

ano 22 – n. 89 | julho/setembro – 2022

Belo Horizonte | p. 1-286 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i88

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

**FORUM**

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral

ISSN impresso 1516-3210

ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

### Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

#### Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

#### Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

#### Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

#### Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

#### Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

#### Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

#### Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

# Aspectos controvertidos da concessão de rodovias

## *Controversial aspects of highway concessions*

**Ricardo Marcondes Martins\***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)  
ricmarconde@uol.com.br

**Recebido/Received:** 14.03.2022/March 14th, 2022.

**Aprovado/Approved:** 10.08.2022/August 10th, 2022.

---

**Resumo:** Neste estudo, examinaram-se aspectos controvertidos da concessão de rodovias. Estas consistem em ativos públicos: bens públicos afetados à atividade de infraestrutura. A concessão de rodovia consiste em uma realização indireta da atividade de infraestrutura. Há que se diferenciar o transporte rodoviário, que pode configurar, a depender do caso, serviço público ou atividade econômica, da atividade de infraestrutura rodoviária. Tanto o serviço público como a atividade de infraestrutura podem ser concedidos ao particular. Ao contrário do que ocorre com os serviços públicos, porém, a atividade de infraestrutura pode ser, regra geral, tanto concedida como contratada. A realização de parcerias público-privadas para realização da atividade de infraestrutura de rodovias é inconstitucional. A atividade de infraestrutura só pode ser delegada a outra entidade federativa nos estritos limites da cooperação federativa e pela forma do consórcio administrativo. A gestão consorciada de infraestrutura configura típica concessão imprópria.

**Palavras-chave:** Concessão de serviço público. Concessão de infraestrutura. Serviços rodoviários. Atividade de infraestrutura de rodovias. Gestão consorciada de infraestrutura de rodovias.

**Abstract:** This study examined controversial aspects of highway concessions. These consist of public assets: public goods allocated to the infrastructure activity. Highway concessions are an indirect way of performing infrastructure activities. One must differentiate road transport, which may be, depending on the case, a public service or economic activity, from the road infrastructure activity. Both public service and infrastructure activity can be granted to private parties. Unlike what happens with public services, however, infrastructure activity can generally be either granted or contracted. The execution of public-private partnerships for the performance of highway infrastructure activity is unconstitutional.

---

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da concessão de rodovias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 171-190, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1597.

\* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. *E-mail:* ricmarconde@uol.com.br.

The infrastructure activity can only be delegated to another federative entity within the strict limits of federative cooperation and by the form of administrative consortium. The consortium management of infrastructure configures a typical improper concession.

**Keywords:** Public service concession. Infrastructure concession. Highway services. Highway infrastructure activity. Consortium management of highway infrastructure.

**Sumário:** **1** Introito – **2** Serviço público, atividade econômica e atividade de infraestrutura – **3** Contratação x concessão – **4** Concessão de serviço de transporte x concessão rodoviária – **5** Contratação de atividade rodoviária – **6** Convênios de delegação – **7** Conclusões – Referências

---

## 1 Introito

Pretende-se neste estudo examinar algumas questões controversas sobre a *concessão de rodovias*. O tema exige cuidadosa elucidação conceitual. Nos termos do Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal nº 9.503/97), as vias terrestres abertas à circulação classificam-se em urbanas e rurais (art. 2º, *caput*, e art. 60); e as *rodovias* são classificadas como *vias rurais* (art. 60, II, “a”). As vias terrestres e, dentre elas, as rodovias não são apenas *bens públicos*, mas *ativos públicos*: bens públicos de uso especial afetados à *atividade de infraestrutura*.<sup>1</sup> Essa atividade compreende a provisão, manutenção e operação de ativos públicos.<sup>2</sup> O poder público pode realizar a atividade de infraestrutura direta ou indiretamente: *diretamente*, quando se vale de seus próprios órgãos – suponha-se uma rodovia construída, mantida ou operada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), órgão do Ministério da Infraestrutura – ou de seus entes administrativos – suponha-se uma rodovia construída, mantida ou operada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), autarquia federal criada pela Lei nº 10.233/01 –; *indiretamente*, quando o poder público realiza uma parceria (em sentido amplo) com o particular. A concessão de rodovia consiste em uma forma de prestação *indireta* de atividade de infraestrutura.

A concessão de rodovia exige, primeiro, diferenciar os serviços públicos e as atividades econômicas relacionados às rodovias das atividades de infraestrutura de rodovia. Fixada essa diferenciação, impõe-se dissociar a “concessão de rodovias” da “contratação de rodovias” e, após, explicitar as restrições que a Constituição impõe a ambas. Nesse tema, percebe-se nitidamente a sobreposição dos interesses econômicos ao respeito à Constituição. A comunidade jurídica, em geral, vem fechando os olhos para as restrições constitucionais à prestação indireta da atividade de infraestrutura.

---

<sup>1</sup> Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo de infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 76.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 71.

## 2 Serviço público, atividade econômica e atividade de infraestrutura

Serviço público é toda atividade material, titularizada pelo Estado, de fornecimento de comodidades de fruição singular, cuja submissão ao direito público seja necessária, imprescindível ou, ao menos, de extraordinária utilidade à coletividade.<sup>3</sup> A *titularidade estatal* pressupõe a *publicatio*, ou seja, a prévia existência de uma regra jurídica que defina a prestação como de incumbência estatal.<sup>4</sup> A titularidade da União exige expressa previsão na Constituição Federal, a titularidade do Estado exige expressa previsão na Constituição Federal ou Estadual, e a titularidade municipal exige expressa previsão na Constituição Federal ou na Lei Orgânica do Município.<sup>5</sup>

