

A TARIFAÇÃO DINÂMICA COMO MECANISMO DE GESTÃO DE TRÁFEGO NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS – O CASO DO LOTE LITORAL PAULISTA

Henrique Portela Oliveira¹

Arthur Felipe Torres Trindade da Silva²

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Estruturas remuneratórias para a concessionária e o modelo utilizado no Lote Litoral Paulista; 2.1 – Formas de remuneração da concessionária; 2.2 – Fixação da tarifa cobrada dos usuários; 2.3 – O Lote Litoral Paulista; 3 – A tarifação dinâmica como mecanismo de gestão de tráfego nas concessões rodoviárias; 3.1 – A tarifa regulatória; 3.2 – A tarifa dinâmica nas concessões rodoviárias; 3.3 – A (i)legalidade da tarifa dinâmica: a experiência do Lote Litoral Paulista; 3.4 – A disposição de incentivos da tarifa dinâmica no Lote Litoral Paulista; 3.5 – A repartição de riscos no mecanismo de tarifação dinâmica e o equilíbrio econômico-financeiro; 4 – Conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo faz uma análise sobre a utilização da tarifa dinâmica como forma de gestão de tráfego, mecanismo que, apesar de já utilizado em projeto de concessão rodoviária federal, pela primeira vez foi empregado

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Procurador do estado de São Paulo.

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do estado de São Paulo.

em uma concessão do estado de São Paulo. Por se tratar de uma novidade no âmbito estadual, algumas questões surgiram acerca da legalidade e da disposição de incentivos na utilização do mecanismo, que foram devidamente enfrentadas no presente trabalho, à luz do entendimento doutrinário e dos órgãos de controle em casos semelhantes. O método de trabalho utilizado foi o estudo de caso da concessão do Lote Litoral Paulista, por meio da análise do seu edital.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão. Tarifa dinâmica. Lote Litoral Paulista.

1. INTRODUÇÃO

A tarifa é tradicionalmente concebida como a contraprestação paga pelo usuário em virtude do serviço público que a ele é prestado, sendo a forma básica – mas não exclusiva – de remuneração dos concessionários de serviços delegados. Geralmente, são calculadas de acordo com os custos do serviço e fixadas no montante necessário à amortização dos investimentos feitos pelo delegatário.

Não obstante, a política tarifária deve ser definida pelos entes políticos detentores da competência para prestação do respectivo serviço, atendendo às suas peculiaridades³. Por vezes, as particularidades do projeto podem motivar a instituição de tarifas como instrumento de racionalização e contenção do uso do serviço público⁴.

Nesse sentido, no Lote Litoral Paulista – Edital de Concorrência Internacional nº 002/2021, publicado em 14 de maio de 2021 – considerando o fluxo de veículos oriundo de perímetro urbano cortado pela rodovia, foi instituído o mecanismo de tarifas dinâmicas como forma de gerenciar o tráfego no trecho Peruíbe-Praia Grande. O objetivo é viabilizar um instrumento que, nos momentos de alta densidade de veículos na rodovia, permite induzir a manutenção do tráfego local nas vias marginais, preservando o nível de serviço no tráfego de longa distância.

3 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 322.

4 CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 83.

O mecanismo é pioneiro no estado e, desde a modelagem do projeto, vem enfrentando uma série de desafios de cunho legal e regulatório. Neste artigo, pretendemos enfrentar cada um desses pontos.

2. ESTRUTURAS REMUNERATÓRIAS PARA A CONCESSIONÁRIA E O MODELO UTILIZADO NO LOTE LITORAL PAULISTA

2.1 Formas de remuneração da concessionária

O artigo 175 da Constituição Federal outorga ao Poder Público o dever de prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. O inciso III do parágrafo único daquele artigo, por sua vez, estabelece que a lei deverá dispor sobre a política tarifária.

A política tarifária, nas concessões de serviço público, é disciplinada entre os artigos 9º e 13 da Lei nº 8.987/1995. Na lei nacional, não há determinação, ao menos não de forma expressa, de que o serviço seja remunerado por meio de tarifa cobrada dos usuários.

À primeira vista, pode-se inferir que, não tendo havido determinação constitucional ou legal para instituição de tarifas, o serviço poderia ser remunerado pela cobrança de taxas dos usuários. Ocorre que a submissão das taxas ao regime tributário representaria um dificultador ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Como esclarece o inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.987/1995, a concessão de serviço público se dá por conta e risco do concessionário. A assunção de tais riscos, contudo, só é possível em face da garantia de manutenção ao equilíbrio econômico-financeiro. Sem essa garantia, e com o ônus de resguardar todas as condições de um serviço adequado⁵, o projeto se revelaria insustentável.

5 “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995, art. 6º, grifo nosso).

Um dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é, justamente, a revisão das tarifas. Embora não seja o único, os demais mecanismos possuem limitações que, no caso específico, podem inviabilizar sua adoção – como restrições orçamentárias e o risco de perpetuação das concessões, nos casos de indenização do Poder Concedente e prorrogação do contrato, respectivamente.

Sendo assim, é preciso que a remuneração da concessionária seja submetida a um regime de maior flexibilidade. Como as taxas se submetem aos princípios da legalidade e da anterioridade, condicionar a revisão dos valores cobrados à instituição de lei publicada no ano anterior à implementação, quando constatado o desequilíbrio econômico financeiro do contrato, poderia minar a atratividade do projeto⁶.

Portanto, nas concessões de serviço público, os valores cobrados dos usuários devem ter natureza de tarifa, e não de taxa.

Hoje já é assente que a cobrança de tarifas não é requisito indispensável da concessão de serviço público, sobretudo com a instituição da concessão administrativa pela Lei nº 11.079/2004⁷. Contudo, antes mesmo da promulgação da referida lei, a cobrança das tarifas não era uma condição inafastável⁸. A necessidade de definição da política tarifária não se confunde com a obrigatoriedade de instituição das tarifas, uma vez que a política adotada pode ser, justamente, pela não instituição de tarifas.

