

VOLUME 3

Monica Spezia Justen
Cesar Pereira
Marçal Justen Neto
Lucas Spezia Justen
Coordenação Geral

UMA VISÃO HUMANISTA DO DIREITO

Homenagem ao
Professor

MARÇAL JUSTEN FILHO

Direito Empresarial
Regulação e Infraestrutura
Direito Processual e Resolução de Disputas

Coordenação Temática

Eduardo Talamini
Isabella Moreira de Andrade Vosgerau
Mayara Gasparoto Tonin
Rafael Wallbach Schwind

FORUM

UMA VISÃO HUMANISTA DO DIREITO
HOMENAGEM AO PROFESSOR MARÇAL JUSTEN FILHO

MONICA SPEZIA JUSTEN

CESAR PEREIRA

MARÇAL JUSTEN NETO

LUCAS SPEZIA JUSTEN

Coordenação Geral

UMA VISÃO HUMANISTA DO DIREITO

HOMENAGEM AO PROFESSOR MARÇAL JUSTEN FILHO

Volume 3

Direito Empresarial

Coordenação temática: Isabella Moreira de Andrade Vosgerau
e Mayara Gasparoto Tonin

Regulação e Infraestrutura

Coordenação temática: Rafael Wallbach Schwind

Direito Processual e Resolução de Disputas

Coordenação temática: Eduardo Talamini

Belo Horizonte

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2025

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Nathalia Campos
Capa, projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

U48 Uma visão humanista do direito: homenagem ao Professor Marçal Justen Filho /
Monica Spezia Justen, Cesar Pereira, Marçal Justen Neto, Lucas Spezia Justen
(coord). Belo Horizonte: Fórum, 2025. v. 3.

964 p. 17x24cm
v. 3
ISBN impresso 978-65-5518-915-5
ISBN digital 978-65-5518-917-9

1. Direito Empresarial. 2. Regulação. 3. Infraestrutura. 4. Direito Processual.
5. Resolução de Disputas. I. Justen, Monica Spezia. II. Pereira, Cesar. III. Justen Neto,
Marçal. IV. Justen, Lucas Spezia. V. Título.

CDD: 342
CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada por Lissandra Ruas Lima – CRB/6 – 2851

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

JUSTEN, Monica Spezia; PEREIRA, Cesar; JUSTEN NETO, Marçal; JUSTEN, Lucas Spezia (coord.). *Uma visão humanista do direito: homenagem ao Professor Marçal Justen Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. v. 3. 964 p. ISBN 978-65-5518-915-5.

Sobre o homenageado

Marçal Justen Filho graduou-se em Direito pela UFPR em 1977. Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado, árbitro e parecerista. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná de 1986 a 2006. *Visiting Fellow* no Instituto Universitário Europeu (Itália, 1999) e *Research Scholar* na Yale Law School (EUA, 2010/2011). Professor do IDP, em Brasília.

ESTUDO COMPARADO SOBRE RECEITAS ACESSÓRIAS EM CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS)

TARCILA REIS

EDUARDO JORDÃO

Nota pessoal preliminar

Os autores deste texto não perderiam a oportunidade de registrar o carinho, a admiração e a gratidão que têm por Marçal. A sua história com o mestre é quase de vida inteira. Conheceram-no em 1997, quando contavam apenas 15 anos – e quando Marçal tinha os 42 que, curiosamente, eles têm agora. Nem pensavam ainda em estudar Direito. Outras preocupações os ocupavam: estavam começando a namorar. E, enquanto Tarcila se dedicava ao balé, Eduardo encontrava tempo para a sua outra paixão, o futebol. Pois foi dessa “caixinha de surpresas” que apareceu o Marçal.

De Salvador, Eduardo conheceu, pela *internet*, o filho mais velho do mestre, residente em Curitiba. Juntos, os dois adolescentes criaram um *site* de futebol de relativo sucesso (FutBrasil.com). Como subproduto dessa incursão empresarial juvenil, uma amizade de três décadas com Marçalzinho e a aproximação natural com o seu pai.

Não há como precisar o tamanho do impacto de Marçal nas suas vidas e carreiras. Há, claro, os tantos influxos objetivos: sugestões de estratégias profissionais, indicações de trabalho, cartas de recomendação para programas acadêmicos. Mas são mais relevantes e menos mensuráveis os impactos subjetivos. Conhecer Marçal de perto e conviver com ele de modo quase familiar é imenso privilégio, de que os dois sabem ter usufruído por pura sorte.

Advogado de sucesso, professor genial, amigo generoso, Marçal inspira e influencia em qualquer de seus papéis, a quem quer que com ele tenha contato. Não é surpreendente que aqueles dois adolescentes apaixonados tenham depois escolhido trilhar exatamente os mesmos passos do mestre.

Nossa eterna gratidão a quem tocou tão intensamente a nossa vida, como a de tantos outros.

1 Introdução¹

O tratamento das receitas acessórias na modelagem e na gestão dos contratos de concessão e Parcerias Público-Privadas (PPPs) está longe de ser tema novo, mas tampouco é trivial. Não é novo porque a legislação sempre fez referência à possibilidade de sua exploração.² Não é trivial porque o fato de a legislação ter sido sucinta no regramento dessa possibilidade, combinado com a variedade de setores e ativos objetos dessas parcerias, produziu cenário de ampla flexibilidade regulatória e customização contratual.

Após algum tempo de experimentos, houve avanços significativos. Primeiro, reconheceu-se a flexibilidade regulatória, e ela foi aproveitada para incentivar novos negócios e eventualmente gerar modicidade tarifária.³ Segundo, atestou-se que as receitas acessórias são acessórias em relação aos *conceitos* de tarifa, aporte e contraprestação, não em relação aos *tamanhos* das respectivas receitas. Ou seja, podem inclusive ser mais elevadas que receitas tarifárias, contraprestações ou aporte numa dada concessão. Terceiro, surgiram concessões cuja remuneração decorre integralmente do auferimento de receitas acessórias, como as concessões de parques urbanos.⁴ Nesses casos, não há sequer que se falar em comparação entre tamanhos de receitas e seus respectivos impactos na viabilidade financeira do projeto. Aqui, não há tarifa, não há contraprestação, muito menos aporte. É a receita acessória sendo, literalmente, sinônimo de receita do projeto.

Mas o reconhecimento de um contexto de flexibilidade regulatória e de customização contratual não evita estranhamentos e controvérsias sobre como lidar com as receitas acessórias. Talvez em razão de uma formação jurídica ainda arraigada a um princípio da legalidade que tudo diz sobre o que se pode e como se deve fazer, não raro se hesita diante de um cenário em que a liberdade para regular é a premissa. A heterogeneidade

¹ Agradecemos a Camila Castro Neves e a Julia Martel pela excelência como assistentes de pesquisa. Qualquer erro é de nossa inteira responsabilidade.

² “Art. 111. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei” (BRASIL. 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. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 18 ago. 2024).

³ Cristiane Lucidi Machado (Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul./set. 2004) observa que as atividades que geram receitas acessórias não são serviços públicos delegados e, por isso, não deveriam ser reguladas como se fossem. A autora entende que, embora a concessionária tenha a liberdade de gerenciá-las como considerar mais adequado, o Poder Público pode incentivá-la a continuar ou expandir a exploração dessas atividades.