Os serviços de transporte rodoviário – de passageiros ou não, coletivos ou individuais – que ultrapassem os limites do território dos estados (interestadual) ou do território nacional (internacional) são, nos termos da letra “e” do inciso XII do art. 21 da CF/88, *serviços públicos federais*. Os serviços de transporte rodoviário – de passageiros ou não, coletivos ou individuais – que ultrapassem os limites do território do município (intermunicipais), mas não ultrapassem os limites do território do estado (intraestadual), são serviços públicos estaduais apenas quando previstos na Constituição Estadual. Na falta de norma constitucional estadual expressa, são atividades econômicas. Os serviços de transporte coletivo de passageiros que não ultrapassem os limites do território do município (intramunicipal) são serviços públicos municipais, nos termos do inciso V do art. 30 da CF/88. Os serviços de transporte individual de passageiros e os serviços de transporte de bens que não ultrapassem os limites do território do município (intramunicipal) são serviços públicos municipais apenas se previstos na Lei Orgânica do Município. Na falta de norma orgânica municipal expressa, são atividades econômicas.<sup>6</sup> Dito isso, há que se diferenciarem, em relação ao *transporte rodoviário*, cinco situações:

- a) serviços públicos *federais*: transporte rodoviário que ultrapasse os limites do território dos estados (interestadual) ou do território nacional (internacional) – CF/88, art. 21, XII, “e”;
- b) serviços públicos *municipais*: transporte rodoviário coletivo de passageiros que não ultrapasse o território dos municípios (intramunicipal) – CF/88, art. 30, V;

<sup>3</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 200-212.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 283.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 212-217.

<sup>6</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da mobilidade urbana. *Revista Brasileira de Infraestrutura (RBNF)*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 11-29, jan./jun. 2018, p. 23-25.

- c) serviços públicos *estaduais*: transporte rodoviário que ultrapasse os limites do território do município (intermunicipal), mas não ultrapasse os limites do território do estado (intraestadual) – caso haja previsão na Constituição Estadual;
- d) serviços públicos *municipais*: transporte rodoviário individual de passageiros e transporte de bens que não ultrapassem os limites do território do município (intramunicipal) – caso haja previsão na Lei Orgânica do Município;
- e) *atividades econômicas*: transporte rodoviário intermunicipal – não previsto como serviço público na Constituição do Estado –, transporte individual intramunicipal de passageiros e transporte de bens intramunicipal – não previstos como serviços públicos na Lei Orgânica do Município.

Tanto os *serviços públicos* como as *atividades econômicas* e as *atividades de infraestrutura* são *atividades materiais*, e não exercício de *função pública*: consistem na realização de atividades como o fornecimento de comodidades ou utilidades – no caso dos serviços públicos e atividades econômicas – ou a provisão, manutenção ou operação de ativos – no caso das atividades de infraestrutura. Função pública, ao revés, consiste na imputação de consequências jurídicas a certas hipóteses ou, noutras palavras, qualificação de certas situações como proibidas, obrigatórias ou permitidas. Os conceitos assinalam regimes jurídicos diferentes: regra geral, a função pública é intransmissível, só pode ser delegada quando houver autorização constitucional; ao revés, tanto os serviços públicos como as atividades de infraestrutura podem ser, regra geral, outorgados aos particulares.<sup>7</sup> A palavra “delegação” é uma palavra técnica, utilizada pelo Constituinte apenas para transmissão do exercício de função pública.<sup>8</sup>

Sem embargo, as diferenças entre eles são significativas. Ao contrário dos *serviços públicos* e das *atividades de infraestrutura*, as *atividades econômicas* são, regra geral, *atividades privadas*; podem ser livremente exploradas pelos particulares, sem qualquer necessidade de outorga estatal. Como regra, o Estado é proibido de explorá-la: só pode fazê-lo nos casos expressamente discriminados no art. 177 da CF/88 – em regime de monopólio – ou nos casos legalmente previstos para atender aos imperativos de segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo – em

<sup>7</sup> Sobre a diferença entre serviço público e função pública, vide: MARCONDES, Ricardo. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 201-203.

<sup>8</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles, a *transferência da titularidade* de um serviço público era *outorgada* por lei e poderia ocorrer para autarquias, fundações ou empresas estatais; já a transferência da execução do serviço era feita por delegação, seja por concessão, permissão ou autorização. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 333. Essa tiragem foi publicada em vida do autor e após a promulgação da Constituição vigente; contudo, é claramente incompatível com a linguagem utilizada pelo Constituinte de 1988. Por um lado, o art. 175, *caput*, da CF/88 utiliza a palavra “outorga” para se referir à transferência de execução material, e não de titularidade. Por outro, o art. 236 da CF/88 utiliza a palavra “delegação” para se referir à transmissão do exercício de função pública.

regime de concorrência com os particulares. Assim, podem os particulares explorar as atividades econômicas sem necessidade de outorga ou contratação.<sup>9</sup>

É possível que a Constituição Federal – para o território nacional –, a Constituição Estadual – para o território do estado – ou a Lei Orgânica Municipal – para o território do município – qualifique certa atividade econômica como uma atividade privada sob regime especial, sujeita à regulação estatal excepcional, de modo que passe a ser lícito condicionar sua exploração à prévia autorização administrativa. Apenas a título de exemplo, é o que fez o município de São Paulo com os táxis (transporte público individual de passageiros): qualificou-os não como serviços públicos, mas como atividades privadas sob regime especial. Na falta dessa previsão, a exploração privada da atividade econômica é admitida sem qualquer controle administrativo. Tudo é diferente em relação aos serviços públicos e às atividades de infraestrutura, que necessitam de expressa outorga ou contratação administrativas – com as ressalvas a seguir expostas.

Por outro lado, serviços públicos e atividades de infraestrutura são atividades materiais públicas, mas inconfundíveis: serviços públicos são atividades *uti singuli*, atividades de infraestrutura são *uti universi*.<sup>10</sup> Deveras: os serviços públicos exigem uma relação específica entre o prestador e o usuário, e o exigem porque o Constituinte estabeleceu que, regra geral, eles sempre são passíveis de outorga por concessão ou permissão. Estas, nos termos adiante explicados, exigem uma relação de prestação, de modo que seja possível a remuneração pela própria exploração, em geral por meio da cobrança de tarifas dos usuários. Nas atividades de infraestrutura – de provisão, manutenção e operação de ativos –, inexistente essa especificidade inerente à relação concreta de prestação. Ao invés da figura do *usuário*, na atividade de infraestrutura configura-se a figura do *beneficiário* do ativo.<sup>11</sup> Posto isso, construção, manutenção e operação de rodovias não são serviços públicos, mas atividades de infraestrutura.