A opção de remunerar o concessionário por meio do pagamento de tarifas cobradas dos usuários revela uma decisão do Estado de onerar aqueles que utilizam o serviço concedido, em vez de aplicar recursos públicos arrecadados de toda sociedade, por meio da cobrança

6 SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 49.

7 “Art. 2º, § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004, art. 2º).

8 Nesse sentido, por exemplo: DE ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 113; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 160.

de tributos. O regramento da tarifa, portanto, é uma decisão política. É a manifestação da política tarifária para aquele projeto específico.

O fato é que, optando-se por remunerar o concessionário por meio de tarifas cobradas dos usuários, a contraprestação deve observar todo o regramento constitucional, legal e regulamentar. Nesse ponto, é válido adiantar que o regramento da política tarifária previsto no artigo 9º da Lei nº 8.987/1995 não é exaustivo, havendo espaço para disciplina pelos estados – ponto ao qual retornaremos adiante.

O inciso III do artigo 2º da Lei estadual nº 7.835/1992 define a concessão de serviço público como a delegação contratual, à empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, *remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários*. O inciso III do artigo 16 do mesmo diploma, por sua vez, encarrega o concessionário da cobrança das tarifas, conforme fixadas pelo Poder Concedente.

Logo, conclui-se que, no estado de São Paulo, optou-se por conferir natureza tarifária à contraprestação paga pelos usuários do serviço concedido. A opção atende às boas práticas regulatórias, considerando que, como já esclarecido, as tarifas gozam de maior flexibilidade quando comparadas às taxas – qualidade essencial no caso de sua revisão como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Além da cobrança de tarifas e da possibilidade de contraprestação pecuniária pelo Poder Concedente, admite-se ainda a instituição de receitas marginais ao projeto. Nesse sentido, o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 autoriza a previsão 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.

2.2 Fixação da tarifa cobrada dos usuários

Como já visto, o inciso III do artigo 2º da Lei estadual nº 7.835/1992 determina que a concessão de serviço público será remunerada, basicamente, pela cobrança de tarifas dos usuários. A forma de definição das tarifas será estabelecida no edital, observando os limites estabelecidos na legislação.

O artigo 15 da Lei nº 8.987/1995 elenca sete critérios de julgamento da licitação, conferindo ao Poder Concedente um leque abrangente para

modelagem do projeto de concessão⁹. Em linhas gerais, a depender do critério adotado, a definição da tarifa poderá ficar a cargo da contratante ou da contratada – observando, em ambos os casos, os limites definidos no edital.

Nos projetos de concessão rodoviária do estado de São Paulo, o critério de julgamento que vem sendo adotado nos últimos projetos é o do maior valor da outorga fixa¹⁰. Entende-se que esse critério é capaz de selecionar de forma mais objetiva empresas que tenham porte suficiente para gerir um projeto de tamanha magnitude, exigindo-se, desde a licitação, o comprometimento financeiro da interessada.

Nos projetos estaduais de concessão de rodovias, portanto, as tarifas são definidas pelo Poder Concedente, sujeitando-se a regras de reajuste e revisão previstas no contrato. Tradicionalmente, não há margem de flexibilidade para fixação ou alteração das tarifas pela Concessionária – salvo a hipótese de concessão de descontos e promoções por sua conta e risco.

2.3 O Lote Litoral Paulista

No último edital publicado – Lote Litoral Paulista¹¹ –, o critério de julgamento adotado foi o da maior oferta de outorga fixa, cujo pagamento é condição prévia para assinatura do contrato¹². Além do valor da outorga

9 “Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas” (BRASIL, 1995, art. 15).

10 Nos últimos dois editais publicados – Lote PIPA e Lote Litoral Paulista – o critério de julgamento estabelecido foi o de maior valor de outorga fixa, tendo sido fixado, em ambas, o valor mínimo de outorga.

11 Edital de Concorrência Internacional n° 002/2021, publicado em 14 de maio de 2021.

12 Item 6.2 do Edital de Concorrência Internacional n° 002/2021.

fixa, a contratada se comprometerá a pagar o valor da outorga variável, calculada em razão das receitas auferidas pela Concessionária conforme disciplina prevista no contrato, mas que ficará de fora da proposta de preço.

A estrutura tarifária foi estabelecida no Anexo 4 do Edital. A cobrança em face dos usuários se dará em dois tipos de praças de pedágio: as *praças troncais*, em que o pagamento das tarifas é feito nas cabines de cobrança; e as *praças de entrada*, em que a cobrança se dá pelo sistema de *free flow*, com valores proporcionais à distância efetivamente percorrida pelo usuário e sem necessidade de desaceleração dos veículos.

O sistema de fluxo livre não é novidade nos projetos de concessão rodoviária do estado. Os últimos editais já previam a possibilidade de sua instituição, condicionando-a ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro¹³. O *free flow*, inclusive, já foi implementado em algumas rodovias do estado, tendo sido denominado Sistema Ponto a Ponto¹⁴.

O edital do Lote Litoral Paulista, todavia, é o primeiro no estado a (i) determinar a instalação, desde o início do projeto, do sistema de fluxo livre – no trecho Peruíbe-Praia Grande –, e (ii) de forma pioneira, instituir a cobrança de tarifas como um mecanismo de gerenciamento de tráfego a ser administrado pela concessionária.

Linhas gerais, o edital admite que a concessionária aplique um fator de gerenciamento às tarifas cobradas nas praças de entrada, reduzindo ou aumentando o valor cobrado dos usuários, como forma de gerenciar o tráfego no trecho. Sendo assim, constatada a alta densidade de veículos em determinado momento, a concessionária terá autonomia para aumentar o valor cobrado nas praças de entrada e, assim, desincentivar o acesso de novos veículos na rodovia. Por outro lado, havendo baixa densidade de automóveis na pista, as tarifas poderão ser reduzidas para incentivar o uso da rodovia.

13 É o caso, por exemplo, da Cláusula 16.1, “xlvii”, do Contrato Artesp nº 409/2020 – Lote PIPA.

14 O Ponto a Ponto funciona nas rodovias Engenheiro Constâncio Cintra (SP-360), Santos Dumont (SP-75), Governador Adhemar Pereira de Barros (SP-340) e na Rodovia Prof. Zeferino Vaz (SP 332).

