁸

²⁶ O par. 2º do art. 145, da CF dispõe, ainda, que a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idêntico ao que corresponda a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas. Serão objeto de taxas, de acordo com o art. 77, do Código Tributário Nacional - CTN, os serviços: a) Quando utilizados de forma efetiva ou potencial (art. 79, I, "a" e "b") e b) Quando forem específicos e divisíveis. O art 79, inciso II do CTN, reza que "consideram-se específicos os serviços públicos quando passam a ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas" e no art. 79, inciso III, esclarece que "divisíveis são os serviços suscetíveis de utilização individualizada por cada um dos usuários".

²⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 540.

²⁸ Em relação à forma de remuneração dos serviços públicos, os arts. 9º, 18, inciso, VIII e 23, inciso IV, da Lei 8.987/95, referem-se expressamente à "tarifa" como o meio de remuneração das

Na doutrina de Helly Lopes Meirelles:

As tarifas remuneratórias distinguem-se das taxas porque não são compulsórias, mas cobradas somente dos usuários que os utilizem efetivamente, se e quando entenderem fazê-lo, ao passo que as taxas são devidas pelo contribuinte desde que o serviço, de utilização obrigatória, esteja à sua disposição.²⁹

São remunerados por tarifas os serviços públicos específicos, delegáveis e de interesse ou fruição individual (*uti singuli*), a exemplo de serviços de telefonia e iluminação domiciliar, dentre outros.³⁰

1.3 Regulação Econômica dos Serviços Públicos versus Sistema de Defesa da Concorrência

A amplitude da terminologia “regulação da atividade econômica” remete ao contexto em que é utilizada. Por vezes pode ser interpretado tanto como um conjunto de atividades estatais voltadas à regulamentação de um determinado setor específico da economia (setores de telecomunicações, energia, petróleo, etc.), quanto por um conjunto de atividades estatais voltadas à fiscalização e regulamentação sobre a generalidade dos agentes da economia, como é o caso das atividades exercidas pelos órgãos ambientais e de defesa da concorrência.³¹

concessionárias. A principal diferença entre taxa e tarifa consiste que, enquanto a primeira é uma receita pública derivada, retirada de forma coercitiva do patrimônio dos particulares, a tarifa é um instituto típico de direito privado, existente em uma relação de consumo, em que há a autonomia da vontade e a liberdade de contratar.

²⁹ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 239.

³⁰ Nesse sentido: TARIFA DECORRENTE DE SERVIÇOS GERAIS DE LIMPEZA PRESTADOS POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – SERVIÇOS PÚBLICOS DE NATUREZA UTI UNIVERSI – AUSÊNCIA DE DIVISIBILIDADE E ESPECIFICIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA ATRAVÉS DE TARIFA. Os serviços de limpeza pública, como os de capinação, varrição, limpeza de bocas-de-lobo e pintura de meio-fio atendem a interesses gerais (*uti universi*) do povo usuário e não a interesses individuais (*uti singuli*) dos moradores, sendo inespecíficos e indivisíveis, daí porque o seu custeio só pode ocorrer por meio de impostos e não por tarifa. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2007.011818-8. Rel. Des. Jaime Ramos. DJ: 24 abril 2007. Disponível em: <<http://www.tjsc.gov.br>> Acesso em: 10 ago 2011).

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.18.

Vital Moreira observa que:

Quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação: (a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente de seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).³²

Para Carlos Ari Sundfeld a regulação se

manifesta tanto por poderes e ações com objetivos claramente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros, de justificativas diversas, mas de efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.).³³

Pois bem, feitas as considerações, vale referir que a tendência natural de toda atividade comercial é a maximização do lucro; e a de todo consumidor é a de pagar o menor preço possível. Dessa relação, e das diversas situações que ela enseja, provêm os diversos tipos de mercado que podem ser agrupados em três categorias principais: concorrência, monopólio e oligopólio.

Concorrência é a disputa entre produtores de um mesmo bem ou serviço com vistas a angariar a maior parcela do mercado possível. As principais variáveis que orientam o jogo mercadológico da concorrência são o preço, a qualidade, a disponibilidade e a imagem que o produto goza junto aos consumidores.³⁴

³² MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 35. Comumente, a doutrina administrativista utiliza a terminologia em seu segundo significado.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.18.. Complementando, Marçal Justen Filho leciona que “a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 447).

³⁴ Pressupõe a existência de grande número de produtores atuando livremente no mercado de um mesmo bem ou serviço, de modo que tanto a oferta quanto a procura se originem em condições de

No Brasil, o sistema de defesa da concorrência (SBDC) é constituído pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda, e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Esse sistema é responsável por promover uma economia competitiva, por meio da repressão e da prevenção de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, com base na Lei nº 8.884/94.³⁵

O monopólio, em síntese, significa ausência de concorrência e existência de um único fornecedor. As razões que dão origem ao poder de monopólio podem ser variadas, mas os efeitos podem advir de dois grandes grupos de mercados imperfeitos: oligopólios e monopólios naturais. No caso dos oligopólios, o pequeno número de grandes empresas pode provocar três tipos de comportamento que levam a alocação de recursos nessa estrutura de mercado a se distanciar da alocação de uma estrutura competitiva: a) a possibilidade de atuação conjunta ou cartelização; b) ações de grandes empresas voltadas a restringir a concorrência; c) práticas desleais em relação aos consumidores e fornecedores.³⁶

razoável equidade, sem influência ilegítima principalmente sobre o preço do produto. (RESUMO Extraído de Enciclopédias Projeto Renasce Brasil. *O que é Concorrência, Monopólio e Oligopólio*. <Disponível em: http://www.renascebrasil.com.br/f_concorrancia2.htm> Acesso em: 05 set. 2011).

³⁵ CAPUTO, Geovane Anselmo Silveira; ROSELLI, Marcio Andrey. *ANEEL e a Prestação Adequada dos Serviços Públicos de Energia Elétrica*. Luziânia: UEG, 2008. Monografia (PósGraduação *Latu Sensu* em Gestão Pública), Universidade Estadual de Goiás, 2008. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_Geovane_Marci_o.pdf> Acesso em: 22 ago. 2011. Além da regulação tarifária, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) atua no sentido de identificar falhas em estruturas regulatórias vigentes, promover a desregulamentação e, quando for o caso, a rerregulamentação. Preocupa-se em remover entraves regulatórios à concorrência, para garantir eficiência, qualidade e preços condizentes com o nível de custos.

³⁶ Idem, *ibidem*. Conforme entendimento de Calixto Salomão Filho, os monopólios naturais são situações criadas naturalmente e não em função da ação dos agentes econômicos direcionados à sua constituição. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 201). A situação de monopólio pode resultar da imposição do legislador (monopólio legal) ou devido às próprias características do mercado, que considera ser

O monopólio natural é uma situação de mercado em que os investimentos são elevados e os custos marginais muito baixos. Caracterizados também por serem bens exclusivos e com pouca ou nenhuma rivalidade. Os serviços públicos, normalmente, constituem monopólios naturais, pois inexistem, nestes campos, a exploração competitiva, o que colabora para um tratamento diferenciado do concessionário ou permissionário, pois não funcionam como mercados economicamente típicos.³⁷

Em mercados competitivos o preço é determinado pelas transações entre compradores e vendedores e não afetam o mercado de modo significativo. Diante disso, normalmente não há necessidade de intervenção do Poder Público para a regulação dos preços. Já a combinação de monopólios e serviços essenciais conduz à necessidade de regulação de preços por parte do Estado, para evitar preços monopolísticos sobre bens essenciais e sem substitutos próximos, especialmente através da regulação econômica.³⁸

Calixto Salomão Filho expõe algumas maneiras de controlar um monopólio natural. São elas: O exercício da atividade pelo Estado em regime de monopólio; o exercício pela iniciativa privada com regulamentação direta pelo Estado, inclusive no tocante às tarifas e preços; e o controle da entrada dos agentes no mercado através

economicamente mais eficiente que apenas uma empresa produza o bem em situação monopolística (monopólio natural). (CONCORRÊNCIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>> Acesso em: 05 set. 2011).

³⁷ O Estado, neste caso, pode regular a empresa para evitar que ocorram preços abusivos ou intervir diretamente produzindo o bem/serviço. Essa forma de intervenção, contudo, vem perdendo espaço diante do processo de privatização, conforme já exposto. Há de se ressaltar, ainda, que a outorga de concessão ou permissão não possui caráter de exclusividade, exceto no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada, conforme dispõe o art. 16 da Lei 8.987/95.

³⁸ Refira-se que sendo inviável a competição, as empresas são sujeitas a regimes tarifários pré-estabelecidos ou definidos na licitação e regulados pelo poder concedente. Outrossim, em face de mudanças tecnológicas, os monopólios naturais também podem vir a se tornar competitivos. (GREMAUD, Amaury Patrick. [et al]. PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de, organizadores. *Manual de Economia*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005).

das licitações realizadas pelo Estado, a fim de verificar quem pode prestar os melhores serviços com os melhores preços.³⁹

Analisando cada uma dessas hipóteses, o Autor refere que a segunda é a mais favorável, ou seja, é necessário um controle das atividades exercidas em atividades consideradas de infra-estrutura, em virtude de sua forte tendência a se transformar em monopólio natural. E uma das formas de se exercer tal controle é através de uma regulação ativa de tais monopólios, nos quais as Agências Reguladoras se encarregam desta regulação setorial, incentivando e promovendo a eficiência econômica, e a proteção tanto dos agentes competidores quanto dos consumidores.⁴⁰

São instrumentos de regulação, portanto: As agências reguladoras e o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Nesse sentido, a Lei nº 8.884/94 trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e redefine a natureza administrativa da Agência Reguladora e do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.⁴¹

Enfim, na área privada, a competição ou concorrência é vista como a melhor maneira de produzir indústrias dinâmicas e inovadoras, capazes de atender as necessidades dos consumidores e competir em mercados tipicamente econômicos.

³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2002, p. 206/208.

⁴⁰ Idem, ibidem.