### 3 Contratação x concessão

Estabelecidas, ainda que brevemente, as diferenças entre serviço público, atividade de infraestrutura e atividade econômica, faz-se mister diferenciar a *contratação* administrativa da *concessão*. A expressão “contrato de concessão”

<sup>9</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 175 *et seq.*

<sup>10</sup> Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo de infraestrutura*, *op. cit.*, p. 27 *et seq.* O incluído administrativista considera que são inerentes aos serviços públicos tanto a *especificidade* como a *divisibilidade* (*idem*, p. 78). Sem desprestigá-lo, em relação à divisibilidade, discorda-se. O direito brasileiro é mais exigente para cobrança de taxa do que para cobrança de tarifas: só a primeira exige a divisibilidade, quantificação exata do custo do serviço em relação ao usuário. Cf. MARTINS, *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, *op. cit.*, p. 206-209.

<sup>11</sup> Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo de infraestrutura*, *op. cit.*, p. 89.

revela ou um equívoco conceitual, ou uma metonímia, mais precisamente, uma sinédoque.<sup>12</sup> Nos termos elucidados por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a concessão de serviço público envolve uma realidade complexa abrangente de um ato unilateral – editado pelo concedente, que fixa o regime da prestação –, um ato-condição – editado pelo concessionário, que aceita se submeter ao regime unilateralmente estabelecido pelo concedente – e um contrato adjeto – editado tanto pelo concedente como pelo concessionário, em que este estabelece o quanto exige receber para realizar a atividade administrativa.<sup>13</sup> Quer dizer, só uma parte bem restrita teria natureza “contratual”: a referente ao que o concessionário exigiu receber para realizar a atividade. Em rigor, o que se chama de “contrato administrativo” não passa de um ato administrativo bilateral.<sup>14</sup> Então, com mais precisão, a concessão é uma realidade complexa que envolve um ato unilateral, um ato-condição e um ato bilateral.<sup>15</sup> As diferenças entre a concessão e o “contrato administrativo”, porém, são mais profundas.

O motivo da concessão é a impossibilidade de o Estado arcar com os custos necessários para instalar a infraestrutura necessária à prestação do serviço público. Em decorrência da falta de recursos, erigiu-se a teoria da concessão: o Estado transfere a prestação a um particular para que este realize os investimentos necessários. Como o motivo é a falta de recursos, quem paga o concessionário não é o Estado. Daí o *núcleo essencial* do conceito de concessão: a remuneração dá-se pela própria exploração do serviço.<sup>16</sup> A concessão deve durar o tempo necessário à

<sup>12</sup> Sinédoque é a substituição de um termo por outro, em que os sentidos dos termos têm uma relação de extensão desigual. Cf. GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003. p. 25. José Luiz Fiorin explica que a sinédoque é um tipo de metonímia em que a relação de contiguidade é do tipo *pars pro todo* (parte pelo todo) (*Figuras de retórica*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 38).

<sup>13</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 403-442, jan./mar. 2020, p. 439-442.

<sup>14</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 374 *et seq.*

<sup>15</sup> Cf. MARTINS, *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>16</sup> Esse núcleo essencial era tranquilamente admitido pela doutrina, tanto pela estrangeira como pela brasileira. Francis-Paul Bénéoit, por todos, explica: “*Le trait essentiel de la concession est qu'elle ne paraît logiquement concevable que pour des activités rentables. Le concessionnaire supportant en principe tout ou partie des dépenses d'investissement ainsi que les dépenses de fonctionnement, doit pouvoir rémunérer le capital investi, procéder aux amortissements, récupérer les frais de fonctionnement en personnel et matériel, et rémunérer son propre travail. L'objet des taxes qu'il perçoit sur les usagers est précisément de lui permettre de procéder à toutes ces opérations. Il convient donc que le montant des taxes puisse être établi à un niveau tel qu'elles soient à même de remplir cet objet. Il n'en est ainsi que si l'activité du service est rentable au sens économique du terme : l'usager doit rémunérer le capital et les hommes nécessaires au service*” (BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. §1560. Paris: Dalloz, 1968. p. 822). No direito brasileiro, no mesmo sentido, afirmava Celso Antônio Bandeira de Mello, antes da Constituição de 1988: “Entende-se por concessão de serviço público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia de um



remuneração do concessionário, incluídos o pagamento de seu lucro e a amortização dos investimentos. Ao final, estes estarão amortizados, de modo que a infraestrutura se reverte ao poder público, que passa a ter condições de prestar o serviço. A prestação direta dá-se sem intuito de lucro e, por isso, é, conceitualmente, menos onerosa do que a prestação indireta. Eis, em linhas gerais, as bases teóricas da teoria da concessão.<sup>17</sup> Em decorrência dessas bases, a concessão gera três relações jurídicas: a *relação de concessão*, entre concedente e concessionário; a *relação de garantia*, entre concedente e usuário; e a *relação de prestação*, entre concessionário e usuário.<sup>18</sup> Perceba-se: na concessão, configura-se uma relação autônoma entre o concessionário e o usuário, pois a remuneração do concessionário dá-se pela própria exploração do serviço, regra geral, por meio de cobrança de tarifas. Quem cobra as tarifas do usuário é o concessionário.

Tudo é diferente no “contrato administrativo”. Quem remunera o contratado é a administração pública, e não a exploração do serviço, de modo que o contrato gera apenas uma relação jurídica: entre administração (contratante) e administrado (contratado). Há outra relação que não decorre do contrato, entre a administração e o destinatário da atividade administrativa (usuário ou beneficiário). No contrato, ao revés, inexistente relação autônoma entre o contratado da administração e o destinatário da atividade (o usuário ou beneficiário).<sup>19</sup> E é coerente que não haja: a remuneração do contratado não decorre da cobrança, por parte deste, de tarifas do usuário, mas da contraprestação paga pela contratante.