Conforme item 1.1 do Anexo 22 do Edital, o mecanismo tem como finalidade declarada reforçar a natureza do Sistema Rodoviário como uma composição de vias para o tráfego de longa distância, otimizar a utilização da infraestrutura existente e assegurar a manutenção dos níveis de serviço na localidade. Não obstante a justificativa apresentada, há vários pontos da nova sistemática que merecem atenção e serão objeto de análise mais adiante.

Mecanismo similar foi proposto na nova concessão do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo, tendo o *free flow* sido instituído como mecanismo de gerenciamento de tráfego no trecho metropolitano (km 205 a 230 da BR-116/SP)¹⁵. O fator de gerenciamento máximo no projeto federal foi fixado, inicialmente, em 12 (doze), bem inferior ao limite de 4 (quatro) fixado para o Lote Litoral Paulista.

3. A TARIFAÇÃO DINÂMICA COMO MECANISMO DE GESTÃO DE TRÁFEGO NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS

3.1. A tarifa regulatória

A utilização de tarifas como forma de induzir determinado comportamento nos usuários não é novidade nos projetos de infraestrutura. A validade desse mecanismo, aliás, já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica.

Referido programa previa a cobrança de sobretarifas sobre o consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas, como forma de incentivo ao racionamento. Na ocasião, o STF entendeu que o acréscimo tarifário não descaracterizava a tarifa, “tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço”¹⁶.

15 Conforme Anexo 14 do modelo contratual divulgado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: https://www7.idealsvdr.com/v3/RODOVIA_-_BR-116-101-RJ-SP/. Acesso em: 23 nov. 2020.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 de dezembro de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 6 fev. 2002, p. 1.

No mesmo sentido, a Súmula nº 407 do Superior Tribunal de Justiça considera “legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo”¹⁷.

Rafael Wallbach Schwind denomina *tarifa regulatória* aquela utilizada como fator de estímulo ou desestímulo à utilização do serviço, de acordo com os fins buscados pela Administração. Trata-se de função anômala da tarifa, uma vez que a fixação do seu valor econômico não está, necessariamente, ligada ao custo da prestação do serviço¹⁸.

Marçal Justen Filho, com amparo na extrafiscalidade do Direito Tributário, denomina a tarifa utilizada com fins gerenciais como “tarifas extrafiscais”¹⁹.

Rafael Wallbach Schwind elenca alguns parâmetros a serem observados na instituição de tarifa regulatórias²⁰.

Por se tratar de medida com efeito sobre a distribuição de riqueza, o autor defende que as tarifas orientadas à modificação de comportamento dos usuários devem ser instituídas por lei, podendo as minúcias serem previstas em atos infralegais. Como exceção, Wallbach admite a hipótese de deslegificação, quando o próprio legislador retira a questão do domínio da lei, permitindo a disciplina por meio de regulamentos.

O segundo parâmetro a ser observado se refere à exigência de critérios técnico-econômicos para criação do mecanismo, devendo haver escassez na infraestrutura. Diferentemente das tarifas sociais, as tarifas regulatórias não devem ser diferenciadas com base na situação patrimonial dos usuários.

Em terceiro lugar, a arrecadação advinda do agravamento da tarifa deve reverter em favor do próprio serviço. Seja por meio de investimentos ou não, os recursos devem ser úteis à manutenção

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 407. É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo. *Diário da Justiça eletrônico*: seção 1, Brasília, DF, ed. 487, 24 nov. 2009, n. p.

18 SCHWIND, op. cit., p. 121.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 378.

20 SCHWIND, op. cit., p. 122-123.

da infraestrutura, como seria o caso de promover o equilíbrio entre a demanda e a capacidade do sistema.

O confronto da disciplina das tarifas dinâmicas no Lote Litoral Paulista com os parâmetros para definição de tarifas regulatórias será feito mais adiante.

3.2 A tarifa dinâmica nas concessões rodoviárias

A fixação de tarifas distintas de acordo com o nível de utilização da rodovia não é matéria inovadora nos projetos de concessão rodoviária. Os contratos assinados no estado de São Paulo, por exemplo, admitem a proposição pela Concessionária de um Plano de Tarifas Variáveis “com o objetivo de otimizar o uso, induzir demanda e melhorar a fluidez e níveis de serviço do SISTEMA RODOVIÁRIO, observando-se o princípio da isonomia”²¹. A implementação do plano, contudo, depende da prévia aprovação pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp) e da apuração do desequilíbrio econômico-financeiro.

Os contratos regulados pela Artesp admitem, ainda, a realização de promoções tarifárias de caráter sazonal pelas Concessionária, por sua conta e risco²².

Contudo, o estabelecimento da dinamicidade tarifária de acordo com a densidade de veículos, ao menos com a flexibilidade que se pretende no Lote Litoral Paulista, é mecanismo inovador que, como tal, apresenta uma série de desafios. Além da análise quanto à legalidade do mecanismo, a estrutura de incentivos e o impacto na equação econômico-financeira são questões que merecem algumas considerações.

21 Item 3.3 do Anexo 4 do contrato assinado com a Concessionária VIAPAULista. (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estrutura tarifária**. Anexo 4 ao Contrato ARTESP n. 0359/2017. São Paulo: ARTESP, 2016, p. 5).

22 Nesse sentido, vide o item 4.6.6 do Anexo 4 do Contrato assinado com a Concessionária VIAPAULista: “**Promoções e descontos**. A CONCESSIONÁRIA, a seu único critério, por sua conta e risco, poderá conceder isenções e descontos tarifários, bem como realizar promoções tarifárias de caráter sazonal, não relacionado a Plano de Tarifa Variável, sem que isso possa gerar qualquer direito à solicitação de compensação nos valores das Tarifas e das REVISÕES ORDINÁRIAS. Nessa hipótese, para apuração da Tarifa Devida e cálculo das Fórmulas 4 e 5 será considerado o respectivo desconto ou isenção praticados” (Ibidem, p. 15, grifo do autor).