⁴¹ Cf. art. 1º da Lei nº 8.884/94. Já, o art. 21 descreve as condutas que podem ser interpretadas como infrações à ordem econômica. Outrossim, o CADE é o órgão responsável pela política de defesa da concorrência ou política antitruste. Cabe-lhe zelar pela observância da lei, verificar a existência de infrações, aplicar penalidades e exercer o controle dos atos e contratos que possam levar uma empresa a ter posição dominante, tendo como base os princípios de liberdade de iniciativa, da livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. É uma instância decisória, auxiliada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). (CAPUTO, Geovane Anselmo Silveira; ROSELLI, Marcio Andrey. *ANEEL e a Prestação Adequada dos Serviços Públicos de Energia Elétrica*. Luziânia: UEG, 2008. Monografia (Pós-graduação *Latu Sensu* em Gestão Pública), Universidade Estadual de Goiás, 2008. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Grad> Acesso em: 22 ago. 2011.)

Todavia, os serviços de utilidade pública, essenciais a toda a população e importantes na geração de qualidade de vida e bem-estar social, são geralmente monopólios naturais, em que é impossível estabelecer um mercado competitivo, o que conduz à necessidade de regulação de preços pelo Estado.⁴²

A regulação procura simular os efeitos da concorrência, promovendo e incentivando a prestação de serviços públicos com qualidade e a custos reduzidos.⁴³

Alexandre Santos de Aragão afirma que:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.⁴⁴

Essa regulação envolve a escolha do critério tarifário, que inclui, entre outras coisas, a forma de controle e ajuste dos preços a serem cobrados, o grau de liberdade de variação destes preços, de acordo com as diferentes categorias de consumidores, etc. Deve considerar, também, mecanismos complementares que estimulem a eficiência das empresas e beneficiem os consumidores.

1.4 Agências Reguladoras

A mudança de perspectiva iniciada com a Constituição de 1988, reforçada após as Emendas Constitucionais, propiciaram o processo de desestatização no

⁴² Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]; IV – livre concorrência;[...]”.

⁴³ A doutrina refere-se à eficiência dinâmica, que focaliza o mercado seletivo, com a capacidade de induzir e selecionar inovações de produto e de processo que levem a uma redução futura de custos e a uma melhoria da qualidade dos produtos. (POSSAS, M., PONDÉ, J., FAGUNDES, J. Regulação da concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual. In: *Infra-estrutura - perspectivas de reorganização*. IPEA,1997).

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37.

Brasil. Diante disso, o País passou a instituir órgãos responsáveis em fiscalizar e regular os setores econômicos fundamentais à coletividade, as agências reguladoras.⁴⁵

As agências correspondem a autarquias sujeitas a regime autárquico especial, criadas por lei para aquela finalidade específica. Devem exercer a fiscalização, controle e o poder normativo sobre serviços delegados a terceiros, fins de assegurar a continuidade e a regularidade desses serviços, garantindo, ainda, a existência de um mercado competitivo na prestação dos mesmos.⁴⁶

Atualmente existem no Brasil, dez agências reguladoras, implantadas entre dezembro de 1996 e setembro de 2001, mas nem todas realizam atividades de fiscalização. São elas:⁴⁷

1- A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que promove o desenvolvimento das telecomunicações no País, foi criada em 1997. Possui

⁴⁵ Marcos Juruena Villela Souto define a desestatização nos seguintes termos: “É a retirada do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 147). A maioria dos casos de desestatização foi realizada na modalidade de concessão ou permissão, onde somente o controle foi transferido à entidade do setor privado. No que pertine às Agências, Celso Antonio Bandeira de Mello observa que, “em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal “Reforma Administrativa”, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”). A autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL, tanto que o art. 31 da lei transfere à nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direito e receitas do DNAEE”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

⁴⁶ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 131. O regime jurídico autárquico especial compreende privilégios e garantias específicas que a lei lhes outorga para a consecução de seus fins. Assim, às agências é possibilitada a criação de normas para regulamentar e fiscalizar o modo de prestação dos serviços concedidos, fins de que o investidor privado obtenha o devido lucro em seu negócio, e os usuários o serviço adequado. (AGÊNCIAS reguladoras. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras-fiscalizam-a-qualidade-dos-servicos>> Acesso em: 19 jul. 2011). As agências reguladoras sofrem fiscalização da Controladoria Geral da União (CGU), do Tribunal de Contas da União (TCU), pelo Ministério Público e Comissões temáticas do Congresso Nacional.

⁴⁷ AGÊNCIAS reguladoras. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras-fiscalizam-a-qualidade-dos-servicos>> Acesso em: 19 jul. 2011.

independência administrativa e financeira e não está subordinada a nenhum órgão de governo. A ANATEL tem poderes de outorga, regulamentação e fiscalização, devendo adotar medidas necessárias para atender ao interesse do cidadão.⁴⁸

2- A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), foi criada em 1998 para regular as atividades da indústria de petróleo, gás natural e dos biocombustíveis. É uma autarquia federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME). Estabelece regras, contrata profissionais e fiscaliza as atividades das indústrias reguladas.⁴⁹

3- A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), é uma autarquia criada em 1996, para regular e fiscalizar a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), também atende a reclamações de agentes e consumidores, mediando os conflitos de interesses entre os agentes do setor elétrico e entre estes e os consumidores.⁵⁰

4- Criada em 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é vinculada ao Ministério da Saúde, e seu objetivo é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.⁵¹

5- A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada em 1999, possui independência administrativa e autonomia financeira e é vinculada ao Ministério da Saúde. Sua finalidade consiste em realizar o controle sanitário da

⁴⁸ AGÊNCIAS reguladoras. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras-fiscalizam-a-qualidade-dos-servicos>> Acesso em: 19 jul. 2011.

⁴⁹ Idem, ibidem.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ Idem, ibidem.

produção e da comercialização de produtos e serviços que devem passar por vigilância sanitária, fiscalizando, inclusive, os ambientes, os processos, os insumos e as tecnologias relacionados a esses produtos e serviços. A ANVISA também controla portos, aeroportos e fronteiras e trata de assuntos internacionais a respeito da vigilância sanitária.⁵²

6- Criada no ano de 2000, a Agência Nacional de Águas (ANA) é vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), mas tem autonomia administrativa e financeira. Implementa e coordena a gestão dos recursos hídricos no País e regula o acesso à água, sendo responsável por promover o uso sustentável desse recurso natural, a fim de beneficiar não só a geração atual, mas também as futuras.⁵³

7- A Agência Nacional do Cinema (ANCINE) é uma autarquia especial com independência administrativa e financeira. Criada em 2001 e vinculada ao Ministério da Cultura (MINC), a agência tem como objetivo principal o fomento à produção, distribuição e exibição de obras cinematográficas e videofonográficas. Além disso, regula e fiscaliza as indústrias que atuam nessas áreas.⁵⁴

8- Criada em 2001, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) é vinculada ao Ministério dos Transportes e tem autonomia financeira e administrativa. Implementa, em sua área de atuação, as políticas formuladas pelo Ministério e pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT). Além disso, regula, supervisiona e fiscaliza os serviços prestados no

⁵² AGÊNCIAS reguladoras. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras-fiscalizam-a-qualidade-dos-servicos>> Acesso em: 19 jul. 2011.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ Idem, ibidem.

segmento de transportes aquaviários e a exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercida por terceiros.⁵⁵

9- A Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) foi criada em 2001, é vinculada ao Ministério dos Transportes e tem independência administrativa e financeira. É responsável pela concessão de ferrovias, rodovias e transporte ferroviário relacionado à exploração da infraestrutura; e pela permissão de transporte coletivo regular de passageiros por rodovias e ferrovias. Além disso, a ANTT é o órgão que autoriza o transporte de passageiros realizado por empresas de turismo sob o regime de fretamento, o transporte internacional de cargas, a exploração de terminais e o transporte multimodal (transporte integrado que usa diversos meios).⁵⁶

10- Criada em 2006 para substituir o Departamento Nacional de Aviação Civil, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) tem a função de regular e fiscalizar as atividades do setor. É responsabilidade da autarquia, vinculada ao Ministério da Defesa, garantir segurança no transporte aéreo, a qualidade dos serviços e respeito aos direitos do consumidor.⁵⁷

Encontra-se em processo de criação, ainda, a Agência Nacional de Mineração (ANM) - para substituição da DNPM.

As agências reguladoras devem harmonizar os interesses do Estado, das empresas delegatárias e dos usuários dos serviços públicos, serviços estes que devem ser eficientes, adequados, contínuos, sem discriminação ou imposição, e com tarifas módicas (resguardado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

⁵⁵ AGÊNCIAS reguladoras. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras-fiscalizam-a-qualidade-dos-servicos>> Acesso em: 19 jul. 2011..

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ Idem, ibidem.

Para tanto, possuem autonomia de decisão e ausência de subordinação hierárquica.⁵⁸

No entanto, apesar desta autonomia decisória ser dotada de certo grau de discricionariedade, encontra limites no próprio sistema jurídico (princípio da legalidade). Dessa forma, as agências estão sujeitas a mecanismos de controle (interno e externo), o que será abordado oportunamente.⁵⁹

Nesse sentido, pede-se vênia para transcrever a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL DA TELEPAR BRASIL TELECOM S/A – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – PRELIMINARES NÃO-ACOLHIDAS – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – LEI N. 9.472/97 – ATRIBUIÇÃO À ANATEL PARA ESTABELEÇER A ESTRUTURA TARIFÁRIA – RESOLUÇÃO 85/98 – CONCEITO DE ÁREA LOCAL DEFINIDO DE ACORDO COM CRITÉRIOS TÉCNICOS E ECONÔMICOS – TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS – IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO, DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DISPOSIÇÕES DA LEI N. 9472/97. PRECEDENTES DAS PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS.

1. [...]

4. As circunstâncias fáticas podem reduzir a margem de discricionariedade do administrador, ou até eliminá-la, de modo que, quando este age em desconformidade com a finalidade legal, é possível ao Poder Judiciário substituí-lo e tomar a decisão que se ajusta à vontade da lei, sem que isto constitua violação do princípio da separação dos Poderes.