Perceba-se, pois, que a diferença conceitual entre concessão e contrato é juridicamente relevante. Vários são os desdobramentos jurídicos dessa diferença. Em relação à concessão, como a remuneração decorre da exploração da atividade, há uma desvinculação, como regra, entre a duração do ajuste e a vigência da lei orçamentária. Por isso, é inerente ao regime da concessão que sua duração ultrapasse o exercício financeiro; aliás, como é necessário amortizar todos os investimentos e, simultaneamente, cobrar uma tarifa mais módica possível, de modo a não inviabilizar o acesso ao serviço, como regra as concessões estendem-se por dez, vinte, trinta anos.<sup>20</sup> Tudo muda em relação aos contratos administrativos. Como a remuneração decorre de dotações orçamentárias, a duração do contrato fica

---

equilíbrio econômico-financeiro” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 35, grifos nossos).

<sup>17</sup> Cf. MARTINS, *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 221-224.

<sup>18</sup> As três relações, com essas denominações, foram objeto da excelente monografia de ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teorias das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103 et seq. Em sentido próximo: MARTINS, *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 224.

<sup>19</sup> É o que observa, com argúcia, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 679, rodapé 4.

<sup>20</sup> Por todos, afirma Antônio Carlos Cintra do Amaral: “O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do

atrelada à duração da autorização legislativa. Esta, em regra, dá-se por meio da lei orçamentária anual, cuja vigência equivale ao exercício financeiro; e este, por força do art. 34 da Lei nº 4.320/64, coincide com o ano civil; logo, por regra, a vigência do contrato administrativo se restringe à duração do ano em que foi celebrado.<sup>21</sup>

Antes de prosseguir este estudo sobre a concessão de rodovias, impõem-se três observações. Primeira: concessão de uso não é concessão. Está consagrada no jargão do direito administrativo a utilização da expressão “concessão de uso de bem público” para se referir a um ato bilateral referente à utilização privativa de bem público ou, nos termos correntes, a um contrato administrativo sobre o uso do bem público. A palavra “concessão” não é, nessa expressão, regra geral, utilizada no sentido técnico de concessão. Assim, “concessão de uso de bem público” é contrato administrativo de uso de bem público, e não, tecnicamente, “concessão”.<sup>22</sup>

Segunda: concessão não se restringe aos serviços públicos. É perfeitamente possível que o poder público transfira a realização de uma obra pública para o particular para que ele a construa às suas expensas e, depois, se remunere pela exploração da obra. No caso, o núcleo essencial da concessão está presente: remunerar-se não por contraprestação do contratante, mas pela exploração da obra.<sup>23</sup> Do mesmo modo, é perfeitamente possível que o poder público transfira a atividade de infraestrutura ao particular para que ele a realize às suas expensas e se remunere pela própria exploração do ativo. No caso da concessão de serviço público, a remuneração dá-se pela cobrança de tarifas dos usuários; no caso da concessão de obra pública e da concessão de atividade de infraestrutura, a remuneração dá-se pela cobrança de preços públicos dos beneficiários da obra e da atividade.<sup>24</sup>

---

contrato em sua totalidade” (CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 68).

<sup>21</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Prazo dos contratos administrativos: o que a Constituição tem a ver com isso? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br), n. 402, 06 jun. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/prazocontratoadministrativo>. Acesso em: 21 jul. 2021.

<sup>22</sup> A diferença foi percebida por Marcello Caetano: “Não se devem confundir as concessões de uso ou aproveitamento de bens, que são meras licenças de uso privativo e só impropriamente se designam por concessões, com as concessões propriamente ditas cujo objeto é a exploração ou gestão de bens dominiais por alguém que toma o lugar da pessoa coletiva de direito público titular do domínio” (*Manual de direito administrativo*. v. II. 10. ed., 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 948). Pouco adiante, esclarece: “O titular da concessão de aproveitamento é um mero utente; o concessionário da exploração do domínio é um gestor, que se encarrega de proporcionar ao público o uso das coisas que lhe estão confiadas, de acordo com a natureza delas” (*idem*, p. 949). No mesmo sentido, na doutrina brasileira: COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Gestão do patrimônio imobiliário na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 243-244. Trata-se “impropriamente” de concessão, pois não é, na verdade, verdadeira concessão.

<sup>23</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 683.

<sup>24</sup> Sobre a diferença entre tarifa, contraprestação da prestação indireta dos serviços, e preço público, contraprestação da realização indireta de atividade de infraestrutura, vide: DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo de infraestrutura*, *op. cit.*, p. 125.

Terceira: as concessões administrativas – em que a remuneração é integralmente paga pelo poder público – e as concessões patrocinadas – em que a principal fonte é a remuneração paga pelo poder público –, vale dizer, as parcerias público-privadas disciplinadas na Lei nº 11.079/04, não são concessões, mas contrafações de contratos administrativos.<sup>25</sup> Noutras palavras, não passam de contratos administrativos disfarçados de concessão, disfarce necessário para mascarar a óbvia inconstitucionalidade de celebrar contratos com prazos sensivelmente superiores à vigência da autorização orçamentária. A contraprestação do poder público, realizada apenas como fonte alternativa, complementar ou acessória, com a finalidade de viabilizar a modicidade das tarifas e respeitar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, admitida pelo art. 11 da Lei nº 8.987/95, não descaracteriza a concessão. O que a descaracteriza é a contraprestação ser a fonte exclusiva ou principal do ajuste.

#### 4 Concessão de serviço de transporte x concessão rodoviária

No item anterior, afirmou-se a possibilidade tanto da concessão de serviço público de transporte quanto da atividade de infraestrutura de provisão, manutenção e operação de rodovias. Há, porém, uma diferença importante entre ambas as hipóteses, que vem sendo desprezada pela comunidade jurídica. Em relação aos serviços públicos, a Constituição Federal estabelece expressamente, no art. 175, que a prestação indireta deve dar-se por concessão ou permissão. Se o texto constitucional for levado a sério, *a contrario sensu*, não é admitida, como regra geral, a prestação de serviço público por contratação administrativa. Houve, nesse dispositivo, claro silêncio constitucional:<sup>26</sup> se o Constituinte afirmou que a prestação indireta deve dar-se por concessão ou permissão e silenciou sobre outras hipóteses de ajuste, foi porque não quis abrangê-las, ou seja, quis restringir a prestação indireta à concessão e à permissão. Logo, nas quatro hipóteses dantes mencionadas de serviços públicos de transporte, a contratação administrativa é vedada pela Constituição. Para os serviços públicos, fazem-se três observações.