⁴ Ver, por exemplo:

Cláusula 10.1 do Contrato de Concessão nº 02/2022 (Parques Água Branca, Villa-Lobos e Cândido Portinari): “Consideram-se RECEITAS da CONCESSIONÁRIA todos os valores auferidos pela CONCESSIONÁRIA, excetuados exclusivamente os previstos na Cláusula 10.1.1, especialmente em razão da exploração direta ou indireta, nos termos deste CONTRATO, da ÁREA DA CONCESSÃO, incluindo, mas sem limitação, as UNIDADES GERADORAS DE CAIXA, assim como demais bens e direitos a eles relacionados, tais como, mas não a isso se limitando, a direitos de imagem e patrocínios”.

Cláusula 20.1 do Contrato de Concessão nº 057/SVMA/2019 (Parques Ibirapuera, Jacintho Alberto, Eucaliptos, Tenente Brigadeiro Faria Lima, Lajeado e Jardim Felicidade): “As receitas a serem auferidas pela CONCESSIONÁRIA decorrerão da exploração de FONTES DE RECEITAS na ÁREA DA CONCESSÃO”.
Contrato de Concessão nº 002/SMVA/2022 (Parques Mário Covas e Tenente Siqueira Campos - Trianon): “As receitas a serem auferidas pela CONCESSIONÁRIA decorrerão da exploração de FONTES DE RECEITAS na ÁREA DA CONCESSÃO”.

de tratamentos contratuais das receitas acessórias oscila entre ser conforto, para os ávidos a usufruir da liberdade disponibilizada, e terreno pantanoso, para os incentivados a seguir *algum* padrão em suas decisões, ainda que as tornem objetivamente piores para o Poder Público e a iniciativa privada.

O objetivo deste artigo é discutir riscos, vantagens e desvantagens associados a três típicos de escolhas a respeito das receitas acessórias: (i) sua inclusão ao caso base⁵ do projeto de concessão ou parceria público-privada; (ii) seu compartilhamento com o poder concedente e (iii) o modelo de governança na implantação, fiscalização e transferência dos negócios que geram receitas acessórias.

A fim de ilustrar nossas ponderações sobre riscos, vantagens e desvantagens dessas três escolhas, traremos exemplos de quatro setores: rodovias, aeroportos, iluminação pública e resíduos sólidos.⁶ A escolha desses setores tem razão de ser: acessar de forma ampla o contexto de heterogeneidade das receitas acessórias, levando em consideração os *graus variados* de maturidade do setor e de conhecimento em relação ao impacto das receitas acessórias na viabilidade financeira do projeto. Graus variados de maturidade setorial e de conhecimento (série histórica) sobre o desempenho dos negócios acessórios tendem, em princípio, a levar a decisões de regulação diferentes nas modelagens destas parcerias. Observar a concretude contratual dessas decisões pode ajudar a compor o mosaico de incentivos diversos que se espera num cenário de flexibilidade regulatória. Além disso, a partir da análise deste mosaico, é possível elaborar novas decisões de modelagem e gestão contratual, de forma ainda mais deliberada e consoante à finalidade do caso concreto.

O setor rodoviário é bastante maduro, com programas mais institucionalizados⁷ e agências reguladoras que, a despeito da contínua necessidade de melhorias, têm histórico, capacidade e *expertise*. Nesse setor, o volume de receitas acessórias tem perfil de baixa monta, em comparação com alto vulto das receitas tarifárias que fazem frente

⁵ Por caso-base, queremos dizer o cenário base ou modelo econômico-financeiro referencial que subsidia as variáveis, inclusive de disputa, do projeto.

⁶ Os contratos citados ao longo deste artigo incluem os seguintes:

Rodovias: (i) Contrato de Concessão nº 0521/ARTESP/2023 (Sistema Rodoviário Rodoanel Norte); (ii) Contrato de Concessão ANTT nº 02/2023 (Lote 2 das Rodovias Integradas do Paraná); (iii) Minuta do Contrato de Concessão decorrente da Licitação 01/2023-ARTESP (Sistema Rodoviário Litoral Paulista).

Aeroportos: (i) Contrato de Concessão nº 0465/ARTESP/2022 (Bloco Noroeste de aeroportos do Estado de São Paulo); (ii) Contrato de Concessão 001/ANAC/2021-Norte (Bloco Norte I de aeroportos federais); (iii) Contrato de Concessão 003/ANAC/2023/ANAC/2023 (Bloco Norte II de aeroportos federais).

Iluminação pública: (i) Contrato de Concessão nº 2018/19928/19928/00001 (rede de iluminação pública do Município de Manaus); (ii) Contrato de Concessão nº 21/2020 (rede municipal de iluminação pública do Município de Aracaju); (iii) Contrato de Concessão Administrativa nº 214/2020 (rede municipal de iluminação pública do Município de Vila Velha); (iv) Contrato de Concessão Administrativa 119/2023 (rede de iluminação pública de Canoas); (v) Contrato de Concessão Administrativa relativo à gestão, modernização, operação e manutenção da rede de iluminação pública do Município de Bauru (sem número); (vi) Contrato de Concessão Administrativa 25297 (concessão da rede municipal de iluminação pública do Município de Curitiba); (vii) *Resíduos sólidos*: (i) Contrato de Concessão nº 001/2022-Convale (coleta, transporte, transbordo e tratamento de resíduos sólidos domiciliares e limpeza urbana dos municípios do Convale); (ii) Contrato de Concessão para prestação de serviços públicos de manejo de resíduos sólidos no Consórcio de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Cariri (sem número); Termo Aditivo Modificativo nº 06/2024 ao Termo de Contrato de Concessão nº 027/SSO/2004/São Paulo-SP.

⁷ Claro, há grande variação de grau de maturidade institucional num mesmo setor, a depender da entidade federativa em questão. O artigo reconhece aproximações imprecisas num grande espectro de maturidade, vista sua utilidade quando se comparam setores distintos.

aos intensos ciclos de investimentos. Já o setor aeroportuário, em consistente amadurecimento, tem veiculado por meio das receitas acessórias o desenvolvimento de parques imobiliários destinados ao comércio, serviços e entretenimentos, impactando a visão de negócios atrelados ao perímetro da concessão. O setor de iluminação pública gozou de rápida e potente multiplicação de projetos, com a COSIP como sua rede de proteção, e direcionou as receitas acessórias como aposta para o desenvolvimento das cidades inteligentes, embora siga debatendo o grau de segurança que sua regulação proporciona.⁸ Finalmente, o setor de resíduos sólidos, que, apesar de ser serviço essencial, padece de baixo amadurecimento institucional, mas já demonstra que, por meio de negócios futuros a serem gerados a partir dos resíduos, pode incrementar suas chances de florescer e ganhar mais espaço nas agendas de parcerias de investimento.

2 Incluir as receitas acessórias ao caso base do projeto de concessão ou parceria público-privada?

As receitas acessórias não têm limites conceituais, nem tampouco financeiros, do ponto de vista regulatório. O art. 11 da Lei nº 8.987/1995 não restringe as atividades das quais podem decorrer receitas acessórias. Ao contrário, alarga os possíveis formatos desses empreendimentos, chamando-os de projetos associados ou equiparando receitas acessórias com receitas alternativas ou complementares, sem fixar critérios ou condicionantes sobre a natureza da atividade.⁹

Há duas consequências para a inexistência desses limites conceituais. Primeiro, qualquer atividade econômica, seja ela corriqueira no mercado ou ainda uma ideia a ser desenvolvida,¹⁰ pode ser classificada como geradora de receita acessória. Não há que se falar de rol exaustivo¹¹ de receitas acessórias, desde que, obviamente, leve-se em conta

⁸ A literatura reclama da escassez das cláusulas sobre receitas acessórias para fins de gerar incentivos suficientes para novos negócios. Peresi (Concessões de iluminação pública e serviços de cidades inteligentes. Reflexões sobre receitas acessórias, contratação direta e destinação da Contribuição de Iluminação Pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 11, abr./jun. 2023) analisou 35 contratos de concessão administrativa de iluminação pública, a partir de recorte temático (receitas acessórias) e temporal (30 de dezembro de 2004 a 27 de agosto de 2022), trazendo observações importantes sobre o setor.