5. In casu, todavia, há dúvidas insuperáveis quanto à legalidade da atuação do agente público na escolha dos critérios que definiram o conceito de área local, e que permitiu, no caso dos autos, que localidades diversas, ainda que dentro do mesmo município, em razão de fatores técnicos e econômicos, pudessem sofrer tarificação de ligações interurbanas.

6. É na dúvida, na zona onde não se pode emitir um juízo de certeza, que reside o mérito do ato administrativo discricionário e que cabe ao administrador público, e somente a ele, agir para encontrar o caminho que melhor atenda à finalidade legal. Sendo assim, na situação dos autos, ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a configuração das "áreas locais", o Tribunal de origem invadiu seara atribuída à administração pública, atitude esta que ultrapassou os limites

⁵⁸ Diz-se que possuem autonomia por serem dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio.

⁵⁹ A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, determina que a lei não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. A Lei nº 8.987/95 dispõe que os serviços públicos, objetos de concessões ou permissões, devem ser realizados de forma adequada, respeitados os princípios da generalidade (serviço para todos), da continuidade (serviço perene), da eficiência (serviço de ótima qualidade e quantidade), da cortesia (serviço humanizado) e da modicidade (preços razoáveis cobrados pelos serviços). Alie-se a isso, que se submetem aos princípios constitucionais, em especial os que norteiam a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF).

impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n. 9472/97.

RECURSO ESPECIAL DA ANATEL – ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – LEI N. 9.472/97 – ATRIBUIÇÃO À ANATEL PARA ESTABELECEER A ESTRUTURA TARIFÁRIA – RESOLUÇÃO 85/98 – CONCEITO DE ÁREA LOCAL DEFINIDO DE ACORDO COM CRITÉRIOS TÉCNICOS E ECONÔMICOS – TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS – IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO, DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DISPOSIÇÕES DA LEI N. 9472/97.

1. A alegação da recorrente a respeito da sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda não merece ser conhecida, por não estar prequestionada.

2. Embasado em idêntico fundamento, conclui-se que não havia espaço para a incursão do Tribunal de origem na seara atribuída à administração pública, atitude esta que ultrapassou os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n. 9472/97.

Recurso especial da Telepar conhecido em parte e parcialmente provido. Recurso especial da Anatel conhecido em parte e provido.⁶⁰

Por fim, acrescenta-se que ao Poder Judiciário cabe aferir a legalidade e a presença de requisitos formais nos atos emanados das agências, bem como os objetivos e limites de sua atuação.⁶¹

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 973686/PR. Recurso Especial 2007/0183785-0. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins. DJ: 15 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 19 jul. 2011.

⁶¹ Cite-se a exemplo, decisão da Corte Especial: “[...]. Lei nº 9.427/96, art. 3º, VI, atribuiu competência à ANEEL para fixar critérios para cálculo do preço de transporte de que trata a Lei nº 9.074/95, art. 15, § 6º. Assim, a questão atinente aos critérios utilizados na composição do preço cobrado pelo serviço de transporte é matéria atinente ao mérito do ato administrativo da ANEEL, não sendo possível ao judiciário nela intervir, a não ser para aferir a legalidade. 2. Ameaçada a ordem pública quando inviabilizado o exercício regular das funções institucionais atribuídas por lei à ANEEL, a quem competia definir quais os encargos que guardam pertinência com as despesas que compõem o 'custo de transporte' de energia elétrica.[...]”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SS 1.424/RJ. Relator(a): Ministro Edson Vidigal: DJ: 01 Fev. 2005. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> acesso em: 20 ago. 2011. Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona, no entanto, que em determinadas circunstâncias abrange, também, o controle de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.670).

2 FIXAÇÃO DE ESTRUTURAS TARIFÁRIAS SOCIALMENTE DESEJÁVEIS

2.1 Da Política Tarifária

Licitação é a regra nos contratos Administrativos, e em tais processos a tarifa do serviço público concedido é definida segundo a proposta vencedora da concorrência, admitida a revisão na forma disposta na lei, no edital e no contrato, de forma a garantir a taxa de retorno permitida pela agência reguladora.⁶²

.A Lei nº 8.987/95 fixa as regras da política tarifária e estabelece que no julgamento da licitação serão considerados os seguintes critérios:

- I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.⁶³

Analisando-se a doutrina e a legislação pertinente, depreende-se que, de maneira geral, o atual regime tarifário dos contratos de concessão tem como finalidade precípua o aumento da eficiência e da qualidade na prestação do serviço

⁶² ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127. O art. 9º da Lei nº 8.987/95, dispõe que: “A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato”. O art. 175 da Constituição Federal estabelece que “incube 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”. A Lei nº 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no referido artigo constitucional, estabelecendo que os entes federativos devem promover a revisão e as adaptações necessárias de suas legislações às prescrições da lei, buscando atender às peculiaridades das diversas modalidades de seus serviços e definindo o conceito de concessão e permissão.

⁶³ Cf. art. 15 da Lei 8.987/95.

público, atendendo, contudo, o princípio da modicidade tarifária, pois corresponde à satisfação de uma necessidade básica da sociedade.⁶⁴

Cabe acrescentar que a contraprestação das atividades prestadas se dá através de tarifas próprias, ou seja, as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes de cada serviço ou produto, em atendimento, ainda, aos distintos segmentos de usuários.⁶⁵

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. POLÍTICA TARIFÁRIA.
1. A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei 8.987/95, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte).⁶⁶

A metodologia de cálculo dos proveitos permitidos, portanto, é própria de cada serviço ou produto disponibilizado aos usuários. No entanto, o procedimento básico implica em que os setores da economia devem produzir receitas que, no

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 723.

⁶⁵ Cf. art. 13 da Lei nº 8.987/95. De acordo com José Cretella Júnior, as principais modalidades de tarifas são: a proporcional, a diferencial, a gradual e a única. Tarifa proporcional é aquela em que o preço varia na razão direta da utilidade usufruída, como, por exemplo nas comunicações telefônicas, em que a unidade de serviço é a "duração" da conversação e o número de pulsos. Já a tarifa diferencial é aquela que não varia na razão direta dos elementos dos serviços prestados, ou seja, aquela em que o preço decresce com o aumento de cada unidade do serviço utilizado. Enquanto a tarifa gradual é aquela em que o preço varia em relação a grupos de unidades e não em relação a cada unidade. Por fim, tarifa única é aquela que, aplicando-se a espaços consideráveis de um mesmo país ou distâncias internacionais, dá valor ao elemento espaço e praticamente despreza o elemento peso, como, por exemplo, no transporte de correspondência postal. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 150-151). Na aplicação das tarifas de energia elétrica, os consumidores são identificados por classes e subclasses de consumo: residencial; industrial; comercial e serviços; rural; poder público; iluminação pública; serviço público, e consumo próprio. Cada classe tem uma estrutura tarifária distinta, de acordo com as peculiaridades de consumo de energia e de demanda de potência. (Cf. Cartilha da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Catilha_1p_atual.pdf> Acesso em: 13 set. 2011).

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma: AgRg no Ag 870429 RJ 2007/0036627-4. Relator(a): Min. Herman Benjamin. DJ 07. fev. 2008. REsp 759.362/RJ. Segunda Turma. Relator(a): Min. Eliana Calmon. DJ: 29 jun. 2006. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> acesso em: 20 ago. 2011.

mínimo, cubram seus custos, respeitadas as determinações legais, e vedada a prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico.⁶⁷

Há de se ressaltar, ainda, que de acordo com o artigo 16 da Lei de Concessões "a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada." Alie-se a isso, que a concessionária pode e deve fixar seus preços de forma a atingir lucro (observado o princípio da modicidade tarifária), que não deverá se sobrepor, todavia, ao dever de prestação do serviço com eficiência, continuidade e investimentos em sua melhoria. E cabe ao Estado amortizar eventuais prejuízos que a empresa vier a sofrer, subsidiá-la ou mesmo intervir, se necessário.

Dessa forma, a concorrência entre empresas na prestação do serviço aumenta a eficiência e diminui o valor da tarifa, melhorando a qualidade dos produtos e a adequação do serviço, possibilitando aos consumidores, uma maior liberdade de escolha.⁶⁸

Portanto, em face dos diferentes serviços públicos disponibilizados, há, também, uma grande diversidade de estruturas tarifárias, bem como vários critérios para o cálculo do valor da tarifa. Além disso, há mecanismos complementares que podem aumentar a flexibilidade e a capacidade de intervenção do regulador, a exemplo das revisões e reajustes tarifários, pois não fazem parte do núcleo imutável

⁶⁷ Nesse sentido a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que em seu art. 129 estabelece: "O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria."

⁶⁸ MACHADO, Maurício Castilho. A tarifa nas concessões de serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2293, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13673>> Acesso em: 11 set. 2011. Segundo o Autor, sendo impossível a concorrência entre atividades ou empresas do mesmo setor, poderá haver competição entre setores de serviços públicos distintos, desde que supram a mesma necessidade do usuário, a exemplo da competição entre setores diversos como no transporte público urbano, onde pode haver a concorrência entre os transportes ferroviário, metroviário e de ônibus.

do contrato, desde que preservado o equilíbrio econômico-financeiro, dependendo sempre de autorização do Poder Público, após análise das planilhas de custos.⁶⁹

2.1.1 A Revisão Tarifária

A revisão tarifária pode ser ordinária (periódica) ou extraordinária. A ordinária destina-se a estabelecer novos níveis tarifários para a concessionária, de acordo com as alterações nos custos do serviço, ocorrendo a cada quatro ou cinco anos.

As revisões extraordinárias também estabelecem novos níveis tarifários para a concessionária, mas podem ocorrer a qualquer tempo, independentemente de outros reajustes ordinários ou revisões, mediante alterações significativas comprovadas nos custos da concessionária e/ou modificação ou extinção de tributos e encargos posteriores à assinatura do contrato, quando comprovado o seu impacto sobre os custos, devidamente reconhecido pela Agência Reguladora, fins de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o controle da modicidade tarifária.⁷⁰

2.1.2 O Reajuste Tarifário

O reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda. Persistindo os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa deve

⁶⁹ PIRES, José Claudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. *Modelos de Regulação Tarifária do Setor Elétrico*. Disponível em: < <http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes> > Acesso em: 12 ago. 2011. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) tem, em virtude das competências atribuídas ao Ministério da Fazenda, pelo art. 70 da Lei nº 9.069/95, a função de fixar normas e critérios para a concessão de reajustes e revisões de preços públicos e tarifas de serviços públicos.