Primeira: em certos casos, a essencialidade do serviço para paz social é incompatível com a prestação indireta, de modo que a concessão ou permissão são *prima facie* proibidas pelo ordenamento jurídico. Pela literalidade da Constituição, todo serviço público de transporte pode ser prestado indiretamente por concessão ou permissão, mas o direito não se restringe à literalidade e deve ser interpretação,

<sup>25</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Conceito de parceria público-privada à luz da Constituição. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. São Paulo, ano 2, v. 5, p. 23-47, abr./jun. 2018.

<sup>26</sup> Sobre o tema: MARTINS, *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 66-71.

tendo em vista a realidade a que se destina. Em grandes cidades, a manutenção do serviço de transporte coletivo é essencial para a manutenção da paz social, de modo que o risco, ainda que pequeno, de paralisação gerado pela prestação privada não é tolerado pelo direito. Deveras: nesses casos, diante da referida essencialidade, é comum os chefes do Executivo ficarem reféns dos prestadores.<sup>27</sup>

Segunda: somente em dois casos a contratação de serviços públicos é válida. Primeiro: é possível, mesmo na falta de expressa previsão constitucional, a contratação da prestação de serviços públicos nos casos emergenciais. Suponha-se uma hipótese de grave inadimplemento do concessionário, que exija a extinção da concessão; suponha-se que a administração não tenha condições de realizar a prestação direta. Até a finalização de novo processo licitatório, caberá a ela contratar – e não autorizar – o administrado para prestá-lo provisoriamente. A emergência justifica a contratação, e não a outorga.<sup>28</sup> Segundo: por expressa disposição constitucional, é possível a contratação do administrado para prestação de serviço público de saúde. Com efeito: por força do art. 197 da CF/88, a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita “diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Há, pois, norma constitucional específica para os serviços públicos de saúde que viabiliza sua contratação administrativa.<sup>29</sup>

Terceira: como as parcerias público-privadas, estabelecidas na Lei nº 11.079/95, não configuram concessão, mas típicos contratos administrativos disfarçados de concessão, ou, mais tecnicamente, contrafações de contratos administrativos, sua realização para prestação de serviços públicos é inconstitucional. Só em um cenário de grave submissão da doutrina ao poder econômico justifica fechar os olhos para a manifesta invalidade do modelo. Chamar o contrato de concessão não é suficiente para compatibilizá-lo com o art. 175 da CF/88.<sup>30</sup> Houve um extraordinário esforço da comunidade jurídica brasileira para viabilizar a contratação de serviços públicos. Difundi-se a ideia de que conceito de concessão “mudou”.<sup>31</sup> Com todo respeito à divergência, a Constituição não estabelece que a prestação indireta de

<sup>27</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Aspectos controvertidos da mobilidade urbana*, op. cit., p. 14.

<sup>28</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 230-232.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 234-235.

<sup>30</sup> Fernando Vernalha Guimarães, em excelente monografia sobre o tema, sustenta que as “teses reducionistas do instituto da concessão” impedem que o poder público opte por diferente modelo de financiamento: ao invés de restringi-lo ao usuário, optar por estendê-lo àqueles que não são usuários (PPP: Parceria público-privada. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76-87). O argumento confronta-se com um problema dogmático: o Constituinte não estabeleceu que a prestação indireta de serviços públicos ocorrerá nos termos da lei, mas, sim, que ocorrerá por concessão ou permissão nos termos da lei. Houve uma decisão do Constituinte de não admitir o financiamento por impostos da prestação indireta dos serviços públicos, e não cabe ao Legislador, muito menos ao doutrinador, alterar essa decisão.

<sup>31</sup> A mutação que contraria o núcleo essencial do significado constitucionalizado não é mutação, mas violação da Constituição. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição*

serviços públicos se dará nos termos da lei, ou – o que seria idêntico – por “X” ou “Y”, podendo a lei livremente estabelecer o que se entenderá por “X” ou “Y”. Estabelece que se dará sob regime de concessão ou permissão, nos termos da lei. Essas palavras são signos e, como tal, se reportam a um significado que se constitucionalizou com o uso da palavra pelo Constituinte.<sup>32</sup>

Se, por um lado, a Constituição, no art. 175, impõe a outorga por concessão ou permissão para a prestação indireta de serviços públicos, por outro não a impõe para a realização indireta de obras públicas ou pela prestação indireta de atividade de infraestrutura. Com efeito: em relação à realização de uma obra no sistema viário ou à realização das atividades de provisão, manutenção e operação de ativos públicos, são permitidas tanto a concessão como a contratação administrativa. Assim, a Constituição Federal admite que o poder público opte por conceder a rodovia, vale dizer, outorgar ao particular a realização, sem pagamento pelo poder público, das obras necessárias para implantação de uma rodovia e, posteriormente, a exploração da rodovia pelo tempo necessário à amortização dos investimentos pela cobrança de pedágio, autorizada expressamente no inciso V do art. 150 da CF/88. Nesse caso, o pedágio, típico preço público,<sup>33</sup> deve ter valor suficiente para remunerar o concessionário e, ao longo do prazo de vigência da concessão, amortizar seus investimentos. A Constituição não impede, porém, ao contrário do que o faz em relação aos serviços públicos, a contratação de obras ou a contratação de atividades de infraestrutura. Há, contudo, limites constitucionais a serem observados.

*Federal, op. cit.*, p. 65. Discorda-se de Uadi Lammêgo Bulos, para quem a única limitação à mutação constitucional é a “consciência do intérprete” (*Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 91).

<sup>32</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal, op. cit.*, p. 57-71.