3.3 A (i)legalidade da tarifa dinâmica: a experiência do Lote Litoral Paulista

Como já esclarecido, a instituição de tarifas com finalidade regulatória é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. O princípio da eficiência administrativa determina o uso racional de recursos escassos, sendo a eficiência condição inafastável da prestação de um serviço público adequado aos usuários²³.

Por serviço eficiente, entende-se o serviço capaz de ofertar a maior qualidade possível dentro da limitação de recursos disponíveis. Tratando-se de recursos escassos, é natural que sejam pensados mecanismos aptos a incentivar o uso mais racional da infraestrutura – criando desincentivos à sua utilização quando já saturada.

No Lote Litoral Paulista, foi prevista a instituição de tarifas dinâmicas no sistema *free flow* a ser instalado no trecho Peruíbe-Praia Grande. A cobrança nesse trecho se dará por meio de pórticos sem barreiras, por meio de tecnologia AVI²⁴ e/ou outra disponível, sendo os veículos identificados por sensores instalados nas praças de pedágio (*praças de entrada*), de forma que não haverá necessidade de parada.

Sobre esse ponto, na análise do edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ), o Tribunal de Contas da União (TCU) destacou que a identificação dos veículos sem tags instaladas pela Concessionária, por meio da leitura óptica das placas dos veículos (OCR), dependeria do acesso a informações cadastrais em bases de dados oficiais. O TCU salientou que a situação poderia não se coadunar com os ditames da Lei n° 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados)²⁵.

23 “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995, art. 6º).

24 O Automatic Vehicle Identification (AVI), ou Identificação Veicular Automática, é o sistema de pedágio em que a identificação dos usuários é feita por sensores, a partir da leitura de tags instaladas nos veículos que cruzam a praça de pedágio.

25 BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1766/2021**. Processo TC n. 039.400/2020-4. Desestatização BR-116/SP/RJ e Br-101/SP/RJ. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 de julho de 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3940020204.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 jul. 2022.

Esse aspecto, entretanto, parece devidamente gerenciado pelo contrato do Lote Litoral Paulista, que contempla um extenso regramento sobre o tratamento de dados pessoais (item 18.3), sendo prevista, inclusive, a elaboração pela Concessionária de um Programa de Privacidade de Dados a ser avaliado pela Artesp. A transferência e/ou compartilhamento de dados pessoais somente poderá ser feita quando necessário para a execução do contrato, devendo a Agência Reguladora ser previamente comunicada.

As tarifas nas praças de entrada no Lote Litoral Paulista serão compostas por um fator de gerenciamento definido pela concessionária, respeitados os limites e objetivos previstos no Anexo 22 do Edital. Poderão ser estabelecidos fatores de gerenciamento distintos para cada praça de entrada, devendo ser calibrados a partir da resposta efetiva dos usuários à implantação do pedagiamento no referido trecho.

Quando a densidade de veículos no trecho das praças de entrada, no período de 15 (quinze) minutos anteriores à verificação, for superior ao patamar definido no item 3.1.3.6 do Anexo 22²⁶, o fator de gerenciamento poderá ser superior a 1 (um) – resultando em tarifas mais altas. Com isso, busca-se utilizar a tarifação como forma de gerenciar os níveis de serviço do trecho.

A diferenciação de tarifas como mecanismo de gerenciamento de demanda – não atreladas aos custos específicos ou características técnicas da via – foi contestada pela área técnica do TCU na análise do projeto da BR-116/SP/RJ e da BR-101/SP/RJ. No acórdão, contudo, os Ministros recomendaram à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) apenas a reavaliação do fator de gerenciamento “para evitar oscilações abruptas de tarifas cobradas dos usuários, as quais deverão ter o seu valor majorado em função do nível de serviço da via expressa, com o objetivo de otimizar a utilização da capacidade do conjunto de vias, expressa e marginal”²⁷.

26 “3.1.3.6. O FATOR DE GERENCIAMENTO poderá ser superior a 1 (um) em determinada PRAÇA DE ENTRADA, quando no respectivo sentido de trânsito, a média da DENSIDADE verificada no segmento da PRAÇA DE ENTRADA no período de 15 (quinze) minutos anteriores à respectiva verificação for superior a 16,16 (dezesseis inteiros e dezesseis centésimos), conforme regramento disposto no item 6” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Free flow*. Anexo 22 ao Edital de Concorrência Internacional n. 002/2021 – Lote Litoral Paulista. São Paulo: ARTESP, 2021, p. 5).

27 BRASIL, 2021b, p. 173.

Caracterizada a instituição de tarifas regulatórias, convém enfrentar os três parâmetros expostos por Rafael Wallbach Schwind para tarifação com essa finalidade, quais sejam: (i) instituição por lei, salvo hipótese de deslegifcação (deslegalização); (ii) exigência de critérios técnico-econômicos, em razão da escassez do bem ou infraestrutura; e (iii) reversão dos valores arrecadados em favor do próprio serviço.

Em relação ao primeiro ponto, embora não haja lei dispendo expressamente acerca da tarifação dinâmica instituída no projeto, o inciso V do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.835/1992 caracteriza hipótese de deslegifcação, outorgando ao contrato o dever de definir os critérios de fixação e *alteração* da tarifa²⁸. Sendo assim, no que tange às *praças de entrada*, os critérios para alteração das tarifas foram estabelecidos no Anexo 22 do Edital, parte integrante do contrato.

Em segundo lugar, convém indagar se o conceito de escassez se aplica às concessões rodoviárias – e a resposta nos parece positiva. Ainda que não se possa falar em exaurimento da infraestrutura, o saturamento da rodovia afeta a regularidade, a continuidade, a eficiência e a segurança do serviço, inviabilizando a prestação de um serviço público adequado. No limite, a densidade de veículos pode até mesmo inviabilizar a circulação dos usuários.

Ademais, a escassez não precisa ser absoluta. Schwind esclarece que a escassez também está presente quando for necessário o recurso a fontes adicionais. No caso das rodovias, o saturamento periódico dos níveis de serviço teria como solução possível a realização de novos investimentos para ampliação da capacidade da rodovia, implicando em custos que seriam arcados, em última instância, pelos usuários (com a revisão das tarifas) ou pelos contribuintes (seja pela indenização paga pelo Poder Concedente ou pelo diferimento de nova outorga). E em trechos urbanos, como se dá no caso do Lote Litoral Paulista, as obras de ampliação são ainda mais desafiadoras.