⁷⁰ MENDES, Thays Cristina Ferreira. Dos princípios da modicidade tarifária e da continuidade do serviço público. Considerações acerca do estabelecimento de tarifas para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2725, 17 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18050>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

acompanhar, apenas, a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela.⁷¹

2.2 O Controle da Estrutura Tarifária

O Brasil teve, no transcurso da história, um longo processo de transformação da cultura política e das relações Estado-sociedade, culminando no “Estado Democrático de Direito”, se propondo a garantir o desenvolvimento nacional, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica, à qual se sujeitam tanto os particulares quanto as próprias autoridades políticas.⁷²

Carlos Ari Sundfeld define o Estado de Direito

[...] criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.⁷³

Com o Estado de Direito surgiram os instrumentos políticos e jurídicos que possibilitaram o desenvolvimento das noções dos institutos de controle da Administração Pública e do serviço público, eis que a supremacia do interesse

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 724.

⁷² Cf. art 1º da CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. No Estado de Direito, a atividade do Estado é limitada e determinada pelo Direito, entendendo-se este como um complexo de normas-regras e normas-princípios presentes implícita ou explicitamente na Constituição.

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38/9. Hans Kelsen leciona que “o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito”. Portanto, em um Estado Democrático de Direito o Poder exercido é limitado pela Ordem Jurídica Constitucional. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 316.

público impõe que todas as atividades de caráter administrativo sofram controle, mesmo que ocorrentes no Poder Legislativo e no Poder Judiciário.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.⁷⁴

Pode-se dizer, conforme já exposto, que o serviço público é de titularidade do Poder Público, podendo sua execução, quando admissível, ser transferida. Todavia, o Estado mantém o seu poder regulamentar e fiscalizador. Tal controle pode ser interno ou externo (art. 31, § 3º da CF), administrativo, legislativo ou judiciário.⁷⁵

2.2.1 Controle Administrativo

O controle tarifário dos serviços públicos, por meio de via administrativa, se dá através da fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação ou de concessionários, sob os aspectos de legalidade e de mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.⁷⁶

Dispõe o art. 29 da Lei nº 8.987/95:

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.670.

⁷⁵ Outra forma de controle se dá pelo Ministério Público, que não se enquadra na teoria tripartite clássica da separação de poderes, sendo, assim como as Agências Reguladoras, órgãos independentes. De acordo com o art. 127 da CF, o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional e defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Conta com alguns princípios institucionais como a unicidade, indivisibilidade e independência funcional. Dentre suas atribuições, conferidas pelo art. 129 da CF, destacam-se as de: 1) instaurar inquérito civil; e 2) propor ação civil pública com intuito de proteger o patrimônio público e outros interesses difusos.

⁷⁶ Toda a atuação administrativa está condicionada à observância dos princípios constitucionais básicos de Direito Público e Administrativo, a exemplo do princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, supremacia, do interesse público, continuidade do serviço, etc. (ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 174).

Incumbe ao poder concedente:

- I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
- III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
- V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
- VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
- XI - incentivar a competitividade; e
- XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Em que pese o Estado tenha instituído órgãos responsáveis em fiscalizar e regular os serviços públicos delegados a terceiros (agências reguladoras), fins de assegurar a continuidade e a regularidade desses serviços a preços acessíveis, há de se assentar que toda a atividade administrativa encontra-se subordinada ao princípio da legalidade, sem qualquer exceção.

2.2.2 Controle Legislativo

Controle legislativo é o que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública, nas hipóteses previstas na Constituição Federal. Trata-se de um controle externo, sobretudo político, razão pela qual podem ser controlados aspectos

relativos à legalidade e à conveniência pública dos atos do Poder Executivo que estejam sendo controlados.⁷⁷

No que pertine às agências reguladoras, Marçal Justen Filho observa que:

O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.⁷⁸

Esclarece, ainda, que

A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares do poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum.⁷⁹

Outrossim, refira-se que constitucionalmente o Tribunal de Contas (TCU) é um órgão integrado na estrutura do Poder Legislativo, e que possui atribuições que o caracterizam como órgão controlador da administração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para tanto, possui autonomia e prerrogativas que asseguram a independência de sua atuação.⁸⁰

Todavia, existe grande discussão quanto a extensão dessa atuação. Muitos autores afirmam que adotando um critério de interpretação literal do art. 71 da Constituição, o Tribunal de Contas não poderia questionar decisões de cunho

⁷⁷ O controle legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital e Câmara de Vereadores.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 588.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 588.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 330. Previsto no art. 71 da CF, o Tribunal de Contas é órgão de auxílio do Congresso Nacional, no que se refere ao controle externo de “atos de regulação”.

político-administrativas. Apenas os atos ou decisões que interferem no dispêndio de verbas públicas seriam passíveis de controle pelo TCU. Portanto, não teria competência para controlar atos de regulação, como reajustes tarifários, decisões sobre equilíbrio econômico-financeiro ou contratos de concessão.⁸¹

Opiniões contrárias defendem a possibilidade de controle do ato administrativo que defere aumento de tarifa pelo Tribunal de Contas. Isto porque, o reajuste tarifário, apesar de ser arcado pelo usuário do serviço, interfere indiretamente nas despesas do Estado, uma vez que é cobrado mediante a prestação de um serviço de titularidade do Estado.⁸²

2.2.3 Controle Judiciário

O controle exercido pelo Poder Judiciário pode ser preventivo ou corretivo e incidir sobre atos, contratos, manifestações unilaterais de vontade que representem lesão ou ameaça de lesão a direito individual, difuso ou coletivo, fins de garantir um maior sentimento de segurança aos administrados.⁸³

⁸¹ Posição adotada por Luís Roberto Barroso. (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 239).

⁸² GOMES DE MATOS, Mauro Roberto. O conselho administrativo de defesa econômica e o contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, Julho a Setembro/2001. Para o Autor, mesmo a tarifa sendo paga pelo usuário do serviço, é cobrada mediante a prestação de um serviço público outorgado pelo Estado. Nessas condições, o Tribunal de Contas possui a competência para aferir se é ou não abusivo o reajuste tarifário deferido pelo poder concedente, e se ele seguiu a liturgia legal que norteia a matéria.

⁸³ Refira-se que o ato político, categoria pertencente aos atos constitucionais, é expedido a nível infraconstitucional, predominantemente no exercício da função executiva e legislativa, o que o diferencia dos atos administrativos, os quais satisfazem interesses coletivos ou individuais, extinguindo, modificando ou reconhecendo direitos, podendo, por este motivo, serem revistos pelo Judiciário, mesmo quando estão formalmente dispostos na Constituição. Segundo Paula F. da Silva Fernandes, o ato político, por ter o mesmo fundamento de validade (constitucional) do princípio da inafastabilidade da jurisdição e das liberdades individuais, bem como ter sido conferido de forma incontestável a um dos Poderes do Estado, pelo Poder Constituinte originário, não poderá ser revisto pelo Poder Judiciário por violar o princípio da separação de funções, também previsto como princípio constitucional inderrogável. (FERNANDES, Paula Fernanda da Silva. O controle jurisdicional do ato político. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 67, 1 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4371>> Acesso em: 28 ago. 2011). Há de se ressaltar, no entanto, que apesar de ser difícil o controle externo sobre tais atos, em face da ampla discricionariedade, em

Hely Lopes Meirelles, sobre ao tema, assim refere:

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o *mérito administrativo*, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial.⁸⁴

A seguinte ementa ilustra o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto à prestação do serviço de telecomunicações e cobrança de tarifa básica mensal:

A livre iniciativa consiste, justamente, no exercício da liberdade garantida a todos – inclusive, ao agente econômico – de percorrerem o caminho que melhor lhes aprouver, dentro das normas autorizadas pelo sistema jurídico. Todavia, por se caracterizar o mercado de produção de bens e serviços como o mais dinâmico dos sistemas econômicos, o exercício desta liberdade deverá ser atentamente observado pelos operadores do Direito, a fim de serem evitados abusos, em detrimento do consumidor.

Assim, embora seja da essência da concessão o direito do concessionário explorar, de forma empresarial, a atividade a ele delegada, no entanto, deverá ser reprimida toda prática prejudicial à competição, além do abuso do poder econômico, de acordo com uma lei econômica que consiga atribuir uma justa remuneração ao concessionário – isto é, que seja capaz de abarcar os custos indispensáveis ao cumprimento da sua obrigação de manter os serviços adequados a que se comprometeu, com uma margem de lucro razoável, em observância ao princípio de defesa do consumidor.

Portanto, não obstante o Estado tenha sempre a possibilidade de interferir para impedir abusos, eventual intervenção deverá atender ao princípio constitucional da proporcionalidade, a fim de ser restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

[...]. Nesse contexto, a gestão de diversos serviços públicos, dentre eles o de telecomunicações, de que a União é titular, também foi transferida ao setor privado, mediante concessão, permissão ou autorização. Isso ocorreu, principalmente, porque, a partir dos anos 70, do século XX, surgiu, em quase todo o mundo, uma forte tendência à redução do tamanho do Estado, sendo a privatização e a desregulamentação as duas mais importantes medidas para a concretização daquele ideal.

[...]. Por outro lado, a cobrança da tarifa básica mensal é uma forma de ser garantida a continuidade da prestação do serviço de telecomunicações, porquanto, se tal serviço vier a ser interrompido, ocorrerão, certamente,

tese, nada exclui a apreciação judicial, conforme disposição do art. 5º, XXXV da CF. (ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74).