⁹ Art. 11: “No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei” (BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

¹⁰ De pagamento de aluguéis, publicidade, serviços e instalações hoteleiras à venda de crédito de carbono, *naming rights* ou geração de energia, não há descrição exaustiva das potenciais receitas acessórias de um contrato.

¹¹ Há vários contratos de concessão que contêm cláusulas especificando os tipos de atividades que podem ser exploradas pela concessionária, em diversos setores, que deixam claro que o rol de atividades previsto contratualmente é meramente exemplificativo.

No setor de rodovias, o Contrato de Concessão nº 0521/ARTESP/2023 (Sistema Rodoviário Rodoanel Norte) estabelece que: “Constituem fontes de RECEITAS ACESSÓRIAS, respeitadas as condições estabelecidas pela ARTESP em razão do CONTRATO, dentre outras, aquelas constantes do seguinte rol exemplificativo: i. Cobrança por publicidade permitida em lei, na forma regulamentada pelo Poder Público; ii. Cobrança pelo uso da FAIXA DE DOMÍNIO (...) iii. Receitas decorrentes do uso comercial de sistema eletrônico de rede de dados, inclusive o previsto no ANEXO 05 e APÊNDICE F, ou outro que seja posto à disposição dos USUÁRIOS; iv. Receitas decorrentes da prestação de SERVIÇOS COMPLEMENTARES; e v. Outras receitas cabíveis e permitidas pela legislação em vigor” (Cláusula 13.2).

o contexto de um contrato de concessão, a receita acessória não impacte negativamente a política pública perseguida¹² pelo contrato e seja naturalmente compatível com o ordenamento jurídico. O rol é exemplificativo, quem sabe criativo, e potencialmente mudará ao longo do contrato.¹³

Segundo, o tamanho e grau de rentabilidade das receitas acessórias não são fixos, podem variar ao longo do contrato, surpreendendo ou frustrando o investidor que considerou a decisão de investimento acessório na proposta elaborada para o leilão ou ao longo da execução contratual. Dessa forma, se não há exaustão conceitual nem teto remuneratório para as receitas acessórias, é esperado que sua precificação esteja atrelada aos riscos implicados. Assim, a série histórica e a maturidade do setor são variáveis importantes para conferir conforto a essa precificação. Por exemplo, já há muitas rodovias concedidas no Brasil e há muito tempo. Da mesma forma, a publicidade em rodovias é uma atividade já amplamente testada e com inteligência de mercado difundida. Como resultado, é possível prever, com algum grau de segurança, o quanto se espera da geração de receitas acessórias na modalidade publicidade numa modelagem de concessão rodoviária. Claro, customizações são cabíveis e necessárias, mas a decisão

Em aeroportos, o Contrato de Concessão 0465/ARTESP/2022 (Bloco Noroeste de Aeroportos do Estado de São Paulo) estabelece que “Constituem fontes de RECEITAS NÃO TARIFÁRIAS, respeitadas as condições estabelecidas pela ARTESP em razão do CONTRATO, dentre outras, aquelas constantes do seguinte rol exemplificativo (...)” (Cláusula 11.2).

No setor de resíduos sólidos, por sua vez, o Contrato de Concessão 001/2022 (coleta, transporte, transbordo e tratamento de resíduos sólidos domiciliares e limpeza urbana dos municípios do Convale) não indica expressamente que o rol de serviços complementares, alternativos e acessórios delimitado no Contrato é exemplificativo, mas dispõe que “outros serviços não expressamente listados devem ser submetidos à prévia autorização do CONCEDENTE (...)” (Cláusula 7.1.3). Isso significa que serviços não listados podem vir a ser receitas acessórias. A discussão aqui é quando há necessidade de autorização do poder concedente e quando esta autorização já existe a partir da assinatura do contrato.

¹² Alguns contratos de concessão têm previsto que a exploração de fontes alternativas e complementares de receita não pode comprometer a segurança da operação, nem os padrões de qualidade dos serviços públicos delegados. Nesse sentido, a Cláusula 13.1 do Contrato de Concessão nº 0521/ARTESP/2023 dispõe: “A CONCESSIONÁRIA, por sua exclusiva responsabilidade, direta ou indiretamente, poderá explorar fontes alternativas e complementares de receita, visando à obtenção de RECEITAS ACESSÓRIAS, desde que estas atividades não comprometam a segurança da operação e os padrões de qualidade do SERVIÇO DELEGADO, conforme previsto nas normas e procedimentos integrantes deste CONTRATO e na legislação vigente”. Em linha semelhante, a Cláusula 12.1 da Minuta de Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário Litoral Paulista, mais recente, estabelece que “A CONCESSIONÁRIA, por sua exclusiva responsabilidade, poderá, direta ou indiretamente, explorar fontes alternativas e complementares de receita, visando à obtenção de RECEITAS ACESSÓRIAS, desde que essas atividades não comprometam a segurança da operação e os padrões de qualidade do SERVIÇO DELEGADO, conforme previsto nas normas e procedimentos integrantes deste CONTRATO e na legislação vigente”.

No setor aeroportuário, os contratos de concessão da sexta e sétima rodadas do Governo Federal têm previsto que os termos dos contratos celebrados pela concessionária com terceiros que envolvam a utilização de espaços nos complexos aeroportuários, para fins de obtenção de receitas não tarifárias, “não poderão comprometer os padrões de segurança e de qualidade do serviço concedido” (vide, por exemplo, Cláusulas 11.1.3 do Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2023/ANAC/2023 (Bloco Norte II de Aeroportos), da sétima rodada, e do Contrato de Concessão nº 001/ANAC/2021-Norte (Bloco Norte I de Aeroportos), da sexta rodada).

Já no setor de iluminação pública, um exemplo é o Contrato de Concessão 2018/19928/19928/00001 (rede de iluminação pública do Município de Manaus), cuja Cláusula 7.2.1 estabelece que: “A CONCESSIONÁRIA poderá explorar fontes de Receitas Acessórias, ou de projetos associados nas áreas integrantes da Concessão, utilizáveis para a obtenção de qualquer espécie de receita, desde que tal exploração não comprometa os padrões de qualidade previstos nas normas e procedimentos integrantes do Contrato e também que estejam de acordo com a legislação ambiental vigente”.

¹³ Sobre o tema, ver estudo de Rafael Vêras de Freitas que reflete sobre o desafio de compatibilizar a realização de atividades complementares com a incompletude dos contratos de concessão: Algumas propostas para a interpretação das fontes de receitas alternativas nas concessões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 160-162, set. 2014/fev. 2015.

sobre qual percentual adotar num caso base com estas características é uma decisão mais informada, com série histórica para justificá-la e riscos mais conhecidos. Por isso, haverá menor expectativa de erro de precificação.

A pergunta que se coloca, então, é como a maturidade do setor e a qualidade da série histórica da atividade podem influenciar a decisão de inserir ou excluir as receitas acessórias ao caso base?

Quando há muita insegurança quanto à regulação setorial e/ou à série histórica, é razoável supor que a inclusão de percentual de receita acessória ao caso base gere problemas. De partida, um problema de justificação, ou seja, relativo à motivação subjacente à decisão. O número percentual da expectativa de geração de receitas acessórias no projeto pareceria aleatório, pouco crível. Mas esse é um problema talvez menor (se a finalidade for incentivar novos negócios), de vício administrativo, implicando saneamento e produção de relatórios técnicos para apaziguar as preocupações legítimas do gestor público que terá que prestar contas das suas decisões.