28 “Artigo 8.º – São cláusulas essenciais no contrato as relativas a: [...]

V – critérios para fixação e alteração da tarifa, com previsão da periodicidade e dos parâmetros de cálculo dos reajustamentos, bem como especificação de outras fontes acessórias de receita, quando for o caso; [...]” (SÃO PAULO. Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 9 maio 1992, p. 1).

Por fim, conforme raciocínio exposto no parágrafo anterior, a arrecadação parece reverter em favor do próprio serviço, considerando os custos de eventual necessidade de ampliação da via. Ainda, pensando um projeto em sua generalidade – concebido como uma via de deslocamento de longa distância – a instituição do mecanismo atua em prol do serviço como um todo. Mesmo que a arrecadação, em si, não seja revertida em favor do serviço, o resultado dela decorrente – mitigação do saturamento da via – beneficia o projeto como um todo.

Todavia, há outros elementos que podem ser suscitados como óbices à instituição da tarifa dinâmica e que merecem atenção.

O primeiro se refere à natureza contraprestacional da tarifa. Poder-se-ia argumentar pela violação desse aspecto, uma vez que estaria sendo cobrada uma tarifa maior justamente no momento em que o nível de serviço está mais saturado, e, portanto, sendo prestado ao usuário em menor qualidade. O instrumento, contudo, não nos parece inadequado nesse ponto.

Há uma série de objetivos que devem ser considerados pela Administração no momento de definição das tarifas – ou, no caso, de fixação dos critérios para definição das tarifas. Não há nenhum dispositivo legal que determine a correlação estrita entre o valor pago e a condição do serviço prestado, desde que, é claro, a medida seja justificada e não importe em sacrifício integral do usuário.

No caso do Lote Litoral Paulista, as tarifas dinâmicas têm como objetivo induzir o comportamento dos usuários, estimulando a eficiência do serviço. A medida foi justificada como uma forma de otimizar a utilização da infraestrutura existente e assegurar a manutenção dos níveis de serviço na localidade, disponibilizando um serviço de melhor qualidade, na média, à totalidade dos usuários.

É fundamental destacar que, no projeto em comento, autoriza-se a Concessionária até mesmo a fechar a praça de entrada quando a densidade de veículos na rodovia ultrapassar determinado patamar. Contudo, no trecho em que estão localizadas as praças de entrada, há vias marginais que garantem a circulação dos veículos nos momentos em que as praças de entrada estiverem fechadas.

Essa possibilidade, aliás, parece-nos decisiva para a viabilidade do fechamento eventual das entradas. A vedação do acesso dos motoristas à

rodovia sem disponibilização de via alternativa de circulação, sacrificando em absoluto determinada classe de usuários, suscitaria objeções de difícil superação.

No mesmo sentido, não parece haver violação da igualdade entre usuários. Como já visto, os fatores de diferenciação das tarifas podem ser outros que não apenas o custo do serviço. Fundamental é que sejam estabelecidos critérios técnicos objetivos para que usuários na mesma situação – ou no caso, que pratiquem o mesmo comportamento (acessar a rodovia pela mesma praça de entrada e no mesmo intervalo) – não sejam tratados de forma desigual.

Aliás, dada a complexidade do serviço, sequer parece possível definir, com exatidão, o custo correspondente ao atendimento de cada usuário.

Não obstante a finalidade regulatória marcada pelo fator de gerenciamento, conforme se verá, as tarifas das praças de entrada são compostas por um elemento que prestigia o princípio da igualdade – o fator de cobertura (FC) – tratando os desiguais, desigualmente. Para cada praça de entrada, foi definido um fator de cobertura que visa a garantir que os usuários que circulem maiores distâncias contribuam mais com a manutenção do sistema.

A coexistência dos fatores de cobertura e de gerenciamento no cálculo das tarifas das praças de entrada revela que as finalidades contraprestacional e regulatória podem coexistir no momento de fixação das tarifas – podendo se dar ênfase a uma em detrimento da outra, a depender do nível de serviço constatado em determinado momento.

O princípio da modicidade tarifária é outro elemento que, à primeira vista, pode parecer estar sob ameaça. Não é o caso, entretanto.

Primeiramente, é oportuno salientar que o sistema de fluxo livre, por importar custos mais baixos com a construção, manutenção e operação das praças de pedágio, viabiliza a fixação de tarifas mais baixas. Ademais, a tarifa módica deve ser capaz de garantir as demais condições de um serviço público adequado: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação.

Mas a recíproca é verdadeira: a justificativa de resguardar a eficiência do serviço, por exemplo, não pode servir de guarida para a fixação de tarifas exorbitantes.

Embora a palavra “módica” seja comumente associada à noção de pouco ou exíguo, o adjetivo em questão também remete ao significado de *não exagerado, moderado*²⁹ – e foi essa a significação albergada pelo § 1º do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995. Aliás, sequer seria razoável inferir que o legislador determinou a fixação de tarifas exíguas sem conhecer a complexidade e particularidades de cada serviço público.

A interpretação da tarifa módica, portanto, só pode ser uma: a menor tarifa *possível*. E as questões que podem interferir nessa *possibilidade* são diversas, dentre as quais a capacidade de incentivar o comportamento do usuário com a finalidade de gestão da infraestrutura.

Portanto, a fixação das tarifas dinâmicas deve considerar: (i) a capacidade de induzir, ou não, o acesso do usuário à rodovia, a depender da densidade de veículos do trecho; e (ii) a impossibilidade de fixação de tarifas exorbitantes. Essa análise deverá ser feita pela área técnica, prevendo mecanismos para revisão dos limites estabelecidos de acordo com a resposta efetiva dos usuários.

Nesse sentido, o Anexo 22 do Edital prevê que a tarifa das praças de entrada se submeterá a um teto fixado pela Artesp (LIMITE TFF) que poderá ser revisto pela Agência Reguladora após proposta da Concessionária, a fim de viabilizar o atingimento das metas de nível de serviço. O limite inicialmente fixado considera o fator de gerenciamento máximo de 4 (quatro), cuja não observância caracteriza infração sujeita à aplicação de multa³⁰.