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55. Ruy Barbosa leciona, no entanto, que “indubitavelmente, a Justiça não pode conhecer de casos que forem exclusiva e absolutamente políticos, mas a autoridade competente para definir quais os casos políticos e os não políticos é justamente essa Justiça suprema”. (BARBOSA, Ruy. *O calote do Governo, as Decisões do Poder Judiciário e as Intervenções Federais*, apud MEIRELLES, op. cit., p. 691).

vultosos prejuízos à população em geral, sendo, em última análise, uma maneira do próprio Estado, sob o regime de concessão, possibilitar a manutenção e a continuidade daquele serviço público.⁸⁵

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, assenta que:

As circunstâncias fáticas podem reduzir a margem de discricionariedade do administrador, ou até eliminá-la, de modo que, quando este age em desconformidade com a finalidade legal, é possível ao Poder Judiciário substituí-lo e tomar a decisão que se ajusta à vontade da lei, sem que isto constitua violação do princípio da separação dos Poderes.⁸⁶

Portanto, todas as decisões tomadas pela Administração Pública (Direta ou Indireta), ainda que no exercício do controle administrativo, não impedem que os interessados procurem as vias judiciais se lesados em seus direitos. Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.⁸⁷

2.3 Tributação Tarifária

Ao concessionário não é aplicável a imunidade tarifária, portanto, as tarifas também são tributadas, o que é repassado para o preço final do produto, ou seja, cobrado do usuário, por integrarem os custos na composição final do preço.⁸⁸

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70027491885. Vigésima Câmara Cível. Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, DJ: 11 mar. 2009. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>> acesso em: 20 jan. 2011. A jurisprudência também já decidiu que os custos relativos ao PIS e COFINS podem ser repassados aos consumidores, com fulcro na lei de concessões (Lei 8987/95) que autoriza tal repasse, sem qualquer diferenciação entre repasse jurídico ou repasse econômico. A matéria em questão foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC), no REsp 1185070/RS, pela possibilidade do repasse, seja nos casos de energia elétrica ou nos casos de telefonia (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70031305386. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, julgado em 28 out. 2009. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>> acesso em: 20 jan. 2011.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 973686/PR - Recurso Especial 2007/0183785-0. Rel. Min. Humberto Martins. DJ: 15 set. 2009. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>> acesso em: 09 set. 2011.

⁸⁷ Cf. art. 5º, inciso XXXV da CF.

⁸⁸ Cf. art. 150, §3º da CF. O próprio contrato de concessão prevê o repasse dos tributos. Portanto, todos são repassados aos usuários, salvo os de repasse vedado por lei, a exemplo do Imposto de Renda e seus consectários, ficando a encargo das agências reguladoras a homologação da tarifa líquida de tributos.

Dentre os vários tributos cobrados do consumidor, e contestados nos tribunais, vale referir o ICMS, cuja matéria foi pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de ser legítima sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ.⁸⁹

Outra questão tormentosa, frente ao Poder Judiciário, envolveu as contribuições sociais (PIS/COFINS). A discussão se deu, essencialmente, em face da legislação consumerista, ao argumento de não serem, os referidos tributos, uma obrigação do usuário dos serviços, mas da empresa que os fornece.⁹⁰

Inicialmente, um consumidor gaúcho ingressou na Justiça com ação de repetição de indébito contra a Brasil Telecom, requerendo a devolução dos valores referentes ao repasse econômico do PIS e COFINS incidentes sobre a fatura dos serviços de telefonia prestados entre 1991 e 2001.

Em primeira instância o pedido foi negado. Mas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou a ação parcialmente procedente: vedou o acréscimo do PIS e

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no Recurso Especial Nº 1.101.989 - SC (2008/0257876-8). Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ: 23 ago. 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> acesso em: 10 set. 2011.

⁹⁰ O Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) são contribuições sociais de natureza tributária, devidas pelas pessoas jurídicas. O PIS tem como objetivo financiar o pagamento do seguro-desemprego e do abono para os trabalhadores que ganham até dois salários-mínimos. A contribuição para o PIS foi instituída pela LC nº 7, de 7-12-1970, tendo como base de cálculo o faturamento bruto de seis meses anteriores ao mês de ocorrência do fato gerador (PIS semestral). O advento da MP nº 1.212, de 28-11-1995, estabeleceu a base de cálculo do PIS como sendo o faturamento mensal. A MP nº 1676, convertida na Lei nº 9.715, de 25-11-1998, veio definir o faturamento como sendo a receita bruta considerada pela legislação do imposto de renda, instituindo a alíquota de 0,65%. A MP nº 66, convertida na Lei nº 10.637, de 30-12-2002, eliminou a sua incidência em cascata, porém majorou a alíquota para 1,65%. Já a Cofins é destinada a financiar a seguridade social. Foi instituída pela LC nº 70, de 30-12-1991 como sucedâneo do Finsocial, declarado inconstitucional pela Suprema Corte. A sua base de cálculo é a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, incidindo à alíquota de 2%. A Lei nº 9.718, de 27-11-1998, alterou a base de cálculo para receita bruta, abarcando a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica e majorou a sua alíquota para 3%. Ambas as contribuições, PIS e COFINS, tiveram a base de cálculo ampliada de faturamento bruto para receita bruta, fato que suscita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, no sentido de que o conceito de faturamento identificar-se-ia com o conceito de receita bruta. Contudo, o conceito de receita bruta é mais amplo do que o de faturamento bruto, por abranger as receitas não operacionais, como os rendimentos de alugueres e receitas financeiras representadas por juros, dividendos etc., conforme entende o Poder Judiciário.

da Cofins na conta telefônica e condenou a Brasil Telecom a restituir ao consumidor os valores cobrados indevidamente, relativos àquelas contribuições.

Para o Tribunal, as contribuições não poderiam ser acrescidas diretamente à tarifa final (repassé jurídico); apenas poderiam ser computadas proporcionalmente como custos para formar a tarifa final (repassé econômico). No cálculo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a empresa de telefonia cobraria uma alíquota de 10,19%, em vez de 9,25% (PIS - 1,65% e Cofins - 7,6%, modalidade não cumulativa), e uma alíquota de 5,41%, em vez de 3,65% (PIS - 0,65% e Cofins - 3%, modalidade cumulativa). O valor excedente deveria ser restituído (de forma simples, não em dobro) ao consumidor.⁹¹

Da decisão, a Brasil Telecom recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que modificou o entendimento, declarando legítima a inclusão dos valores relativos ao PIS e COFINS nas faturas de telefonia. Tal entendimento, por analogia, foi estendido às companhias de energia elétrica.⁹²

Mas, no caso da energia elétrica, de maneira diversa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) havia julgado improcedente o pedido formulado pelo consumidor, ao argumento de que eventual acolhimento de seu pedido acarretaria desequilíbrio econômico-financeiro ao contrato de concessão. Inconformado, o consumidor recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, levando o relator, ministro

⁹¹ STJ considera legítimo o repasse do PIS e Cofins nas tarifas telefônicas. Associação dos Advogados de São Paulo. 01 set. 2010. Disponível em: <<http://aasp.jusbrasil.com.br/noticias/2355992/stj-considera-legitimo-o-repassé-do-pis-e-cofins-nas-tarifas-telefonicas>> Acesso em: 13 set. 2011.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no REsp 1194735 / RS.AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0090081-1. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 02 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>> acesso em: 09 set. 2011.

Teori Zavascki, a solicitar a oitiva da ANEEL para esclarecer a legitimidade das tarifas do PIS e COFINS aplicáveis à prestação do serviço.⁹³

A autarquia informou que o método de cobrança utilizado pelas concessionárias do serviço seria legítimo e não revelaria prejuízo para o consumidor. Os procuradores aduziram que, com a instauração da sistemática não-cumulativa, implementada com a edição das Leis nos 10.637/02, 10.833/03 e 10.865/04, surgiu a necessidade de modificação da forma de cobrança desses tributos. Com essa modificação, tais tributos não mais passaram a ser incluídos nas tarifas de energia elétrica, mas cobrados de forma destacada nas faturas correspondentes.

Segundo a ANEEL, nessa nova sistemática, o consumidor não tem a repercussão econômica de todo o tributo, que incide sobre o faturamento total da empresa, mas apenas a repercussão econômica do faturamento da empresa com a atividade de distribuição de energia elétrica. Além disso, a nova sistemática teria garantido maior transparência à sociedade.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.070 - RS 2010/0043631-6. Rel.: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 22 set. 2010. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>> acesso em: 09 set. 2011. A manifestação da ANEEL, representada pela Procuradoria Federal junto à Agência e a Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal se deu na qualidade de *amicus curiae* (amigo da corte). De maneira similar, o argumento da ANATEL é o de que a discriminação na fatura do valor atinente às contribuições para PIS e COFINS foi uma solução encontrada para fazer face às variações relacionadas com o regime jurídico do ICMS e essa prática não representaria qualquer benefício para o prestador do serviço, nem prejuízo para o usuário. Para o Tribunal, a solução adotada pela ANATEL não significaria uma elevação disfarçada do valor exigido dos usuários pelos serviços telefônicos. A tarifa continuaria a abranger a remuneração correspondente aos custos necessários à prestação do serviço, como sempre teria ocorrido. A discriminação de um valor de “tarifa líquida” e de uma “carga tributária” representaria apenas uma solução prática para superar a dificuldade de determinar, de modo abrangente, o valor final máximo a ser cobrado dos usuários. Em consequência, restaria afirmar que incidindo PIS e COFINS sobre o faturamento, incabível fixar um valor correspondente a cada operação realizada com os usuários cabendo, assim, ao prestador do serviço o dever de calcular a fração de seu custo tributário em vista de cada usuário com relação ao PIS e a COFINS. A ANATEL referiu que a tarifa líquida de tributos que homologa não impede que nela incluam-se os tributos; salvo os de repasse vedado pela lei, como o Imposto de Renda e seus consectários, ou seja, restaria possibilitada a transferência do ônus financeiro do PIS e da COFINS, bem como de tributos diretos, para o preço final da tarifa telefônica cobrada do contribuinte, por integrarem os custos na composição final do preço. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. RECURSO ESPECIAL 200701873706 Relator(a) LUIZ FUX. DJ:05 out.2010. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>> acesso em: 09 set. 2011).