Segundo, o problema de não gerar os incentivos mais adequados para atrair licitantes com análise de risco mais acurada, os quais não conseguirão assimilar um percentual com frágil fundamento e cujo desempenho foi considerado como *parte* da viabilidade econômico-financeira do projeto. Esse potencial licitante reduzirá ou retirará as receitas acessórias do seu próprio modelo econômico-financeiro, que respaldará a discussão interna de seguir adiante com uma proposta na licitação, sob pena de não ser bem sucedido na obtenção de aval para decisão de investimento na sua estrutura de governança.

Terceiro, as receitas acessórias normalmente são estipuladas como atividades de total risco da concessionária,¹⁴ que naturalmente sofrerá sozinha todas as consequências negativas de sua eventual frustração. Só que, se as receitas acessórias fazem parte do caso base, há o risco de elas fazerem parte da quantificação do equilíbrio econômico-financeiro

¹⁴ Há exemplos em diversos setores, incluindo rodovias, aeroportos, resíduos sólidos e iluminação pública. No setor de rodovias, o Contrato de Concessão nº 02/2023 (Lote 2 das Rodovias Integradas do Paraná) dispõe que "(...) a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...) Receitas Extraordinárias em desacordo com as projeções da Concessionária ou do poder concedente" (Cláusula 22.1.32).

A Cláusula 13.3.5 do Contrato de Concessão nº 0521/ARTESP/2023 (Sistema Rodoviário Rodoanel Norte): "Para fins deste CONTRATO, as RECEITAS ACESSÓRIAS são consideradas aleatórias, sendo sua projeção um risco assumido exclusivamente pela CONCESSIONÁRIA, que não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro, tampouco a quaisquer indenizações pelos investimentos realizados, ainda que o empreendimento associado tenha sido objeto de aceite pela ARTESP".

No setor de resíduos sólidos, o Contrato de Concessão para prestação de serviços públicos de manejo de resíduos sólidos no Consórcio de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Cariri prevê que "A CONCESSIONÁRIA será integralmente responsável pelas projeções de RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS, não sendo cabível qualquer tipo de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO do CONTRATO em razão da alteração, não confirmação ou prejuízo decorrente da frustração das RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS por ela estimadas" (Cláusula 21.15). Em iluminação pública, o Contrato de Concessão nº 21/2020 (rede municipal de Aracaju) estabelece que: "Todos os riscos e investimentos decorrentes da execução das ATIVIDADES RELACIONADAS [das quais decorrem as receitas acessórias] serão de exclusiva responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, inclusive os prejuízos que resultem de sua execução, ressalvado o previsto neste CONTRATO" (Cláusula 26.7).

Olhando para os aeroportos, por fim, o Contrato de Concessão nº 0465/ARTESP/2022 (Bloco Noroeste de aeroportos do Estado de São Paulo) estabelece que: "A CONCESSIONÁRIA, por sua exclusiva responsabilidade, direta ou indiretamente, poderá explorar atividades econômicas que gerem RECEITAS NÃO TARIFÁRIAS" (Cláusula 11.1) (...). As RECEITAS NÃO TARIFÁRIAS são consideradas aleatórias, sendo a projeção de risco e responsabilidade da CONCESSIONÁRIA" (Cláusula 11.4).

do contrato, ao contrário do que ocorreria se o retrato do equilíbrio contratual na sua assinatura desconsiderasse as receitas acessórias.

Assim, na hipótese de um risco alocado ao poder concedente se materializar e implicar custos à concessionária, o cálculo do reequilíbrio poderia ser influenciado pelos eventuais montantes auferidos de receita acessória. Ou seja, ser mais eficiente no auferimento de receitas acessórias poderia reduzir, por exemplo, o prazo adicional a ser conferido à concessionária na compensação de um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, assumindo que as variáveis reais sejam utilizadas. Se esse impacto pode ser mais bem controlado, ou até isolado, em setores maduros e série histórica conhecida, pode soar demasiado arriscado em setores cujo desempenho das receitas acessórias resta uma aposta a ser descortinada no futuro.

Então, seria possível retirar as receitas acessórias do caso base e seus montantes não serem considerados para fins de quantificação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato? É verdade, há interpretação doutrinária no sentido de que todas as receitas acessórias fazem parte do equilíbrio econômico-financeiro ou da equação econômico-financeira,¹⁵ cuja implicação parece ser diretriz de que estes montantes de receitas seriam computados nos cálculos que restabelecem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Uma hipótese é de que esse posicionamento decorra do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.987/1995, que prevê que: “As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Como lidar com esse parágrafo único, integrando-o ao que se tem veiculado contratualmente como compreensão concreta do conceito de equilíbrio do contrato?

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é sinônimo de assimilação pelas partes das consequências da materialização de riscos, de acordo com a alocação contratual. Integrar o equilíbrio econômico-financeiro não significa integrar o caso base da modelagem, nem tampouco o cálculo de reequilíbrio contratual. Ou seja, o fato de haver regulação de consequências a respeito da frustração ou do êxito da concessionária a partir de receitas acessórias significa que as receitas acessórias são uma (das muitas outras) variáveis cuja observação vai denotar se o contrato está ou não equilibrado. Isso não significa, de nenhuma forma, que as receitas acessórias precisam compor o caso base para passarem a compor o equilíbrio do contrato. Equilíbrio do contrato decorre de análise regulatória, não é sinônimo de equilíbrio de contas, de gestão financeiramente equilibrada, nem de acerto ou conserto das projeções elaboradas.¹⁶

¹⁵ Luiz Felipe Hadlich Miguel (*A remuneração do particular na execução de atividades públicas*. Orientadora: Odete Meduar. 2014. 214 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. f. 75. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082017-135939/pt-br.php>. Acesso em: 18 ago. 2024.) aponta que “todas as 4 (quatro) espécies de receitas contêm um núcleo comum: seus frutos irão compor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão”. Fernando Vernalha Guimarães (*As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro*. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121-148, jan./mar. 2008) também diz que, “na medida em que a prestação destas atividades gera receita à prestação do serviço público, passa a integrar a equação econômico-financeira da concessão, merecendo daí a tutela administrativa correspondente”.

¹⁶ O contrato de manejo de resíduos sólidos do Município de São Paulo, renovado em junho de 2024, trouxe um exemplo contundente da compreensão dos impactos da decisão, no seu Anexo IV. De um lado, excluiu rol exemplificativo de receitas acessórias do caso base e as regulou como risco da concessionária. De outro lado, dada a definição de algumas atividades, tradicionalmente chamadas de receitas acessórias, sejam necessariamente desempenhadas no contrato, assimilando os atributos de valorização dos resíduos como parte

3 Determinar o compartilhamento das receitas acessórias com o poder concedente?

É bastante comum que a doutrina e os tomadores de decisão públicos exijam o compartilhamento com o poder concedente das receitas acessórias auferidas pela concessionária.¹⁷ Pressupõe-se que o auferimento de receitas extraordinárias, acessórias ou complementares se beneficia da infraestrutura instalada, da logística e do longo prazo da relação contratual (entre outros) para explorar novos negócios. Parece, portanto, razoável destinar ao poder concedente parcela destas receitas “extras”, dissociadas da curva de receitas diretamente decorrente da execução do objeto de concessão. Mas será que sempre é?

