

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

FELIPE CARDOSO SCANDIUZZI

**O REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS FRENTE À PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS POSSÍVEIS
DESDOBRAMENTOS**

FRANCA

2021

FELIPE CARDOSO SCANDIUZZI

**O REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS FRENTE À PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS POSSÍVEIS
DESDOBRAMENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso entregue como pré-requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira.

Franca

2021

S283r

ScandiuZZi, Felipe Cardoso

O reequilíbrio dos contratos de concessão de serviços públicos frente à pandemia de Covid-19 e seus possíveis desdobramentos / Felipe Cardoso

ScandiuZZi. -- Franca, 2021

108 f.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientador: José Carlos de Oliveira

1. Contratos de concessão de serviços públicos. 2. Reequilíbrio econômico-financeiro. 3. Covid-19. 4. Pandemia. 5. contratos administrativos.

I. Título.

FELIPE CARDOSO SCANDIUZZI

**O REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS FRENTE À PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS POSSÍVEIS
DESDOBRAMENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso entregue como pré-requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, sob orientação do Prof. Dr. José Carlos de Oliveira.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2021

Dedico este trabalho aos meus pais, Valdirene de Souza Cardoso e José Roberto Scandiuzzi, que sempre foram, e sempre serão, meu apoio e inspiração desta e de futuras jornadas.

AGRADECIMENTOS

Desde meu primeiro dia na UNESP algo já me dizia que ali seria um lugar em que experimentaria experiências únicas e inéditas, um lugar que transformaria para sempre a maneira como me vejo e como me mostro ao mundo. Ali cheguei tomado de incertezas, medos e ansiedades, não sabia como seria a vida daquele seis de março para frente, mas sabia que para estar naquele lugar, até então desconhecido, havia renunciado a muitas coisas, havia dado o melhor de mim e não permitiria que fosse em vão. Olhando para o agora, já distante ano de 2017, posso enxergar que de fato não o foi. Nesses cinco anos, entrelacei meu caminho com o de pessoas que levarei para sempre na memória e no coração, fortaleci laços que hoje me sustentam mais do que eu jamais poderia imaginar e, principalmente, uma bagagem imensa de momentos engrandecedores e sublimes.

De início, gostaria de agradecer o apoio e dedicação do meu orientador, Prof. Dr. José Carlos de Oliveira, que, com muita paciência e sabedoria me ajudou a enxergar a relevância do Direito em momentos de crise. Sempre com muita atenção e dedicação me guiou para as decisões mais acertadas, indicando leituras de qualidade e estando sempre à disposição para dúvidas e questionamentos de maneira amigável e solícita. Com certeza, sob sua orientação pude perceber a importância da ciência jurídica para a evolução da sociedade, fazendo da figura do professor aquilo que realmente é: um exemplo de dignidade e sabedoria.

Aos meus pais, que desde sempre incentivaram meus sonhos e batalharam para garantir que eu pudesse correr atrás deles, sempre munidos de amor e atenção. Pai, nunca me permitirei esquecer o seu semblante no dia em que me trouxe até Franca, ali se traduziu um sentimento tão intenso e puro que se torna impossível de transformar em palavras, mas, de maneira sucinta, soaria parecido como uma permissão para ir e voltar sempre que precisasse pois teria em você a segurança para conquistar o que eu quisesse. Sempre terei muito orgulho de poder chamá-lo de pai e saber que nessa pequena palavra carrego um universo inteiro.

Não fosse o bastante, tenho a sorte de ter uma mulher inigualável para chamar de mãe, que me ensinou o significado da persistência e me mostrou na prática o que significa ser forte. Mãe, obrigado por se fazer presente até mesmo distante, que nunca permitiu que nada me faltasse e sempre foi o meu lugar de acolhida nos momentos mais difíceis, acompanhada das frases mais reconfortantes e ao mesmo tempo cômicas. Se hoje estou conquistando um sonho, é graças a você, que me fez quem sou e me entregou ao mundo para que pudesse batalhar minhas batalhas.

Em seguida, devo meus ajs profundos agradecimentos à minha avó Maria Helena, que por mais que não poderá lê-los, está cravada eternamente na minha história. Foi ela quem desde meus primeiros anos me ensinou os valores mais bonitos e justos que uma pessoa deve carregar, nunca me esquecerei de suas broncas, mas, principalmente, sempre levarei no coração cada gesto de carinho que tinha dentro de si um mundo inteiro de ternura e amor. Vó, muito obrigado por ser a guerreira que é, por ter construído uma história tão linda e ser um exemplo de fé e perseverança.

Para completar o quarteto que me deu todo o apoio que precisei para estar aqui hoje, quero agradecer à minha namorada, Maria Júlia, que esteve comigo durante todos os anos da graduação, nunca me negou apoio e incentivos, sempre com paciência e compreensão comigo nos momentos em que eu precisava me ausentar para me dedicar aos estudos. No começo não foi fácil, estávamos cheios de inseguranças e temores, mas juntos construímos algo sólido e recheado de apoio e confiança. Obrigado por sempre ser minha companheira e apoio para todos os momentos.