A Primeira Seção da Corte Superior acolheu os argumentos apresentados e admitiu a repercussão econômica do PIS e da COFINS nas faturas correspondentes, autorizando as cobranças das contribuições nas contas de energia elétrica dos usuários.⁹⁴

Para o Superior Tribunal de Justiça, a alteração na forma de cobrança beneficiaria o consumidor, visto que a cobrança destacada nas faturas de energia elétrica possibilita que os valores correspondentes sejam fiscalizados tanto pelas agências reguladoras quanto pelos consumidores.⁹⁵

Atualmente a questão da contribuição PIS/COFINS foi submetida ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C e Res. n. 8/2008-STJ), entendendo a Corte

⁹⁴ Inicialmente o Superior Tribunal de Justiça defendia o entendimento de que “é ilegítima a inclusão dos valores relativos ao PIS e à Cofins nas faturas telefônicas”. A decisão se estendia, ainda, às faturas de energia elétrica, segundo o ministro Herman Benjamin, por analogia, sendo ilegal, portanto, a transferência do ônus financeiro relativo a ambos os tributos ao consumidor final do serviço de fornecimento de energia elétrica. Nesse sentido, pede-se vênia para colacionar a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. COBRANÇA DO PIS E DA COFINS NA FATURA TELEFÔNICA. ILEGITIMIDADE DA ANATEL. ACRÉSCIMO NA TARIFA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRÁTICA ABUSIVA CONFIGURADA. CDC. OFENSA. JUROS DE MORA. INAPLICABILIDADE DO ART. 167 DO CTN. NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. 1.[...]. 2. A ANATEL não tem legitimidade para figurar em ação que visa à devolução de valores acrescidos na fatura telefônica a título de repasse de PIS e COFINS. 3. É indevido o repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, por ausência de expressa e inequívoca previsão na lei. 4. Tarifa líquida é aquela que exclui os impostos e contribuições incidentes na operação individualmente considerada. 5. O PIS e a COFINS, nos termos da legislação tributária em vigor, não incidem sobre a operação individualizada de cada consumidor, mas sobre o faturamento global da empresa. 6. O fato de as receitas obtidas com a prestação do serviço integrarem a base de cálculo dessas contribuições – faturamento mensal – não pode ser confundido com a incidência desses tributos sobre cada uma das operações realizadas pela empresa. 7. Essas receitas também compõem a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social Sobre o Lucro, já que, após as deduções legais, constituirão o lucro da empresa. Nem por isso se defende que a parcela do IRPJ e da CSLL relativa a uma determinada prestação de serviço seja adicionada ao valor da tarifa. 8. Somente o ICMS, por expressa disposição legal, deve ser objeto de destaque e cobrança na fatura, repassando-se diretamente o ônus ao assinante. 9. O repasse indevido do PIS e da COFINS na fatura telefônica configura “prática abusiva” das concessionárias, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, pois viola os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, valendo-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor” (art. 39, IV, do CDC). 10. O acréscimo indevido na tarifa não tem natureza tributária, ainda que a concessionária afirme que se trata de mero repasse de tributos. Inaplicabilidade do art. 167 do CTN. 11. Recurso Especial não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1053778 / RS.RECURSO ESPECIAL 2008/0085668-8.Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. DJ: 09 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 08 set. 2011).

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.070 - RS 2010/0043631-6. Rel.: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 22 set. 2010. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>> acesso em: 09 set. 2011.

Superior pela legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica, do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS, devido pela concessionária.⁹⁶

Destacou o Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto, ainda, que a tese defendida pelos consumidores, e encampada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e pelo Ministério Público, partiria de um pressuposto equivocado: o de atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Observa o Ministro, que na relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor não existe relação tributária, em que os partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte, mas há relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias.⁹⁷

Para a maioria dos ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o valor integra os custos repassáveis legalmente para o usuário com a finalidade de manter a cláusula pétrea (imutável) das concessões, consistente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Demais disso, segundo os Ministros, o direito de informação previsto no Código de Defesa do Consumidor não seria violado pela falta de detalhamento dos custos do serviço, eis que as leis que normatizam as

⁹⁶ Decisão que abre precedentes para casos análogos, *in verbis*: “ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E PARA A COFINS. LEGITIMIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO, NO RESP 1.185.070/RS, MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE DE 27/09/2010, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. VIABILIDADE DA APLICAÇÃO, COMO PRECEDENTE EM JULGAMENTOS DE CASOS ANÁLOGOS, DO ACÓRDÃO QUE JULGA O RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, INDEPENDENTEMENTE DO SEU TRÂNSITO EM JULGADO. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. (AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no REsp 1194735 / RS.AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0090081-1. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 02 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>> acesso em: 09 set. 2011).

⁹⁷ Cf. REsp nº 1.185.070-RS, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22 de setembro 2010 e Informativo nº 0448 de set. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>> Acesso em: 09 set. 2011>

concessões (Lei n. 8.987/1995) e as telecomunicações (Lei n. 9.472/1997) são leis especiais em relação ao CDC e a ele se sobrepõem. De acordo com essas leis, é juridicamente possível o repasse de encargos que pressupõe alteração da tarifa em razão da criação ou extinção de tributos.⁹⁸

O ministro Fux, em seu voto, acrescenta que

todas as despesas correspondentes a tributos incidentes sobre as atividades necessárias à prestação dos serviços de telefonia estão necessariamente abrangidas nas tarifas, na medida em que o valor tarifário deve ser suficiente para assegurar o reembolso de despesas, compensado por meio da receita tarifária.⁹⁹

De qualquer maneira, evidencia-se que atualmente a carga tributária é um dos principais fatores que eleva a estrutura tarifária. Cite-se, a exemplo, os serviços de telefonia, em que, segundo pesquisas, uma tarifa de R\$ 40,37, sem impostos,

⁹⁸ Conforme entendimento anterior da Corte Superior, a inclusão desses tributos na conta telefônica não teria o condão de modificar a sujeição passiva tributária: é a concessionária o contribuinte de direito (tal como ocorre no ICMS). “Porém, é consabido que os fatos geradores e as bases de cálculo dos referidos tributos não guardam correspondência direta e imediata com a cobrança feita pela concessionária, não são devidos no momento da prestação dos serviços, nem têm como base de cálculo o valor de cada um deles. Essas prestações recebidas dos consumidores por força dos contratos ajuntam-se a outras receitas para compor o faturamento mensal da concessionária, esse, sim, a base de cálculo daquelas contribuições (art. 1º da Lei n. 10.637/2002 e art. 1º da Lei n. 10.833/2003). Anote-se que as razões do recurso especial não apontam nenhuma norma jurídica que autorize, de forma expressa e inequívoca, a cobrança adicional do PIS e da Cofins no período tarifário em questão. A alegação de que a tarifa homologada pela Anatel é “líquida” a excluir os impostos e contribuições sociais também não prospera, pois ela não poderia, em simples ato administrativo, alterar a sistemática de cálculo e a cobrança desses tributos, quanto mais se constatado que eles não incidem sobre cada operação individualizada, como já dito. Por último, vê-se que essa prática comercial de englobar o repasse desses tributos no valor da tarifa viola o art. 3º, IV, da LGT, enquanto consagrado o direito de o usuário ter a informação adequada: a concessionária sequer discrimina, na conta telefônica, esse adicional à tarifa legalmente estabelecida, o que impede o acesso do assinante à relevante informação de que está diretamente a suportar, sem previsão legal, o ônus financeiro do PIS e Cofins devidos pela prestadora. Essa prática, então, é abusiva (art. 39, *caput*, do CDC), a violar, de uma só vez, os microssistemas da legislação tributária, administrativa, de telecomunicações e de proteção ao consumidor. Por último, constata-se que não se está diante de repetição de indébito tributário a requerer a aplicação do art. 167 do CNT quanto aos juros de mora. Precedente citado: REsp 893.782-RS, DJ 3/4/2008. REsp 1.053.778-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma. julgado em 9/9/2008”.(PIS. COFINS. TELEFONIA FIXA. <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp> Informativo nº 0367 de set. 2008.

⁹⁹ RECURSO Repetitivo. STJ considera legítimo o repasse do PIS e Cofins nas tarifas telefônicas (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto...> Acesso em: 07 set. 2011.

eleva-se ao patamar de R\$ 75,00, com a carga tributária, ou seja, mais de 85% (R\$ 34,63) do valor da tarifa pertine à tributação.¹⁰⁰

Portanto, deve-se concluir que a fixação de uma estrutura tarifária socialmente desejável passa, necessariamente, por uma reforma tributária.

Até porque, as empresas privadas sujeitam-se às cláusulas contratuais, à observância dos direitos do usuário, à política tarifária e à obrigação de manter serviço adequado, e cabe ao Estado dar garantias aos investidores para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, fins de que possam dar condições à prestação do serviço adequado.¹⁰¹

O tributo não pode ser um fator de elevação do custo dos serviços públicos, como ocorre, pois devem ser prestados mediante remuneração mais módica possível.

2.4 Serviços Públicos Adequados *versus* Modicidade Tarifária

A Lei nº 8.987/95 determinou que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”, e define que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade,

¹⁰⁰ No mesmo sentido vale referir os serviços de energia elétrica, em que de uma tarifa no valor de R\$ 60,00, a cifra de R\$ 26,57 corresponde a tributos, ou seja, 80% do valor da tarifa consiste em tributos (O PESO dos Impostos. *Jornal NH*, Novo Hamburgo, 13 set. 2011, p. 3).

¹⁰¹ Cf. arts. 7º e 31 da Lei nº 8.987/1995. 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”; Art. 31. “Incumbe à concessionária: I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato”. Cite-se a exemplo, ainda, o art. 22, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a prestação do serviço público com qualidade: Art. 22. “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos; [...]”.

eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.¹⁰²

O direito ao serviço adequado sofre, inclusive, o controle da via judicial, pois guarda relação com a qualidade dos serviços prestados.

Sabe-se, contudo, que é frequente o conflito entre o interesse público e privado que surge da diferença entre o objetivo principal das empresas privadas, o lucro, e o do interesse público, o serviço adequado com tarifas módicas.

Nesse norte, não é demais reiterar que os negócios são feitos por meio de contratos, sendo que as leis e os regulamentos definem os limites para que esses contratos sejam válidos, logo os preços e as quantidades envolvidas nas negociações obedecem às restrições legais e contratuais.