As escolhas relativas tanto (i) à obrigação de compartilhamento quanto (ii) ao seu percentual reflete preocupação sobre o grau de incentivo, a partir destas condicionantes, para que a concessionária tenha interesse de iniciar (sob seu completo risco) essas novas frentes de negócios. Ou seja, na hipótese em que o compartilhar ou o compartilhar em percentual excessivo passar a desincentivar esses novos negócios, nada ganharão nem a concessionária nem o poder concedente. Negócios não existirão se seu fardo regulatório os inviabilizar. Então, pode ser prejudicial para o poder concedente conferir essa exigência de forma indiscriminada e a variedade dos setores pode ajudar a orientar melhor a decisão.

Parte da doutrina¹⁸ defende que sempre deve haver compartilhamento com o poder concedente, dado que esse ganho “extra” da concessionária deveria sempre ter

da política pública, as transformou em obrigação. Foi o caso da produção de energia (metano), material reciclado e créditos de carbono, que, de novo, tradicionalmente são tratados como receitas acessórias. No referido contrato, foram tratadas como obrigação (receitas operacionais não tarifárias), incluídas ao caso base e sujeitas a compartilhamento de risco entre Poder Público e parceiro privado. E este compartilhamento parece refletir a falta de histórico consistente e gerar incentivos para a busca de bom desempenho: se a frustração for maior que 5% do projetado, o Poder Público compensa totalmente. Caso o êxito seja superior a 5% do projetado, o compartilhamento será 50%/50%. Termo Aditivo Modificativo no. 06/2024 ao Termo de Contrato de Concessão nº 027/SSO/2004/São Paulo-SP.

¹⁷ Em nossa pesquisa, não encontramos nenhum projeto no qual não haja qualquer compartilhamento das receitas acessórias com o Poder Público. Entretanto, há várias formas de operacionalizar o compartilhamento. Por exemplo, fazendo com que a receita acessória seja concentrada em conta da qual será debitado o percentual de ônus de fiscalização da agência ou de outorga variável. É o caso de editais de concessões rodoviárias recentes do Estado de São Paulo, como o do Lote Litoral Paulista, cuja Minuta de Contrato de Concessão estabelece: “Toda e qualquer RECEITA ACESSÓRIA integrará a RECEITA BRUTA da CONCESSIONÁRIA, que servirá como base de cálculo para incidência do percentual referente ao ÔNUS DE FISCALIZAÇÃO devido à ARTESP” (Cláusula 12.11) e que “Ao fim de cada mês, a CONCESSIONÁRIA deverá enviar à ARTESP a comprovação da realização de depósito, em conta específica a ser indicada pela ARTESP, do valor correspondente à incidência do percentual referente ao ÔNUS DE FISCALIZAÇÃO sobre a RECEITA ACESSÓRIA auferida no período, bem como documentação contábil que possibilite que a ARTESP verifique se os pagamentos foram realizados nos termos deste CONTRATO” (Cláusula 12.11.2). No setor de aeroportos, o contrato de concessão dos aeroportos do Bloco SP/MS/PA/MG da 7ª Rodada (Contrato de Concessão Nº 002/ANAC/2023) prevê que “A Contribuição Variável corresponderá ao montante anual em reais resultante da aplicação de alíquota sobre a totalidade da receita bruta da Concessionária e de suas eventuais subsidiárias integrais, auferida no ano anterior ao do pagamento” (Cláusula 21.16). E: “Para fins do presente item, será considerada receita bruta qualquer receita auferida pela Concessionária e por eventuais subsidiárias integrais a título de Remuneração, nos termos do presente Contrato” (Cláusula 21.16.1). Nesses casos, certamente, há compartilhamento, mas em veículo cuja incidência de percentual é concentrada em toda a receita do projeto.

¹⁸ “A norma estabelece que a percepção dessas outras fontes de receita objetiva favorecer a modicidade tarifária, isto é, tais receitas não são incorporadas exclusivamente pela concessionária, cabendo ser compartilhadas com o poder concedente para que resulte na diminuição do valor da tarifa” (SOUZA. Concessões de iluminação pública e serviços de cidades inteligentes. Reflexões sobre receitas acessórias, contratação direta e destinação da

como finalidade a modicidade tarifária. A ponderação deixa de ser “como podemos incentivar novos negócios” e passa a ser o contraponto “como podemos reduzir a tarifa?”. Em primeiro lugar, já apontamos que as receitas acessórias são acessórias em relação aos *conceitos* de tarifa, aporte e contraprestação, não necessariamente em relação aos *tamanhos* das respectivas receitas. Ou seja, receitas acessórias podem ser mais elevadas que receitas tarifárias, contraprestações ou aporte numa dada concessão, ou, ainda, responsáveis integralmente pela viabilidade econômico-financeira da concessão. Além disso, se fizerem parte do caso base, não serão “extras”, mas uma variável integrante do projeto, independentemente do seu tamanho ou relevância. Nestes casos, o argumento de a receita ser “extra” e, portanto, absolutamente sujeita ao compartilhamento, parece infundada. Além disso, a modicidade tarifária, que é uma finalidade fundamental, corre o risco de servir de bode expiatório para decisões que simplesmente inibem novos negócios no âmbito da concessão.

Isso significa que o uso do art. 11 da Lei nº 8.987/1995 como argumento definitivo para um compartilhamento indiscriminado corre o risco de inviabilizar sua própria finalidade. Essa leitura pode ser bastante razoável em alguns setores, mas frágil no estímulo a novos negócios de outros setores. Por exemplo, há bastante entusiasmo sobre as possibilidades de valorização de resíduos por meio de uso de tecnologias existentes e desenvolvimento de outras. Ocorre que muitos desses projetos precisam de segurança e incentivos para serem desenvolvidos, sem qualquer série histórica sobre seus retornos. Um tempo de teste, não compartilhando receitas acessórias nos primeiros *x* anos de operação, por exemplo, pode ser interessante para sua consolidação.¹⁹ De outro lado, a depender da urgência de acesso aos recursos e perfil de política pública que se quer concretizar, o compartilhamento pode ocorrer no momento da proposta na licitação. Nesse caso, justamente o investidor que conhece mais aquele risco traduzirá sua vantagem competitiva em compromisso financeiro concreto (outorga). O importante é ter atenção para não gerar desincentivo ao desenvolvimento das receitas acessórias.

Outra forma de ponderar o grau de compartilhamento de receitas acessórias é reconhecer que elas podem ser, dentro do mesmo contrato, muito variadas e, por isso,

Contribuição de Iluminação Pública, p. 12). Marcos Augusto Perez e Rafael Roque Garofano (O compartilhamento de receitas extraordinárias nas Parcerias Público-Privadas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 179, set. 2013/fev. 2014), também sobre a relação entre receitas acessórias e compartilhamento com o poder concedente, indicam que “uma vez autorizadas de acordo com o contrato, as receitas extraordinárias percebidas pelo parceiro privado passam a compor a equação econômico-financeira da concessão (ainda que o resultado econômico dessas atividades corra por conta e risco exclusivos do concessionário). É fundamental, nesse contexto, que o necessário compartilhamento dos ganhos obtidos entre concessionário e poder concedente se dê de modo a incentivar o concessionário a de fato realizar essas atividades (as quais podem aumentar seu retorno econômico) e para impulsioná-lo a ser mais eficiente e consequentemente aumentar a margem de lucro sobre a atividade ancilar (afinal, parte dessa margem de lucro será repartida com a Administração). Somente com esse viés é que se dará o efetivo cumprimento do móvel legal de busca de maior economicidade da concessão ou de modicidade tarifária”.