Na análise do edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro, a área técnica do TCU propôs recomendação para que a ANTT reavaliasse o fator de gerenciamento de forma a evitar oscilações abruptas

29 “módico

mó·di·co

adj

1 Que é escasso em valor; parco.

2 Que não é exagerado; comedido, moderado” (MÓDICO. *In*: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=zaKmv>. Acesso em: 26 out. 2021, n. p.).

30 Cobrar TARIFAS DE PEDÁGIOS sem homologação ou em valores distintos dos fixados em CONTRATO, ANEXOS e APÊNDICES.

de tarifas a serem cobradas dos usuários. No relatório preliminar, a SeinfraRodoviaAviação externou preocupação com a possibilidade de aumento da tarifa em até 12 (doze) vezes e no intervalo de 5 (cinco) minutos, sugerindo que o Poder Concedente avaliasse uma majoração progressiva do fator de gerenciamento.

Os Ministros do órgão de controle, por sua vez, acolheram o aperfeiçoamento da redação da proposta de recomendação, sugerido pelo Ministério Público, no sentido de reavaliar o fator de gerenciamento para que o valor da tarifa fosse majorado *em função do nível de serviço da via expressa, com o objetivo de otimizar a utilização da capacidade do conjunto de vias, expressa e marginal*. Essa consideração parece ter sido acolhida no regramento do Lote Litoral Paulista, uma vez que a definição do fator de gerenciamento acima de 1 somente será possível quando a densidade de veículo for superior ao patamar fixado no item 3.1.3.6 do Anexo 22³¹ e deve ser calibrada a partir da resposta efetiva dos usuários.

Outra questão que merece atenção se refere à generalidade do serviço (art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995). Por tudo quanto já fora exposto, a possibilidade de aumento das tarifas não representa obstáculos à generalidade, sobretudo se a fixação do limite for feita com a devida prudência. A possibilidade de fechamento das praças de entrada, contudo, é um ponto sensível: caso a densidade de veículos esteja saturada e a tarifa da praça de entrada já esteja no limite, a Concessionária poderá fechar o acesso pela referida praça (item 3.1.3.7 do Anexo 22)³².

Fechar o acesso à rodovia para determinada classe de usuários, sem garantia de via alternativa, poderia suscitar argumentos de violação à generalidade do serviço. Todavia, compreendendo-se a infraestrutura de forma global, caso as praças de entrada venham a ser fechadas, os veículos cujo acesso for inviabilizado poderão seguir circulando

31 “3.1.3.6. O FATOR DE GERENCIAMENTO poderá ser superior a 1 (um) em determinada PRAÇA DE ENTRADA, quando no respectivo sentido de trânsito, a média da DENSIDADE verificada no segmento da PRAÇA DE ENTRADA no período de 15 (quinze) minutos anteriores à respectiva verificação for superior a 16,16 (dezesseis inteiros e dezesseis centésimos), conforme regramento disposto no item 6” (ARTESP, 2021, p. 5).

32 Ibidem, p. 6.

pelas vias marginais e, eventualmente, ingressar na rodovia por acessos ainda disponíveis, quando superados os segmentos do trecho de maior densidade de veículos. Logo, não há afronta à generalidade do serviço.

Por todo o exposto, não parece haver ilegalidade na sistemática de tarifação dinâmica instituída no Lote Litoral Paulista. Há outras implicações do mecanismo, contudo, que merecem algumas observações.

3.4 A disposição de incentivos da tarifa dinâmica no Lote Litoral Paulista

O incentivo declarado que o mecanismo da tarifa dinâmica visa produzir é inibir o acesso à rodovia pelas praças de entrada nos momentos em que a densidade de veículos esteja próxima do nível de serviço fixado para aquele trecho e horário.

Conforme item 6.1 do Anexo 22, a Concessionária deve buscar a manutenção da densidade de veículos no trecho Peruíbe-Praia Grande de forma que seja mantida abaixo das seguintes condições: (a) 27,96 cp/km/faixa nos períodos de pico³³; e (b) 21,75 cp/km/faixa nos demais períodos. Para tanto, caso a densidade verificada no segmento da praça de entrada no período de 15 (quinze) minutos anteriores à respectiva verificação seja superior a 16,16 cp/km/faixa, a Concessionária poderá estabelecer fator de gerenciamento superior a 1 – resultando em tarifas mais altas³⁴.

O usuário que trafega pelas vias marginais, então, terá duas opções: (i) ingressar na rodovia pagando uma tarifa maior ou (ii) seguir trafegando na via marginal sem a necessidade de pagamento de tarifa. Ao menos a princípio, a expectativa é que a medida induza uma parcela dos usuários a não ingressar na rodovia, preservando o nível de serviço no trecho.

Para que tal finalidade seja atingida, é essencial que o valor das tarifas seja informado de forma ostensiva na proximidade das praças de entrada. Sobre esse ponto, o item 1.2.1, “vi”, do Anexo 22,

33 Esse período será definido pela Artesp, a partir de proposta tecnicamente justificada da Concessionária (item 6.1.1 do Anexo 22 do Edital).

34 Item 3.1.3.6 do Anexo 22 do Edital.

determina que a Concessionária instale um sistema de sinalização que permita ao usuário visualizar o valor da tarifa vigente ou, eventualmente, que o acesso se encontra fechado. Exige-se, ainda, que a Concessionária disponibilize em seu sítio na internet a média horária dos valores de tarifa, no mínimo, dos últimos 3 (três) meses anteriores (item 1.2.3 do Anexo 22).

Nos momentos de baixa densidade de veículos, a Concessionária poderá implementar descontos aos usuários visando a incentivar a utilização da via em determinados horários, desde que a política de concessão de descontos seja publicada em seu sítio eletrônico com antecedência mínima de 15 (quinze) dias (item 3.1.2.1 do Anexo 22). A faculdade se alinha com a promoção do uso racional da infraestrutura.