A concessão de serviço público é um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a pessoa jurídica de direito privado a prestação de um serviço público, para que o execute por sua conta e risco, sendo assegurada a remuneração por meio de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Exige-se, ainda, modicidade tarifária.¹⁰³

¹⁰² Cf. art. 6º e §1º. Ainda, consoante o §2º do referido artigo: “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”, e o §3º acrescenta que “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”. Apesar de parte da doutrina entender que a interrupção do serviço seria uma forma de coação ao usuário do serviço público, baseado no aparente conflito entre a Lei das Concessões e o Código de Defesa do Consumidor, outra parte entende que tal dispositivo viria aportar a concessionária de meios para inibir a inadimplência, contribuindo para a modicidade tarifária, de interesse da coletividade. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a interrupção no fornecimento de serviços públicos deve preservar o núcleo dos direitos fundamentais - limitando-se, portanto, a afetar a prestação de serviços considerados não essenciais. Nesse sentido confira-se o EAg 1.050.470/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção. DJe 14.9.2010, em que se discutiu a questão sob a perspectiva do corte de energia elétrica.

¹⁰³ Segundo Di Pietro uma das características do contrato de concessão de serviço público “é a de produzir efeitos trilaterais: embora celebrado apenas entre o Poder Concedente e Concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros, estranhos à celebração do ajuste, e que são os usuários do serviço concedido”. *Apud*, CAPUTO, Geovane Anselmo Silveira; ROSELLI, Marcio Andrey. *ANEEL e a Prestação Adequada dos Serviços Públicos de Energia Elétrica*. Luziânia: UEG, 2008. Monografia

Mas é necessário cautela na aplicação da modicidade das tarifas, sob pena de inviabilizar a prestação adequada do serviço. Na estipulação da tarifa deve sempre ser considerada a eficiência na prestação do serviço, pois a ineficiência eleva a tarifa, onerando o usuário ou a coletividade (nos casos onde há subsídios públicos).¹⁰⁴

A tarifa deve ser a menor possível, mas suficiente para viabilizar a prestação adequada do serviço. Se ainda assim, ela for excessivamente onerosa aos usuários, deve o Poder Público promover novas fontes de receita para o custeio de tais serviços.¹⁰⁵

Esse financiamento pelo Poder Público, através da promoção de novas receitas, está ligado ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Para que se atinja a modicidade tarifária sem prejudicar a prestação do serviço, é necessária a remuneração do concessionário pelo Poder Público, para que assim, se estabeleçam as condições necessárias para a prestação adequada do serviço, sem onerar excessivamente o usuário.¹⁰⁶

Há de se considerar, também, que a definição das tarifas atinge grupos antagônicos de interesses. Assim, cabe tanto ao Estado quanto aos órgãos reguladores gerenciar este conflito de interesses, para estabelecer os níveis de preços de modo que, de um lado, não gere lucros excedentes e, de outro,

(PósGraduação *Latu Sensu* em Gestão Pública), Universidade Estadual de Goiás, 2008. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_Geovane_Marcio.pdf> Acesso em: 22 ago. 2011.

¹⁰⁴ MACHADO, Maurício Castilho. A tarifa nas concessões de serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2293, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13673>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

¹⁰⁵ Conforme dispõe a Lei das Concessões, estão previstas, como meio de remuneração do concessionário, além da “tarifa”, outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a oferecer a modicidade das tarifas.

¹⁰⁶ MACHADO, Maurício Castilho. A tarifa nas concessões de serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2293, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13673>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

estabeleça uma estrutura de preços que garanta o equilíbrio entre oferta e demanda.¹⁰⁷

2.4.1 As Tarifas sob a Influência do Código de Defesa do Consumidor

Consoante já referido, os serviços públicos remunerados por taxas encerram uma relação tributária em que o contribuinte é submetido ao poder de império do Estado. Já os serviços remunerados por tarifas (*uti singuli*) se referem a relações consumeristas baseadas na liberdade e na vontade de contratar. A legislação aplicada neste caso é o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com a inversão do ônus da prova.¹⁰⁸

Portanto, com a privatização dos serviços públicos essenciais abriu-se a discussão a respeito da cobrança das tarifas, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do PIS/COFINS, questão já analisada, e de “tarifas” de consumação mínima, de manutenção, de disponibilidade, etc.

E em que pese os serviços públicos devam ser remunerados de forma apropriada, através das tarifas, conforme exposto, o usuário tem o dever de pagar apenas o consumo efetivo. Dessa maneira, a instituição de “tarifa mínima”, gerou discussão, em face do Código consumerista, ao argumento de ser cláusula abusiva, vez que impõe ao usuário uma contraprestação desproporcional.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MENDES, Thays Cristina Ferreira. Dos princípios da modicidade tarifária e da continuidade do serviço público. Considerações acerca do estabelecimento de tarifas para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2725, 17 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18050>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

¹⁰⁸ Cf. art. 6, VIII do CDC.

¹⁰⁹ Dispõe o CDC: Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...); IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...); § 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (...); III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso..

A ANEEL, em sua Cartilha, informa que

mesmo se o consumidor não usa a energia elétrica por um determinado período, quando viaja de férias, por exemplo, a distribuidora cobra o valor mínimo na fatura. Isso ocorre porque a empresa tem que manter seu sistema elétrico e sua estrutura de atendimento em perfeito funcionamento para que o consumidor possa utilizar a energia no momento em que desejar. Ou seja, mesmo que o interruptor não seja acionado, deve ser mantida em estado de prontidão toda a rede elétrica para atendimento à unidade consumidora. É o chamado custo de disponibilidade, presente nas tarifas aplicáveis ao faturamento de unidades consumidoras atendidas em baixa tensão de fornecimento.¹¹⁰

Prossegue, conforme sua Resolução 456/2000, que

estabeleceu os valores mínimos para cada perfil de unidade consumidora residencial. Para as unidades monofásicas* e bifásicas com dois condutores, o valor em moeda corrente será o equivalente a 30 kWh, mesmo que não haja consumo. Para as unidades bifásicas* a cobrança mínima será equivalente a 50 kWh, e para as unidades trifásicas* o valor corresponderá a 100 kWh. Para que esse valor não seja cobrado, o consumidor tem a opção de solicitar à concessionária o desligamento da sua unidade consumidora da rede de distribuição. Entretanto, quando decidir restabelecer o consumo de energia, terá que pagar uma taxa para a execução do religamento da rede.¹¹¹

Em face da questão, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de “admitir a cobrança da taxa de água pelo consumo mínimo presumido”, o que se aplica a situações análogas.¹¹²

No entanto, também possui firme jurisprudência no sentido de ser ilícita a cobrança de tarifas por serviço que não foi prestado pela concessionária de serviço público. Em razão disso, determina que os valores indevidamente cobrados do usuário devam ser restituídos em dobro, conforme disposição do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹³

¹¹⁰ Cf. Cartilha da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Catilha_1p_atual.pdf> Acesso em: 13 set. 2011.

¹¹¹ Idem, ibidem.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Resp 648.248/PB. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ: 06 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 07 set. 2011.

¹¹³ Cf. precedentes: AgRg no REsp 1119647/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04/03/2010; AgRg no REsp 1117014/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe

Vedada, ainda, a cobrança de “tarifa” por emissão de fatura ou boleto, pois é o fornecedor quem deve arcar com os custos da cobrança.¹¹⁴

Os variados mecanismos utilizados para cobrar “tarifas” ilegais constituem o delito de cobrança abusiva, nos termos do artigo 71 e 42 do Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao usuário lesado a repetição do indébito, em dobro, consoante reza o artigo 42, parágrafo único, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor impõe aos fornecedores de serviços, dentre outros, o dever de informação prévia e suficiente da prestação do serviço, para que possa exigir do consumidor o pagamento do mesmo. É direito do consumidor, ainda, ser informado, na fatura, do percentual de reajuste da tarifa e data de início de sua vigência, eis que lhe assiste o direito básico de obter “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, característica, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.¹¹⁵

A ofensa ao princípio da informação e ao da livre escolha do consumidor ocorre quando há prestação de serviço não solicitado (art. 39, III do CDC), a exemplo da inserção de serviços adicionais, sem prévia solicitação do consumidor. Nesse caso, a tarifa não pode ser cobrada, pois é considerada como “amostra grátis”.¹¹⁶

19/02/2010; REsp 821.634/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ: 23/04/2008; REsp 817.733/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ: 25/05/2007.

¹¹⁴ Cf. art. 51, XII, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido a jurisprudência do e. STJ: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. LEGITIMIDADE. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA SOB EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO.[...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 794752 / MA Recurso Especial 2005/0182889-0. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 16/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 07 set. 2011).

¹¹⁵ Cf art.6º, III, do CDCr.

¹¹⁶ Nos termos do art. 39, parágrafo único doCDC.

O contrato entre o fornecedor de serviços e o consumidor se dá, via de regra, através de contratos padronizados (de adesão), apresentados pelo fornecedor ao consumidor, sem que este tenha o poder de discutir e alterar suas cláusulas.¹¹⁷

Caio Mário da Silva Pereira, a respeito dos contratos, leciona que:

Todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar estas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano de desequilíbrio não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica, e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício.¹¹⁸

A dimensão das cobranças indevidas ou ilegais de tarifas assume dimensão maior quando ultrapassa a esfera da lesão individual. Daí a tutela coletiva, disciplinada nos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a defesa dos direitos difusos (cujos titulares são indeterminados), os coletivos (cujo titular é um grupo ou categoria) e os individuais homogêneos (os de origem comum).

Cláudia Lima Marques assegura que:

À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes. Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autoremulem suas relações será reduzido por *normas imperativas*, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o *interesse social*. Haverá um *intervencionismo* cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas assim como o direito de

¹¹⁷ Cf. art. 54, *caput* do CDC.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III, 10 ed. Forense, 2006, p. 98.

propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua *função social*.¹¹⁹

Arnaldo Rizzardo, por sua vez, ressalta que após as alterações decorrentes da Lei 8.078/90 - dispendo sobre a proteção do consumidor – e da Lei 10.406/02, que instituiu o Código Civil, o contrato passou a subordinar-se a uma função social, impondo o interesse público sobre o interesse privado. Segundo o Autor, a função social do contrato passou a exercer uma função limitadora em relação à autonomia da vontade.¹²⁰

¹¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995, p. 93.