¹⁹ O Contrato de Concessão Administrativa nº 25.297 (concessão da rede municipal de iluminação pública do Município de Curitiba) contém iniciativa em sentido semelhante, ao prever a possibilidade de que as partes negociem o estabelecimento de um período de carência para o início do compartilhamento de receitas acessórias. Nesse sentido: “Os valores resultantes do compartilhamento de que trata a Subcláusula 28.3 poderão ser negociados entre as partes, mediante a estipulação de um prazo de carência para início do compartilhamento das receitas apuradas na exploração da ATIVIDADE RELACIONADA, contados a partir do início de sua exploração” (Cláusula 28.3.1).

um único percentual de compartilhamento pode ser problemático. Isso porque, para algumas receitas acessórias, o percentual escolhido pode ser extremamente pesado, gerando desincentivo ao desenvolvimento daqueles negócios, ao passo que, para outras atividades, o mesmo percentual se demonstrar palatável para que a iniciativa privada continue interessada em levá-las adiante. Por exemplo, receitas estimáveis, de largo e consolidado histórico, podem justificar percentual mais agressivo porque o risco do concessionário já é relativamente baixo. Por outro lado, receitas não estimáveis, com risco de implantação e performance alto, vão exigir maior remuneração do privado e, portanto, compartilhamento mais conservador. Certamente, não é fácil “acertar” a medida ideal do percentual e, em muitos casos, ele poderá ser um excesso irrelevante de detalhamento contratual. O argumento aqui sustentado não é por um ou outro modelo, mas simplesmente pelo fomento à discussão no caso concreto sobre a tensão entre o (des) incentivo aos novos negócios x modicidade tarifária que o grau de compartilhamento pode gerar.

Os projetos de iluminação pública têm trazido essa tentativa de tratamento customizado. Alguns contratos estabelecem, por exemplo, diferentes percentuais de compartilhamento para distintos serviços.²⁰ Outros adotam modelo distinto, em que o contrato fixa um percentual máximo de compartilhamento, mas admite que as partes negociem para definir percentual inferior.²¹

²⁰ É o caso do edital da concessão de iluminação pública do Município de Foz do Iguaçu, cuja Minuta de Contrato fixa um percentual de compartilhamento mais alto (de 15%) para as atividades previstas como pré-autorizadas pelo poder concedente (que incluem o aluguel de espaços, a instalação de câmeras de videomonitoramento e a instalação de pontos de rede *wi-fi*), enquanto estabelece um percentual mais baixo (de 5%) para outras atividades que podem ser exploradas mediante solicitação da concessionária. Essa distinção, possivelmente, está associada ao fato de que as atividades pré-autorizadas são aquelas que já têm um histórico de desenvolvimento por concessionárias do setor e, por isso, implicam riscos mais baixos. Veja-se:

“As RECEITAS ACESSÓRIAS decorrentes da exploração de ATIVIDADE RELACIONADA serão compartilhadas pela CONCESSIONÁRIA em favor do PODER CONCEDENTE na proporção de:

i. 15% (quinze por cento) da receita bruta apurada na exploração da ATIVIDADE RELACIONADA prevista na Subcláusula 27.1.2.i;

ii. 5% (cinco por cento) da receita bruta apurada na exploração das ATIVIDADES RELACIONADAS previstas nas Subcláusulas 27.1.2.ii e 27.1.2.iii ou de outra ATIVIDADE RELACIONADA que venha a ser autorizada no curso da CONCESSÃO” (Cláusula 27.2.1).

²¹ O Contrato de Concessão nº 21/2020 (rede municipal de iluminação pública do Município de Aracaju) estabelece que o compartilhamento das receitas acessórias ocorrerá na proporção de até 5% (cinco por cento) e admite negociação para fins de redução do percentual, nas hipóteses em que o compartilhamento estabelecido como base inviabilizar a exploração da atividade. Nesse sentido: “Os valores resultantes do compartilhamento de que trata a Subcláusula acima poderão ser negociados entre as PARTES para redução do percentual de compartilhamento com o PODER CONCEDENTE, nas hipóteses em que o compartilhamento pré-estabelecido na Subcláusula acima inviabilizar a exploração da ATIVIDADE RELACIONADA” (Cláusula 27.3.1).

Em linha semelhante, o Contrato de Concessão Administrativa 214/2020 (rede municipal de iluminação pública do Município de Vila Velha) prevê que as receitas acessórias decorrentes da exploração de atividades relacionadas serão compartilhadas entre concessionária e poder concedente na proporção de até 15% (quinze por cento) da receita bruta apurada e que os valores resultantes deste compartilhamento poderão ser negociados entre as partes, “mediante alteração do percentual de compartilhamento e/ou estipulação de um prazo de carência para início do compartilhamento das receitas apuradas na exploração da ATIVIDADE RELACIONADA, contado a partir do início de sua exploração” (Cláusula 25.3.1).

4 Qual modelo de governança escolher para implantação, fiscalização e transferência dos negócios que geram receitas acessórias?

O primeiro ponto a se discutir sobre a governança na implantação das receitas acessórias é a necessidade de prévia autorização do Poder Público para sua exploração. Há duas situações mais comuns, ambas suscetíveis de melhorias a depender da maturidade do setor e da série histórica das receitas acessórias: (a) lista de atividades contratualmente já pré-autorizadas e (b) necessidade de prévia autorização futura durante a execução contratual.

Se o setor é maduro ou se já há algum conhecimento sobre o desempenho de determinadas receitas acessórias e, inclusive, indicou-se o auferimento destas receitas como parte do caso base, é razoável que sua exploração já esteja previamente autorizada no contrato. Isso significa que caberia apenas à concessionária comunicar o início da exploração das receitas acessórias ao poder concedente, sem custos de transação de obter uma aprovação ao longo da execução contratual.²² O inconveniente da necessidade de obtenção de autorizações é o fato de o conceito de autorização ser facilmente compreendido como sujeito ao exercício de juízo de discricionariedade do Poder Público, obstruindo o desenvolvimento de novos negócios. Além disso, a autoridade responsável pode demorar para emitir a sua decisão, silenciar ou gerar custos de transação que caracterizam um fardo regulatório potencialmente prejudicial para o desempenho de atividades associadas.

Claro, o Poder Público deverá sempre exigir que as atividades que impliquem receitas acessórias não acarretem qualquer prejuízo para a execução do objeto do contrato, ainda que estejam pré-autorizadas. Porém, essa exigência é muito distinta da submissão do início da sua exploração ao tempo e entraves institucionais. Em resumo, sugere-se esclarecer aos que participam do leilão quais as receitas acessórias que certamente poderão ser exploradas. Pode fazer diferença no ágio.

De outro lado, é factível imaginar que, justamente pela falta de conceito exaustivo de receitas acessórias, o Poder Público necessite realizar autorizações de inovações (geradoras de receitas acessórias) ao longo de contrato, com o intuito de preservar a operação da política pública que o fundamentou. Nesses casos, há alguns caminhos que

²² No setor de iluminação pública, há o exemplo do edital da concessão da rede do Município de Olinda (Edital de Concorrência nº 03/2023), cuja Minuta de Contrato estabelece o seguinte regime para a aprovação de atividades geradoras de receitas acessórias:

“27.1.2 Fica desde já autorizada a exploração das seguintes ATIVIDADES RELACIONADAS:

i. aluguel, locação ou cessão de espaço na REDE MUNICIPAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA;

ii. exploração de serviços que se utilizem da infraestrutura do SISTEMA DE TELEGESTÃO; a instalação de câmeras de videomonitoramento ou de pontos de internet sem fio (WiFi) pela CONCESSIONÁRIA.

(...)