<sup>33</sup> Existem três correntes sobre a natureza jurídica do pedágio. A primeira considera que o pedágio tem natureza de tributária, mais precisamente de taxa de serviço. Por todos: BARRETO, Aires; ATALIBA, Geraldo. Pedágio Federal. *Revista de Direito Tributário – RDT*, São Paulo, n. 46, p. 90-96, out./dez. 1988, p. 90; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 467-469. A segunda corrente considera que o pedágio tem natureza de taxa quando o pagamento é devido ao poder público, e de *tarifa* quando é devido ao concessionário: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do pedágio. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 32, p. 21-26, 2000, p. 23; GARCIA, Flávio. A remuneração nas concessões de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 5, jan./mar. 2004; FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 68-72. A terceira corrente considera que o pedágio tem natureza de taxa quando o pagamento é devido ao poder público, e *preço público* – e não tarifa – quando devido ao concessionário. Por todos: DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo de infraestrutura, op. cit.*, p. 125. Nesse sentido, decidiu o STF: “O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público, não estando a sua instituição, consequentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita” (STF, ADI 800, Relator Teori Zavascki, Pleno, j. 11.06.2014, Acórdão DJe-125, divulg. 27.06.2014, public. 01.07.2014).

## 5 Contratação de atividade rodoviária

Consoante se disse, a Constituição não impede a contratação de obras públicas ou da atividade de infraestrutura. Em relação às obras, é indiscutivelmente admissível sua realização indireta por empreitada. Em relação à atividade de infraestrutura de provisão, manutenção e gestão de rodovias, também é indiscutivelmente possível sua realização indireta mediante contratação administrativa. Em ambos os casos, porém, as parcerias público-privadas não se apresentam como uma solução válida. O inciso III do §4º do art. 2º da Lei nº 11.079/04 veda a realização de PPP para exclusiva execução de obra pública. Assim, PPP para exclusiva instalação de rodovia é ilegal. PPP para instalação, manutenção e gestão da rodovia, apesar de legal, é inconstitucional.

Dessarte, nenhuma despesa pública pode ser realizada sem expressa autorização do legislador. Por evidente, a instalação, manutenção ou gestão da rodovia não é uma despesa imprevisível e urgente para os fins de abertura de um crédito extraordinário, não se subsumindo ao §3º do art. 167 da CF/88, que admite a autorização posterior. Logo, a contratação de atividade de infraestrutura exige prévia autorização legislativa. Essa autorização tem vigência constitucionalmente definida: a Lei Orçamentária vigora até o final do respectivo exercício financeiro. Poder-se-ia indagar: mas é possível a previsão dessa contratação no plano plurianual (PPA)?<sup>34</sup> Sem dúvida, mas a previsão da contratação no PPA não dispensa a prévia autorização legislativa da despesa que será executada no ano. O que a previsão no PPA autoriza é a *prorrogação* do contrato administrativo.

Com efeito: as despesas que serão empenhadas no exercício devem estar, necessariamente, previstas na LOA ou em créditos adicionais. A previsão da despesa no plano plurianual não dispensa a previsão da despesa empenhada no exercício financeiro na respectiva lei orçamentária ou em créditos adicionais. Assim, suponha-se a celebração de um contrato de atividade de infraestrutura, com previsão de execução em três anos. O contrato é assinado em 01.08.2021 e terá vigência inicial até 31.12.2021, data em que se encerra a vigência da autorização orçamentária. Como está previsto no PPA, o contrato poderá ser prorrogado por mais um ano, desde que a despesa a ser liquidada em 2022 esteja prevista na LOA de 2022. A vigência dessa prorrogação limitar-se-á a 31.12.2022, data em que termina a vigência da respectiva autorização legislativa. Poderá ser prorrogada por mais um ano, desde que a despesa a ser liquidada em 2023 esteja prevista na LOA de 2023, mas a vigência do contrato terá por limite a vigência da respectiva

<sup>34</sup> O PPA vigora por quatro anos, até o final do primeiro exercício financeiro do mandato subsequente do chefe do Executivo. Por todos: LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 86.

autorização legislativa para essa despesa, ou seja, 31.12.2023. Em suma: a vigência do contrato está adstrita à autorização orçamentária anual (ou, excepcionalmente, a vigência do crédito adicional), admitindo-se a prorrogação do contrato quando a despesa estiver prevista no plano plurianual.

A Lei nº 11.079/04 autoriza a celebração de contratos com vigência de até 35 anos (art. 5º, I). Por óbvio, rasgou a Constituição, e rasgou em mil pedaços. Poder-se-ia indagar: mas, então, é possível celebrar o contrato com vigência limitada à vigência da autorização orçamentária referente à despesa que será executada no ano e, posteriormente, prorrogar o contrato por 35 anos? A impossibilidade é tão óbvia que é surpreendente ser admitida por boa parte da doutrina sem maiores constrangimentos. Primeiro: o dever de licitar impede que o governo celebre contratos administrativos com prazos tão dilatados. A prorrogação do contrato administrativo tem natureza jurídica de inexistência de licitação – quando exigida pelo direito – ou de dispensa de licitação – quando facultada pelo direito.<sup>35</sup> O legislador não é livre para autorizar a dispensa: só pode fazê-lo quando, no plano abstrato, os princípios contrariados pelo certame tenham peso equivalente aos princípios concretizados pelo certame.<sup>36</sup> Segundo: como regra, o legislador não pode autorizar prorrogações por prazo superior a quatro anos – data de vigência do plano plurianual. Do contrário, haveria uma fraude à soberania popular. Deveras: os governantes da atual legislatura não podem, regra geral, obstaculizar o governo das próximas legislaturas. Daí as diretrizes: a) o prazo da contratação de atividade de infraestrutura deve restringir-se ao prazo da autorização orçamentária da despesa que será executada no respectivo exercício; b) se previsto no plano plurianual, o ajuste pode ser prorrogado, mas as prorrogações devem ser restringidas à duração do respectivo plano plurianual.