Os fatores de gerenciamento poderão ser distintos para cada praça de entrada, já que a densidade de veículos pode variar em cada segmento do trecho³⁵. Ademais, considerando o dinamismo do nível de serviço, a Concessionária poderá alterar os fatores de gerenciamento em intervalos de 5 (cinco) minutos.

Um ponto que poderia minar a efetividade do mecanismo se referia à penalidade para os usuários que não realizassem o pagamento das tarifas cobradas nas praças de entrada. E, como referidas praças não possuem obstáculos físicos, o índice de evasão tende a ser maior quando comparada à evasão verificada nas praças de pedágio com barreira.

Até 31 de maio de 2021, a evasão do pedágio cobrado por meio de pórticos de fluxo livre não caracterizava infração descrita no Código de Trânsito Brasileiro (CTB)³⁶. Na análise do edital do Sistema

35 O segmento de cada praça de entrada é a extensão entre a referida praça e a praça de entrada seguinte no mesmo sentido de trânsito (item 3.1.3.6, “b”, do Anexo 22 do Edital).

36 “Art. 209. Transpor, sem autorização, bloqueio viário com ou sem sinalização ou dispositivos auxiliares, deixar de adentrar às áreas destinadas à pesagem de veículos ou evadir-se para não efetuar o pagamento do pedágio:

Infração – grave;

Penalidade – multa” (BRASIL. Lei n. 14.157, de 1 de junho de 2021. Altera as leis n.ºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e 10.233, de 5 de junho de 2001, para estabelecer condições para a implementação da cobrança pelo uso de rodovias por meio de sistemas de livre passagem. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 2 jun. 2021a, p. 4).

Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ), inclusive, o Tribunal de Contas da União demonstrou preocupação com a efetividade do mecanismo, uma vez que, até aquele momento, a conduta de evasão do *free flow* não estava tipificada no CTB.

Com a promulgação da Lei nº 14.157/2021, contudo, foi acrescido o artigo 209-A ao CTB para tornar típica a conduta de “evadir-se da cobrança pelo uso de rodovias e vias urbanas para não efetuar o seu pagamento, ou deixar de efetuá-lo na forma estabelecida”³⁷.

Sendo assim, embora ainda não se tenha um prognóstico preciso da resposta dos usuários à inovação legislativa, a tipificação da conduta tende a minimizar os efeitos da evasão de pedágio nas praças de entrada, o que é reforçado pelo dever da Concessionária de comunicar o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER/SP) e a Artesp sobre os usuários identificados que não efetuaram o pagamento das tarifas (itens 5.1.5 e 5.1.8 do Anexo 22). A aplicação da multa aos usuários inadimplentes ficará a cargo da Artesp e do Poder Concedente.

Outra questão que pode levantar inseguranças se refere à autonomia da Concessionária para definir o fato de gerenciamento e, conseqüentemente, as tarifas das praças de entrada. Natural se questionar se essa atribuição não pode incentivar o aumento das tarifas com intuito estritamente arrecadatário, desvirtuando a finalidade do mecanismo. Esse risco, todavia, parece mitigado pelo regramento contratual.

Primeiramente, parece-nos coerente que a fixação do fator de gerenciamento caiba à Concessionária, e não à Agência Reguladora, uma vez que é aquela quem tem maior proximidade e ingerência sobre a infraestrutura. Atribuir a definição da tarifa variável à Artesp, a princípio, representaria um gargalo à efetividade do mecanismo.

O item 3.1.3.1 do Anexo 22 determina que os fatores de gerenciamento sejam calibrados a partir da resposta efetiva dos usuários. Como forma de atestar essa calibragem, a concessionária será obrigada a enviar relatórios para a Artesp contendo uma série de informações sobre a operação das praças de entrada, dentre as quais: o cálculo do

37 Ibidem, p. 4.

indicador de desempenho e informação sobre a arrecadação das praças de entrada (item 6.2.4 do Anexo 22).

Sendo assim, a implementação do instituto está condicionada ao fornecimento de informações auditáveis (item 1.2.4 do Anexo 22) capazes de atestar a funcionalidade do mecanismo e, eventualmente, balanceá-lo.

O limite das tarifas será fixado pela Artesp, podendo vir a ser revisto para aprimoramento do controle e atingimento das metas (itens 3.1.4, “i”, e 5.2.2 do Anexo 22). A própria localização das praças de entrada poderá ser alterada, após aprovação da Agência Reguladora, com o fim de melhor controlar os níveis de serviço. E mais: caso o mecanismo da tarifação dinâmica não surta o efeito esperado, outras medidas operacionais para o trecho poderão ser propostas à Artesp³⁸.

Essa flexibilidade para revisão do mecanismo é importante, dentro de um experimento de *sandbox regulatório*³⁹, uma vez que viabiliza a revisão do mecanismo caso o resultado esperado não venha a se concretizar.

Antes mesmo da implantação definitiva do mecanismo, o Anexo 22 prevê uma espécie de período de teste de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis (Fase 1)⁴⁰. Durante a Fase 1, os fatores de gerenciamento

38 “3.1.4. Após a conclusão da Fase 1, caso a CONCESSIONÁRIA, por 3 (três) apurações consecutivas, ou 6 (seis) apurações diversas, dentro de um período de 12 (doze) meses consecutivos, obtenha nota inferior a 0,5 (cinco décimos) para o Indicador de DENSIDADE do TRECHO PERUÍBE-PRAIA GRANDE, poderá propor à ARTESP, a fim de viabilizar o atingimento das metas de nível de serviço dispostas no APÊNDICE C:

i. a alteração do LIMITE TFF; e/ou

ii. medidas operacionais diversas a serem implementadas no TRECHO PERUÍBE-PRAIA GRANDE. [...]

8.1. Os procedimentos previstos neste ANEXO poderão ser revistos, mediante acordo entre as PARTES e a ARTESP, para sua maior efetividade, inclusive em caso de superveniência de norma específica que disponha sobre sistema de cobrança por FLUXO LIVRE” (ARTESP, 2021, p. 6, 15).