27.1.3 Na hipótese de ATIVIDADES RELACIONADAS não descritas na Subcláusula 27.1.2, a CONCESSIONÁRIA deverá solicitar ao PODER CONCEDENTE autorização para a sua exploração, o qual terá o prazo de até 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, para se pronunciar a respeito da solicitação”.

Os contratos de concessão de aeroportos federais, por sua vez, preveem que a concessionária poderá explorar atividades econômicas que gerem receitas não tarifárias, mas não estabelecem um procedimento que exija a anuência prévia do poder concedente ou da ANAC. A exceção refere-se à celebração de contratos com terceiros para a utilização de espaços no complexo aeroportuário por um período superior ao da vigência dos respectivos contratos de concessão. Nesses casos, os contratos da sexta e sétima rodadas de concessões preveem a necessidade de autorização prévia do Ministério da Infraestrutura, com consulta à ANAC (Cláusulas 11.1.1 do Contrato de Concessão 001/ANAC/2021-Norte, referente ao Bloco Norte I de aeroportos federais, e do Contrato de Concessão 003/ANAC/2023, referente ao Bloco Norte II de aeroportos federais).

podem regular essa maior imprevisibilidade: (i) reconhecimento de autorização tácita, na hipótese de silêncio para além de prazo; (ii) exigência de estudos econômico-financeiros específicos sobre o percentual a ser compartilhado e (iii) reforço de ônus justificador da eventual negativa à autoridade competente para autorizar.

A primeira possibilidade tem passado a ser mais constante dos contratos de concessão e parcerias público-privadas na regulação de diversos temas,²³ a despeito das discussões doutrinárias sobre aplicabilidade do silêncio positivo ou eloquente ao Poder Público.²⁴ De um lado, é verdade que prazos muitas vezes soam irrealistas em instituições assoberbadas de demandas e precarizadas em recursos humanos. A defesa da negativa da aplicabilidade do silêncio positivo reflete a defesa dos gestores que, de fato, têm um desafio impossível no sentido de cumprimento de prazos. De outro lado, a insatisfação com o fardo regulatório e a inércia em se manifestar (seja positiva ou negativamente) da iniciativa privada ecoou nas instituições públicas como questão central nas variáveis que culminam numa decisão de investimento, de modo que o silêncio positivo começou a aparecer. No caso de autorizações de receitas acessórias,²⁵ sobretudo considerando que

²³ O silêncio positivo, ou aprovação tácita, tem sido considerado em diversos temas relacionados a contratos de concessão, especialmente nos casos de ausência de manifestação do poder concedente ou da agência reguladora competente, conforme o caso, em situações envolvendo (i) a aprovação de projetos e planos da concessão; (ii) manifestações no âmbito de processos para aferição de indicadores de desempenho; (iii) a alienação de bens reversíveis no fim do prazo de concessões.

Em relação ao primeiro ponto, por exemplo, o Contrato de Concessão Administrativa nº 119/2023, relativo à operação e manutenção da rede de iluminação pública do Município de Canoas, prevê a apresentação de um “Plano de Modernização”, que descreve os serviços a serem prestados durante a execução contratual, e um “Cadastro Base”, que deve conter os equipamentos da rede municipal de iluminação. Esses documentos devem ser aprovados pelo poder concedente no prazo de 20 (vinte) dias. Caso não sejam, a Cláusula 14.3.3.2. prevê que “estes serão considerados aprovados”.

Em relação ao segundo ponto, ver, por exemplo, o Contrato de Concessão Administrativa relativo à gestão, modernização, operação e manutenção da rede de iluminação pública do Município de Bauru: “Caso conste do RELATÓRIO TRIMESTRAL DE INDICADORES solicitações de desconsideração de itens da amostra em virtude da superveniência de eventos cujo risco de ocorrência não é atribuído por este CONTRATO à CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE poderá encaminhar, em até 5 (cinco) dias contados do recebimento do RELATÓRIO TRIMESTRAL DE INDICADORES, manifestação fundamentada sobre a aceitação das justificativas apresentadas pela CONCESSIONÁRIA (...) As solicitações de desconsideração apresentadas pela CONCESSIONÁRIA e eventuais manifestações apresentadas pelo PODER CONCEDENTE serão examinadas e decididas no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de serem aceitas tacitamente” (Cláusulas 35.3.1.1 e 35.3.1.2).”

Em relação ao terceiro ponto, o Contrato de Concessão Patrocinada 01/2021 (Trem Intercidades Eixo Norte) prevê que, caso o poder concedente não se manifeste dentro do prazo estipulado no contrato sobre a alienação ou aquisição de bens móveis que se qualifiquem como bens reversíveis ao final da concessão, essa falta de manifestação será entendida como “não objeção” (Cláusula 8.12.8.1).

²⁴ Conforme sintetizado por Paulo Modesto (Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 50, abr./jun. 2017), de acordo com a doutrina tradicional, sem uma norma jurídica que atribua efeitos explícitos, não se poderia inferir qualquer declaração de direito a partir da omissão ou inação administrativa. Contudo, diversos autores, como Paulo Modesto (Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 45-80, abr. 2009) e André Saddy e Thiago Marrara (Administração que cala consente? Dever de decidir, silêncio administrativo e aprovação tácita. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 227-264, maio/ago. 2021), têm destacado a importância do silêncio positivo como mecanismo de proteção ao administrado, especialmente em situações nas quais o Poder Público permanece inerte em questões que demandam sua manifestação.

²⁵ Por exemplo, no setor de resíduos sólidos, o contrato de concessão para prestação de serviços públicos de manejo de resíduos sólidos no Consórcio de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Cariri dispõe: “O transcurso do prazo de que trata a subcláusula 21.9 sem qualquer manifestação por parte do PODER CONCEDENTE ensejará a aceitação tácita do referido plano comercial de RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS” (Cláusula 21.11). Como exemplo do setor de iluminação pública, o Contrato de Concessão Administrativa nº 119/2023 (rede de iluminação pública de Canoas) prevê que o poder concedente terá o prazo de 30 dias para se pronunciar a

não são demandas recorrentes que vão sobrecarregar continuamente os gestores, mas, ao contrário, pontuais e específicas, parece sinalizar positivamente uma propensão à diligência, incentivando o desenvolvimento desses novos negócios.

A segunda possibilidade parece racional, afinal a decisão futura será embasada por estudos que vão identificar o modelo desse novo negócio e o percentual que parece razoável compartilhar com o Poder Público sem inviabilizá-lo. Há, porém, o risco de ser mecanismo que simplesmente posterga o problema. Isso porque discutir e chegar a um consenso sobre quanto o Poder Público “teria direito” não parece ser uma negociação equilibrada, na medida em que depende da autorização do Poder Público para iniciar o negócio. Além disso, é mecanismo que gera ruído e morosidade, dado que as partes podem assimilar premissas distintas na avaliação desse modelo. Se mais de um ator privado, num mesmo setor, adota premissas distintas na exploração de uma receita acessória, como imaginar que o Poder Público vai obter um “modelo correto” a ponto de respaldar sua concordância com o percentual que lhe será atribuído? Finalmente, assumindo que só ficarão para depois as receitas cujas séries históricas são menos conhecidas e, assim, não gozam de percentual de compartilhamento identificado, remanesce o risco de, no momento do pleito de autorização da atividade, essa série histórica ainda inexistir. Se esse risco se materializar, a ponderação que se faz é se o gestor deveria estar numa situação de busca da verdade sobre desempenho e rentabilidade de atividade, que ninguém detém (nem mesmo o investidor), simplesmente porque ela não é única. Uma eventual saída, já considerando que estas receitas não farão parte do caso base, é que o contrato pode prever a proteção à imprecisão desse percentual. Um percentual baixo desde o início do contrato pode ser uma saída mais conservadora e segura, evitando discussões futuras e conferindo mais isonomia na elaboração de propostas.