## 6 Convênios de delegação

A última questão a ser examinada neste estudo é a possibilidade de uma entidade federativa delegar sua atividade de infraestrutura a outra entidade federativa. Especificamente em relação às rodovias, o legislador autorizou a União a delegar aos municípios, aos estados ou ao Distrito Federal a administração de suas rodovias ou a exploração de trechos de suas rodovias (Lei nº 9.277/96, art. 1º). Estabeleceu que essa delegação, caso ocorra, seja formalizada por *convênio*. A questão envolve problemas jurídicos intrincados.

<sup>35</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 343 et seq.

<sup>36</sup> Idem, p. 352-357.

A questão tornou-se sensível por causa, principalmente, do saneamento básico. Consagrado o entendimento de que se trata de serviço local, a competência para prestar o serviço de saneamento básico – e a atividade de infraestrutura a ele relacionada – é do município. Ocorre que boa parte dos municípios brasileiros não tem condição de prestá-lo. Ao invés de se extinguirem os municípios que não têm condições de cumprir sua missão constitucional, optou-se por uma solução menos traumática: a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou o art. 241 da CF/88 para permitir que, nos termos da lei, as entidades federativas possam, por meio de “consórcios públicos e convênios de cooperação”, realizar a gestão associada de serviços públicos. Foi, então, editada a Lei Federal nº 11.107/05, que disciplinou a instituição de consórcios públicos e, uma vez instituídos, a celebração de contratos de rateio e de contratos de programa para, por meio deles, as entidades federativas, respectivamente, repassarem recursos ao consórcio e realizarem a prestação associada de serviços públicos.<sup>37</sup>

A solução, apesar de politicamente conveniente, encontra obstáculos na Constituição. A forma federativa é cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º, I). É praticamente pacífico na doutrina que a forma federativa é ditada pela divisão de competências estabelecidas no Texto Constitucional.<sup>38</sup> Isso significa que alterar, de modo significativo, a divisão de competências estabelecida no texto originário implica alterar a forma federativa, o que é vedado pela Constituição. Diante disso, não se pode permitir que, por mero acordo político, competências privativas sejam transferidas de uma entidade federativa para outra.<sup>39</sup> O que é possível é a *cooperação federativa*: quando uma entidade federativa estiver, momentaneamente, necessitando de ajuda para cumprir sua missão constitucional, as demais entidades podem – a depender da hipótese, devem – ajudá-la. Em situações limites, poder-se-ia até admitir a troca de sujeitos, a transferência momentânea de competência, voluntária ou, na falta de acordo, compulsória. Em respeito à proporcionalidade, regra geral, nessas situações, é cabível a medida menos drástica da *gestão associada*.<sup>40</sup> Dito isso, impõe-se uma interpretação conforme a Constituição à Lei nº 11.107/05: ela é compatível com a Constituição somente se utilizada para fins de cooperação federativa, o que se dá de modo momentâneo, episódico, provisório, e não como mecanismo de alteração das competências privativas definidas no Texto Constitucional.

<sup>37</sup> Sobre os consórcios públicos, por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>38</sup> Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948. p. 90-95; BARROSO, Luíz Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 55 *et seq.*

<sup>39</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 153-186, em especial p. 180-184.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 176-180.



Essa conclusão se aplica tanto à gestão associada de serviços públicos como à gestão associada de atividade de infraestrutura. Não pode a União, sem mais, delegar a atividade de infraestrutura que lhe compete às demais entidade federativas, alterando, por mero acordo político, as competências fixadas na Constituição de 1988. Nesse sentido, a mesma interpretação, conforme que hoje se impõe à Lei nº 11.107/05, impunha-se à Lei nº 9.277/96. Só é válido o compartilhamento de competências nos termos de uma cooperação federativa. Perceba-se que é muito mais fácil se caracterizar juridicamente a necessidade de um ente menor necessitar da ajuda de um ente maior do que o contrário, ou seja, o ente maior necessitar da ajuda de um ente menor. Essa afirmação, porém, assenta-se em um juízo sociológico. Em termos jurídicos, não há razão para negar, no plano abstrato, em tese, que a União necessite, momentaneamente, da colaboração dos estados ou dos municípios, a justificar o pedido de gestão associada da atividade de infraestrutura que lhe compete. Dito isso, impõem-se duas observações.

Primeira: apesar de o Constituinte reformador ter previsto no art. 241 tanto a forma dos “consórcios públicos” como dos “convênios de cooperação”, o fato é que o legislador estabeleceu que a gestão associada se dê por consórcios públicos e, posteriormente, por contratos de rateio e por contratos de programa. Com efeito: a Lei nº 11.107/05 impôs uma série de condicionantes e de formalidades à gestão associada de serviços públicos – e, por extensão, da atividade de infraestrutura. Ora, diante dessa disciplina, podem os governantes valer-se, hoje, de convênios para realizar a gestão compartilhada de serviços e de infraestrutura? A negativa é tão evidente que faz crer que a formulação da pergunta tenha apenas intuito retórico. Trata-se de um desdobramento da famosa regra dos poderes implícitos, formulada por Henry Campbell Black: “Quando a Constituição confere um poder em termos gerais, a concessão inclui todos os poderes acessórios e particulares que possam ser necessários para torná-lo efetivo”. Logo, em seguida, o notável constitucionalista ressalva: “Nos casos em que os meios para o exercício de um poder concedido são especificados, todos os demais meios estão excluídos”.<sup>41</sup> Por óbvio, não podem os governantes, por mera mudança de rótulo – “consórcios” por “convênios” – afastar, como passe de mágica, todo o regramento da Lei nº 11.107/05.

Não se argumente que a Lei nº 9.277/96 é lei especial e, como tal, não foi revogada pela Lei nº 11.107/95, que é lei geral. Por regra, o critério da especialidade prevalece sobre o critério hierárquico: lei geral posterior não revoga lei especial

<sup>41</sup> BLACK, Henry Campbell. Construção e Constituição. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 02, n. 05, p. 305-329, abr./jun. 2018, p. 317.

anterior (*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*).<sup>42</sup> Contudo, reconhece a doutrina que esse critério não é absoluto.<sup>43</sup> Essa relatividade é ainda maior no direito brasileiro em decorrência das expressas ressalvas estabelecidas no §1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual a “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. A Lei nº 11.107/05 não revogou expressamente a Lei nº 9.277/96, mas disciplinou inteiramente a gestão associada de serviços públicos – e, por extensão, de atividades de infraestrutura –, revogando-a implicitamente.<sup>44</sup> Os convênios, nesse caso, se subsistirem, configurar-se-ão autênticas *contrafações* de consórcios públicos.