39 Linhas gerais, o *sandbox regulatório* caracteriza um ambiente experimental de novos mecanismos, em um contexto limitado e controlado, viabilizando a testagem dos instrumentos antes da implementação definitiva no marco regulatório.

40 “4.1. A Fase 1 terá duração de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis diante das condições indicadas neste ANEXO, após o início da OPERAÇÃO COMERCIAL das PRAÇAS DE ENTRADA” (Ibidem, p. 6).

serão definidos pela Concessionária de forma antecipada, dando publicidade ao esquema de tarifação das praças de entrada, permitindo a realização de ajustes operacionais (item 4.2).

Com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias do início da operação comercial das praças de entrada, a Concessionária deverá enviar à Artesp, para revisão e aprovação, um cronograma indicando as tarifas a serem praticadas em cada praça de entrada e em cada período diário, durante os dias da semana (item 4.3). O cronograma inicial deverá ser publicado, com antecedência, em jornais de grande circulação e no sítio eletrônico da Concessionária (item 4.6).

Quaisquer mudanças no cronograma inicial durante a Fase 1 deverão ser submetidas previamente à Artesp, não podendo propô-las mais do que uma vez por mês calendário (item 4.7). Logo, durante a Fase 1, os fatores de gerenciamento serão mais perenes, não podendo ser alterados a cada 5 (cinco) minutos, como se dará após a implantação definitiva (item 3.1.3.4).

Sendo assim, parece-nos que o contrato prevê mecanismos adequados de validação, análise e calibração do mecanismo.

3.5 A repartição de riscos no mecanismo de tarifação dinâmica e o equilíbrio econômico-financeiro

O item 7.2 do Anexo 22 do Edital determina que a receita arrecadada nas praças de entrada seja compartilhada entre a Concessionária e o Poder Concedente, excluindo-se as receitas relativas a usuários que não tenham efetivamente realizado o pagamento da tarifa. Por força do item 7.3, a Concessionária assume o risco da variação da receita proveniente das praças de entrada a ela atribuída, em virtude de evasão ou inadimplemento dos usuários.

Mecanismo semelhante de compartilhamento das receitas auferidas no *free flow* constou também do edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ).

Em uma primeira análise do edital federal, o Tribunal de Contas da União entendeu que, tratando-se de receita tarifária, os valores arrecadados no *free flow* teriam que ser considerados no equilíbrio econômico-financeiro. Determinou, entretanto, que a ANTT adequasse

os dispositivos contratuais que cuidavam das receitas provenientes do fluxo livre, de modo que essas receitas fossem tratadas em conformidade com as hipóteses previstas na Lei nº 8.987/1995 e revertidas integralmente em favor dos usuários na estruturação dos estudos.

A área técnica do TCU (SeinfraRodoviaAviação) registrou que a legislação não permitia que receitas que sabidamente seriam auferidas pela futura concessionária, tanto tarifárias quanto extraordinárias, fossem desconsideradas na estruturação do projeto, aumentando indevidamente os esforços da sociedade para amortizar os investimentos realizados na concessão, seja em termos de prazo e/ou de valores pagos pela fruição dos serviços. Logo, propôs que fosse determinado o ajuste nos documentos da licitação com vistas a harmonizar o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) e a minuta de contrato quanto à aplicação do fator de gerenciamento na cobrança de fluxo livre na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP), em consonância com o art. 6º da Lei nº 8.987/1995.

No acórdão, todavia, após requerimento da ANTT e concordância do Ministério Público, a recomendação foi suprimida. O Ministro Relator entendeu que a imprevisibilidade das receitas oriundas do *free flow* justificavam o desenho regulatório diferenciado para as respectivas receitas. Logo, não parece haver ilegalidade no compartilhamento das receitas auferidas nas praças de entrada.

4. CONCLUSÕES

A instituição de tarifas como mecanismo de gerenciamento da demanda não é novidade no cenário regulatório nacional. Sobretudo se tratando de bem escassos – aqui inseridas as infraestruturas cuja sobrecarga inviabiliza a prestação de um serviço adequado – a implementação de instrumentos aptos a induzir o uso racional do bem são não apenas admitidas como também incentivadas.

No que se refere às tarifas dinâmicas como mecanismo de gestão de tráfego, a manifestação do Tribunal de Contas da União no Edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ) sinaliza que, instituído um regramento apto a controlar eventual desvirtuamento do instituto, sua criação não encontra óbices legais ou regulatórios.

A disciplina estabelecida no Edital de Concorrência Internacional nº 002/2021 – Lote Litoral Paulista, a princípio, parece gerenciar adequadamente a disposição de incentivos decorrentes da instituição da tarifação dinâmica, atendendo às recomendações feitas pelo TCU na análise do projeto federal. A efetividade do mecanismo para o fim a que se propõe, contudo, só poderá ser confirmada após sua implementação.

Projetos desafiadores demandam soluções inovadoras, e aquela pensada para o projeto estadual está amparada pelas diretrizes doutrinária e jurisprudencial. Ademais, como forma de mitigação do risco de inefetividade do mecanismo, o regramento contratual dispõe de instrumentos aptos a controlar, validar e calibrar a funcionalidade da sistemática de cobrança, alinhando-se à boa prática regulatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estrutura tarifária**. Anexo 4 ao Contrato ARTESP n. 0359/2017. São Paulo: ARTESP, 2016.

AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Free flow**. Anexo 22 ao Edital de Concorrência Internacional n. 002/2021 – Lote Litoral Paulista. São Paulo: ARTESP, 2021.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 14.157, de 1 de junho de 2021. Altera as leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e 10.233, de 5 de junho de 2001, para estabelecer condições para a implementação da cobrança pelo uso de rodovias por meio de sistemas de livre passagem. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 2 jun. 2021a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 407. É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de

usuários e as faixas de consumo. **Diário da Justiça eletrônico**: seção 1, Brasília, DF, ed. 487, 24 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 de dezembro de 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 fev. 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1766/2021**. Processo TC n. 039.400/2020-4. Desestatização BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 de julho de 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3940020204.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 jul. 2022.

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

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-146, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MÓDICO. *In*: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=zaKmv>. Acesso em: 26 out. 2021.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÃO PAULO. Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 9 maio 1992.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.