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto, Função social do contrato: primeiras anotações. In: *Revista de Direito Mercantil*, n. 132, 2003, p. 21.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a fixação de estruturas tarifárias socialmente desejáveis. Para tanto, esclareceu que o serviço público corresponde a toda atividade desempenhada direta ou indiretamente pelo Estado, objetivando suprir as necessidades essenciais do cidadão, da coletividade ou do próprio Estado.

Pode ser prestado de forma centralizada, pelo próprio Poder Público; de forma desconcentrada, por órgãos do Poder Público; e de forma descentralizada, prestada por terceiros para os quais o Estado transfere a possibilidade de execução, seja por outorga ou por delegação, através de contratos de concessão, permissão, parceria, etc.

Os serviços universais (*uti universi*) são remunerados de forma coercitiva, por taxa (tributo), dado a impossibilidade de mensuração e aferição do aproveitamento individual, o que não ocorre com os serviços específicos e divisíveis (*uti singuli*), que são remunerados voluntariamente por tarifas, se e quando forem utilizados pelos usuários.

Observou-se que o processo de desestatização das empresas públicas, por meio de concessões e permissões, e a criação de um modelo regulatório fizeram surgir as Agências Reguladoras, órgãos independentes, responsáveis por zelar pela regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade tarifária dos serviços públicos. Cabe-lhes, ainda, fiscalizar e regular o comportamento de mercado de tais empresas, eis que, normalmente, não apresentam a pressão normal das situações concorrenciais.

No entanto, apesar da autonomia de decisão e ausência de subordinação hierárquica, a discricionariedade das Agências não é ilimitada. Dessa forma, seus

atos administrativos, ao extrapolarem os limites impostos pelo sistema jurídico, passam pelo crivo do Poder Judiciário.

Os serviços tarifados também encerram uma relação de consumo, regidos, portanto, pelo Código de Defesa do Consumidor que veda as práticas abusivas.

Viu-se, pois, que as exigências do mercado pedem uma nova forma de agir. A sociedade moderna está mais consciente de seus direitos, e os cobra das empresas, que por sua vez devem avaliar suas condutas em prol de uma justiça social e de um desenvolvimento sustentável ditado pelo Estado, que igualmente cobra a necessidade de uma responsabilidade social das empresas.

De outra banda, há, por parte dos consumidores, uma capacidade de pagamento tarifário próxima de seus limites econômicos, devendo ser reavaliada, portanto, a capacidade das empresas em atuar de forma mais efetiva em sua estrutura de custos, o que passa, invariavelmente, pelo controle da legalidade, da probidade administrativa e da eficiência técnica.

Isto porque, para a estipulação de tarifas são analisados diversos interesses conflitantes que se submetem à apreciação administrativa. O montante da tarifa cobrada é resultado das opções administrativas acerca da condução dos diversos serviços públicos.

Nesse viés, evidencia-se que diante das inúmeras ações judiciais, na seara consumerista, os empresários devem repensar seus atos, notadamente em atenção ao princípio da boa-fé contratual, uma vez que diz respeito à transparência e à confiança, diminuindo custos, facilitando e estimulando o fluxo das relações econômicas. O tempo demonstra que a absorção dos efeitos da interferência judicial se torna, muitas vezes, mais complicado e prejudicial, senão às próprias partes, a toda a sociedade.

É importante, assim, o aperfeiçoamento do contrato, pois o custo decorrente das ilegalidades, invariavelmente, se reflete em custo tarifário, demonstrando que é imprescindível a melhoria da eficiência operacional, administrativa e gerencial, fins de fixar ou manter uma estrutura tarifária em patamar socialmente desejável.

Há de se referir, por outro lado, que diante dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, cumpre concluir que nos contratos de concessão de serviço público a função social encontra-se na boa e efetiva realização do serviço. Desse modo, em não havendo correta remuneração, a própria oferta eficiente do serviço restará comprometida, violando a função social do contrato em sua essência.

Todo esse novo contexto econômico, social, cultural e político justificam a incessante busca por perspectivas positivas. Muitas soluções e também muitos problemas são apontados, vez que o Estado de Direito deve proteger, não apenas os direitos fundamentais, políticos e sociais, mas, também, os econômicos, pois dão suporte aos demais.

Portanto, há de se considerar que uma estrutura tarifária socialmente desejável deve coadunar tanto os interesses dos usuários dos serviços, sendo economicamente acessível, quanto os anseios das empresas delegatárias, de forma a abranger os custos operacionais com certa margem de lucro, propiciando incentivo e investimento em melhorias, sob pena, inclusive, de inviabilidade da prestação dos mesmos.

Nesse passo, não se pode ignorar o modo de produção capitalista e a persecução do lucro, onde o estabelecimento de tarifas mínimas nem sempre atende aos princípios da eficiência e da qualidade na prestação do serviço público.

Portanto, a concessionária pode e deve fixar seus preços de forma a atingir lucro, que não deverá se sobrepor, todavia, ao dever de prestação do serviço com eficiência, continuidade e investimentos em sua melhoria, cabendo ao Estado amortizar eventuais prejuízos que a empresa vier a sofrer, subsidiá-la ou mesmo intervir, se necessário.

Depreendeu-se, ainda, que de acordo com a legislação, a outorga de concessão ou permissão não possui caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada. Dessa forma, a concorrência entre empresas na prestação do serviço se mostra positiva e favorável ao consumidor, uma vez que aumenta a eficiência e diminui o valor da tarifa.

E nessa senda é fundamental o papel das agências reguladoras, eis que, na condição de integrantes da Administração Federal Indireta, e submetidas a regime autárquico especial, possuem a função de regulamentar, fiscalizar e controlar a prestação dos serviços públicos praticados pela iniciativa privada, para o qual foram criadas, fins de assegurar a continuidade, eficiência, regularidade, modicidade tarifária, etc..

Por fim, viu-se que a intervenção do Estado na fixação de tarifas é intensa, o que se dá, inclusive, com a tributação, pois ao concessionário não é aplicável a imunidade tarifária. E nessa senda, evidencia-se que uma carga tributária que chega a alcançar índices acima de 85% do valor da tarifa, por certo, deve ser considerado o maior fator que eleva a estrutura tarifária dos serviços públicos. Dessa maneira, conclui-se que uma estrutura tarifária socialmente desejável passa, necessariamente, por uma reforma tributária.

OBRAS CONSULTADAS

AGÊNCIAS reguladoras. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras-fiscalizam-a-qualidade-dos-servicos>> Acesso em: 19 jul. 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2001, Ed. Renovar.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> acesso em: 20 jun. 2011.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> acesso em: 20 jun. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2007.011818-8. Rel. Des. Jaime Ramos. DJ: 24 abril 2007. Disponível em: <<http://www.tjsc.gov.br>> Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 973686/PR. Recurso Especial 2007/0183785-0. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins. DJ: 15 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 19 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SS 1.424/RJ. Relator(a): Ministro Edson Vidigal: DJ: 01 Fev. 2005. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> acesso em: 20 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 870429 RJ 2007/0036627-4. Relator(a): Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma :DJ 07. Fev. 2008. REsp 759.362/RJ. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Eliana

Calmon. Julgado em 29 jun. 2006. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> acesso em: 20 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.070 - RS (2010/0043631-6. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 22 set. 2010. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>> acesso em: 09 set. 2011

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70027491885, Vigésima Câmara Cível. Rel.: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 11 mar. 2009. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>> acesso em: 20 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.778/RS. Segunda Turma Relator: Min. Herman Benjamin: DJ 09.set.2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> acesso em: 20 ago. 2011.

CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva, *Considerações Sobre o Projeto de Parceria Público-Privada (PPP) em Face da Experiência Recente do Brasil*, Brasília: IPEA, 2004.

CAPUTO, Geovane Anselmo Silveira; ROSELLI, Marcio Andrey. *ANEEL e a Prestação Adequada dos Serviços Públicos de Energia Elétrica*. Luziânia: UEG, 2008. Monografia (PósGraduação *Latu Sensu* em Gestão Pública, Universidade Estadual de Goiás, 2008. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_...> Acesso em: 22 ago. 2011.

CATÃO, Adualdo de Lima. O serviço público no Direito brasileiro. Breves comentários acerca de sua natureza jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2606>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Paula Fernanda Silva. O controle jurisdicional do ato político. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 67, 1 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4371>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

GOMES DE MATOS, Mauro Roberto. O conselho administrativo de defesa econômica e o contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, Julho a Setembro/2001.

GREMAUD, Amaury Patrick. [et al]. PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de, organizadores. *Manual de Economia*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, Maurício Castilho. A tarifa nas concessões de serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2293, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13673>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENEZES, Rafael. *Importância do Direito Privado apesar da Publicização do Direito*. Disponível em: <<http://www.rafaeldemenezes.adv.br/artigos/aimport.htm>> Acesso em: 28 jan. de 2011.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. Dos princípios da modicidade tarifária e da continuidade do serviço público. Considerações acerca do estabelecimento de tarifas para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2725, 17 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18050>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

MONOPÓLIO. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Monop%C3%B3lio>> Acesso em: 20 ago. 2011.

MOREIRA NETO, D.F.M. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2005.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

O PESO dos Impostos. *Jornal NH*, Novo Hamburgo, 13 set. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III, 10 ed. Forense, 2006.

PIRES, José Claudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. Modelos de Regulação Tarifária do Setor Elétrico. Disponível em: <<http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes> > Acesso em: 12 ago. 2011.

POSSAS, M., Pondé, J., Fagundes, J. Regulação da concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual. In: *Infra-estrutura - perspectivas de reorganização*. IPEA, 1997.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESUMO Extraído de Enciclopédias Projeto Renasce Brasil. *O que é Concorrência, Monopólio e Oligopólio*. <Disponível em: http://www.renascebrasil.com.br/f_concorrencia2.htm> Acesso em: 05 set. 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Função social do contrato: primeiras anotações. In: *Revista de Direito Mercantil*, n. 132, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TIPOS Especiais de Contratos. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/contratospdf>> Acesso em: 05 fev. 2011.