Segunda observação: a gestão consorciada de infraestrutura – hoje regrada pela Lei nº 11.107/05 – não configura uma concessão. Mesmo no âmbito da vigência da Lei nº 9.277/96, em que a União transferia toda a gestão da rodovia à outra entidade, não havia concessão, mas uma *cooperação federativa* formalizada por convênio. Tornou-se comum na prática brasileira dar a esses ajustes interfederativos a forma de uma concessão. De modo muito apropriado, Marçal Justen Filho chamou-os de *concessão imprópria*, na modalidade de “concessão-convênio”: imprópria justamente porque não é propriamente uma concessão.<sup>45</sup> Hoje, nos termos aqui expostos, caso se chame esse ajuste de concessão, tratar-se-á de uma concessão imprópria na modalidade de “concessão-consórcio”.<sup>46</sup> Nada impede, caso o consórcio seja constituído, que este delibere por realizar a concessão da atividade a uma empresa privada (Lei nº 11.107/05, art. 2º, §3º). Aí, sim, haverá propriamente concessão de atividade de infraestrutura, sendo o consórcio público, integrado pelas entidades federativas que dele fazem parte, o poder concedente.

<sup>42</sup> Por todos: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 108.

<sup>43</sup> Por todos, afirma Maria Helena Diniz: “A metarregra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério” (*Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99).

<sup>44</sup> Em sentido contrário, entendendo que subsistem os convênios-delegação de infraestrutura rodoviária: FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias*, *op. cit.*, p. 48 *et seq.*

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 121-125.

<sup>46</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais – 2ª. parte. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 55-85, out./dez. 2020, p. 58-59.

## Conclusões

1. As vias terrestres e, dentre elas, as rodovias não são apenas *bens públicos*, mas *ativos públicos*: bens públicos de uso especial afetados à *atividade de infraestrutura*. Essa atividade compreende a provisão, manutenção e operação de ativos públicos. O poder público pode realizar a atividade de infraestrutura direta ou indiretamente. A concessão de rodovia consiste em uma forma de prestação *indireta* de atividade de infraestrutura.
2. Em relação ao *transporte rodoviário*, diferenciaram-se várias situações: serviços públicos *federais*; serviços públicos *municipais*; serviços públicos *estaduais*; *atividades econômicas*. Tanto os serviços públicos como as atividades de infraestrutura e as atividades econômicas são *atividades materiais*. O particular pode explorar livremente as atividades econômicas, mas só pode prestar os serviços públicos e as atividades de infraestrutura se houver outorga estatal.
3. Serviços públicos rodoviários e atividades de infraestrutura rodoviária são atividades materiais públicas, mas inconfundíveis: os primeiros são *uti singuli*; os últimos, *uti universi*. O destinatário do serviço público é o *usuário*; o destinatário da atividade de infraestrutura é o *beneficiário* do ativo. Ambas as atividades podem ser concedidas ao particular.
4. Diferenciadas a concessão e a contratação administrativa, fixaram-se três conclusões. Primeira: a concessão de uso de bem público não é tecnicamente uma concessão. Segunda: concessão não se restringe aos serviços públicos, sendo perfeitamente possíveis tanto a concessão de obra pública como a concessão de atividade de infraestrutura. Terceira: as parcerias público-privadas são inconstitucionais.
5. A prestação indireta de serviços públicos, regra geral, deve dar-se por concessão. Já a realização indireta de atividade de infraestrutura pode dar-se ou por concessão, ou por contratação. O inciso III do §4º do art. 2º da Lei nº 11.079/04 veda a realização de parceria público-privada (PPP) para exclusiva execução de obra pública. Logo, PPP para exclusiva instalação de rodovia é ilegal. PPP para instalação, manutenção e gestão da rodovia, apesar de legal, é inconstitucional.
6. A delegação de atividade de infraestrutura a outra entidade federativa só é válida nos estritos limites da cooperação federativa, vale dizer, quando uma entidade necessitar provisoriamente da ajuda de outra entidade. Delegação permanente ofende a cláusula pétrea da forma federativa. Quando admitida, a delegação deve dar-se por consórcio administrativo. A realização de convênio de cooperação para gestão associada configura autêntica contrafação de consórcio público.

7. A gestão associada de rodovias não configura concessão. Se for assim chamada, configurará uma *concessão imprópria* na modalidade de *concessão-consórcio*. Se o consórcio administrativo, constituído para gestão associada de rodovias, deliberar por realizar a concessão da atividade a uma empresa privada, haverá propriamente concessão de atividade de infraestrutura, qualificando-se o consórcio público, integrado pelas entidades federativas que dele fazem parte, como poder concedente.

## Referências

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teorias das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo de infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do pedágio. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 32, p. 21-26, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 403-442, jan./mar. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

BARRETO, Aires; ATALIBA, Geraldo. Pedágio Federal. *Revista de Direito Tributário – RDT*, São Paulo, n. 46, p. 90-96, out./dez. 1988.

BARROSO, Luíz Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BÊNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BLACK, Henry Campbell. Construção e Constituição. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 02, n. 05, p. 305-329, abr./jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. v. II. 10. ed. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Gestão do patrimônio imobiliário na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FIORIN, José Luiz. *Figuras de retórica*. São Paulo: Contexto, 2014.
- FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GARCIA, Flávio. A remuneração nas concessões de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 5, jan./mar. 2004.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da mobilidade urbana. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 11-29, jan./jun. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Prazo dos contratos administrativos: o que a Constituição tem a ver com isso? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br), n. 402, 06 jun. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/prazocontratoadministrativo>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Conceito de parceria público-privada à luz da Constituição. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 2, v. 5, p. 23-47, abr./jun. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 153-186.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais - 2ª parte. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 55-85, out./dez. 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da concessão de rodovias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 171-190, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1597.

---