Três, considerando que para novas receitas acessórias o procedimento de autorização terá que ser percorrido, vale sublinhar o ônus da negativa. A lei, como assinalamos anteriormente, não delimitou o conceito de receitas acessórias. Dessa forma, nesse espaço de exploração econômica, que potencialmente reverterá em benefícios públicos e privados, a regra deve ser essa liberdade conceitual. A possibilidade de negativa, ainda que reste possível ao poder concedente, gozará de qualidade regulatória na hipótese de estar limitada à boa execução do objeto mesmo da concessão. Sim, se o Poder Público não acolher os pleitos de autorizações com base simplesmente em conveniência e oportunidade, talvez encontre guarida dos seus controladores. Porém, talvez parte do Poder Público queira encontrar guarida no reconhecimento da qualidade dos projetos disponibilizados, que, novamente, decorre da legitimidade sobre a distribuição de incentivos, para além da sua legalidade.

Outro desafio da governança das receitas acessórias é sua fiscalização, no que se refere ao problema das cadeias de receitas das eventuais diversas unidades geradoras de caixa coexistentes. A pergunta que se coloca é: as receitas acessórias se limitam à SPE que representa a concessionária ou pode ser auferida por outras empresas? O §1º e §2º do art. 25 da Lei nº 8.987/1995 preveem, respectivamente, que, “sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com

respeito da solicitação da Concessionária para fins de exploração de atividade relacionada. Caso o poder concedente não se manifeste dentro desse prazo, “considera-se deferida a solicitação da CONCESSIONÁRIA, nas condições propostas”.

terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”, e “os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente”. A leitura dos dispositivos parece sinalizar que as receitas acessórias são geradas e conduzidas por personalidades jurídicas distintas e autônomas, cuja relação se dá pelo direito privado, sem haver notadamente qualquer relação entre o poder concedente e o terceiro contratado.

Como fiscalizar? Há aqui um ônus importante do regulador e o mecanismo de caixa único para viabilizar a solução desse desafio. Ônus do regulador no sentido de averiguar as informações trazidas pelo concessionário, o que pode ser frágil, dada a assimetria de informações. Quanto ao mecanismo de caixa único significaria o uso de conta centralizadora para facilitar a avaliação dos montantes e a dinâmica de incidência de percentual de compartilhamento. O desafio remanesce.

5 Conclusão

Há muitos outros temas que merecem discussão, no que concerne às escolhas a respeito das receitas acessórias. Por exemplo, (i) caracterização, ou não, dos equipamentos utilizados para exploração dessas receitas como bens reversíveis; (ii) a necessidade de celebração de contratos apartados e específicos com o poder concedente, quando este for o contratante das atividades que geram receitas acessórias; (iii) como a exploração das atividades excederá, ou não, o prazo da concessão e suas repercussões; (iv) a destinação dos recursos decorrentes do compartilhamento das receitas acessórias, dentre outros.²⁶

O objetivo deste artigo não foi dar respostas definitivas ou fazer recomendações sobre a decisão a ser tomada em cada um dos três temas, mas alargar o arsenal (ou a consciência sobre esse arsenal) de possibilidades à disposição do Poder Público e da iniciativa privada. Ou seja, é um reconhecimento da falta (pertinente) de determinações legais fixas e da grande flexibilidade regulatória, ilustrada pelos casos concretos. O grau de maturidade do setor e o conhecimento da série histórica do comportamento dessas receitas podem ser variáveis a nos guiar na distribuição de incentivos. Cabe aos estruturadores e aos gestores de contrato assimilar a liberdade de que goza a exploração destas atividades econômicas, promovendo decisões customizadas, considerando seus riscos, vantagens e desvantagens. Processo talvez difícil, mas potencialmente rico e desencadeador de decisões responsáveis.

²⁶ No mesmo sentido, ver: SOUZA. Concessões de iluminação pública e serviços de cidades inteligentes. Reflexões sobre receitas acessórias, contratação direta e destinação da Contribuição de Iluminação Pública, p. 14.

Referências

ALDIGUIERI, Daniel Rodrigues. *Modelo normativo para o tratamento de receitas não tarifárias em processos de concessão de infraestrutura de transporte*. Orientador: Felipe de Melo Fonte. 2012. Tese (Doutorado em Engenharia) – Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

AMORA, Dimmi. ANTT cria mecanismo para apurar abusividade em cobrança de serviços acessórios de ferrovias. *Agência Infra*, Brasília, DF, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/antt-cria-mecanismo-para-apurar-abusividade-em-cobranca-de-servicos-acessorios-de-ferrovias/>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BONACOSSA, Rafael Barbosa; GUIMARÃES, Beatriz Sotó Maior. A exploração de receitas não-tarifárias como atrativo para as concessões de aeroporto no Brasil. *Agência Infra*, Brasília, DF, 8 abr. 2022. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/infradebate-a-exploracao-de-receitas-nao-tarifarias-como-atrativo-para-as-concessoes-de-aeroporto-no-brasil/>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. 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. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.

COSTA, Pedro Henrique Lourenço. *Receitas não-tarifárias nas concessões de serviço público de transportes: uma análise crítica e propositiva sobre sua arrecadação e utilização*. 2017. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas Rio, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/b3a3a2f5-4f09-4230-ad19-aad9186e6f0b>. Acesso em: 18 ago. 2024.

FREITAS, Rafael Vêras de. Algumas propostas para a interpretação das fontes de receitas alternativas nas concessões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 151-164, set. 2014/fev. 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121-148, jan./mar. 2008.

MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 97-107, jul./set. 2004.

MARRARA, Thiago. Administração que cala consente? *Dever de decidir, silêncio administrativo e aprovação tácita*. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 227-264, maio/ago. 2021.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *A remuneração do particular na execução de atividades públicas*. Orientadora: Odete Meduar. 2014. 214 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082017-135939/ppt-br.php>. Acesso em: 18 ago. 2024.

MODESTO, Paulo. Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 47-58, abr./jun. 2017.

PEREZ, Marcos Augusto; GAROFANO, Rafael Roque. O compartilhamento de receitas extraordinárias nas Parcerias Público-Privadas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 169-188, set. 2013/fev. 2014.

PICININ, Juliana de Almeida. A realização de atividades conexas, geradoras de fontes acessórias de receita, por sociedade de economia mista prestadora de serviço público. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 57, set. 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Receitas acessórias decorrentes de novos projetos imobiliários em concessões e PPPs; JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach; DALLARI, Adilson Abreu; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; NESTER, Alexandre Wagner (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 371-388.

SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr. 2009.

SOUZA, Ana Paula Peresi de. Concessões de iluminação pública e serviços de cidades inteligentes. Reflexões sobre receitas acessórias, contratação direta e destinação da Contribuição de Iluminação Pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 9-44, abr./jun. 2023.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público privadas*. Orientadora: Maria Sylvia Zanella di Pietro. 2010. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/pt-br.php>. Acesso em: 18 ago. 2024.

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

REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. Estudo comparado sobre receitas acessórias em concessões e Parcerias Público-Privadas (PPPs). In: JUSTEN, Monica Spezia; PEREIRA, Cesar; JUSTEN NETO, Marçal; JUSTEN, Lucas Spezia (coord.). *Uma visão humanista do Direito: homenagem ao Professor Marçal Justen Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. v. 3, p. 345-360. ISBN 978-65-5518-915-5.