Passados os agradecimentos à família que eu ganhei, gostaria de agradecer à família que a UNESP me deu, Aluisio, Bruna, Débora, Emily, Fabiana, Luísa e Rayra, ou melhor, Senador, Gratidão, Zen, Emilen, Fabi, Unicórnio e Pipoca. Sem vocês esses cinco anos teriam sido bem mais difíceis, a nossa parceria foi fundamental para tornar os desafios do curso bem mais leves. Agora fica a saudade das histórias que vivemos juntos e dos momentos de risada e aflição que passamos lado a lado, com certa sensação de que tínhamos muito mais a compartilhar, mas infelizmente não pudemos desfrutar juntos desse último ano de graduação em razão de forças maiores. Se eu pudesse desejar alguma coisa, seria, sem dúvidas, mais uma terça-feira com vocês na petiscaria, conversando sobre a vida e dando boas risadas.

Senador, ou como gosto de chamar, Sena, me lembro do primeiro dia de aula em que estávamos perdidos e começamos a conversar na salinha do CADir, eu mal podia saber que ali seria o início de uma grande amizade, que aquela pessoa seria quem eu compartilharia meus anos de graduação e horas de conversas sobre a vida. Só tenho a te agradecer pela parceria de todos os momentos, você se mostrou muito mais que um amigo, mas um irmão com quem sei que posso contar para os melhores conselhos. Saiba que podemos não ter mais aquela cozinha que foi palco de muitas conversas boas, mas você sempre terá em mim um amigo para todos os momentos.

Quem também sempre esteve presente nos momentos de surto e desespero com os compromissos da graduação foi a Gratidão, essa menina que chegou fazendo pose de brava, mas na verdade é um poço de companheirismo e gentileza. Grats, obrigado pela companhia

nesses cinco anos, sua presença foi fundamental em diversos momentos, saiba que sempre te levarei no coração e qualquer coisa, sempre que precisar, estarei aqui para responder de volta “artigo quinto parágrafo terceiro!”.

Ainda, nessa família francana se faz presente uma dupla inseparável e um tanto quanto improvável: Zen e Pipoca. A dupla mais “causaria” (na falta de outro adjetivo que seja capaz de definir vocês) de Franca e Região, sem vocês a rotina seria bem mais cinza e as histórias mais mornas. Zen, muito obrigado pelas conversas profundas e risadas sem igual, espero que um dia você possa enxergar o tanto que é especial para mim e o tanto que admiro a pessoa que se tornou. Ray, já que para mim é impossível te chamar de Pipoca, devo admitir que as minhas primeiras semanas de UNESP foram um tanto desesperadoras, queria saber se teria a chance de passar mais cinco anos convivendo com essa pessoa tão especial para mim, poder acompanhar de perto a sua evolução e poder fazer parte de tudo isso é como um presente que o destino me oportunizou.

Também faziam parte dessa família Emilen e Fabi, que com toda calma traziam harmonia e equilíbrio ao grupo. Emilen, foi uma sorte tremenda poder dividir esse período com você que sempre nos apresentava coisas novas e diferentes, se mostrando uma pessoa muito única e amável. Fabi, apesar de ter chegado um pouco tarde à família, sinto como se você tivesse vindo para completar algo que só podemos notar o quão importante é com a sua presença, muito obrigado por toda calma e serenidade que você transmite a quem está ao seu redor.

Essa família, porém, só foi possível graças ao brigadeiro mágico da Unicórnio, que nos costumava nos reunir toda semana para as melhores conversas, sempre com um espírito cheio de energia, rainha dos jogos e das festinhas unespianas. Dona dos melhores abraços, sempre mimando a todos do grupão, Uni, queria te agradecer por toda a força que me deu e representou durante todos esses anos.

Em se falando de amizade, não poderia deixar de agradecer aqueles que sempre incentivaram os meus sonhos e dividiram as angústias do vestibular: João Pedro Azzuz, Vinícius Geraldo, João Victor Lombardi, João Pedro Callil, Pedro Almeida, Marcelo Marques, Ana Minohara, Juliana Boldieri e Gabriele Yoshida. Fico muito feliz em acompanhar o crescimento acadêmico e profissional de cada um de vocês e tenho orgulho em falar que nossa amizade apenas se fortaleceu nesse período.

Por fim, meus agradecimentos à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, instituição que me proporcionou não só ensino de qualidade durante cinco anos, mas também muitas experiências que me fizeram evoluir enquanto pessoa. A vivência unespian

me fez enxergar um mundo que até então eu não conhecia, me fez amadurecer, me desconstruir e me reconstruir por diversas vezes, apresentou pautas que eu sequer imaginava sua importância. Meu agradecimento a cada professor que tive o prazer de conhecer, que me passaram valores e conhecimentos inestimáveis, me permitindo dizer, de cabeça erguida e peito aberto, que sou unespiano.

A despedida é dolorida, e não poderia ser diferente, são tantas memórias e tantos sentimentos vivenciados que seria impossível deixar esse lugar que tanto me fez bem sem o mínimo de nostalgia. Me resta agradecer a Deus pela oportunidade de ter vivido essa experiência e rogar que possa devolver, ainda que uma fração, disso à esse lugar que tanto me fez bem.

SCANDIZZI, Felipe Cardoso. **O Reequilíbrio dos Contratos de Concessão de Serviços Públicos Frente à Pandemia de Covid-19 e Seus Possíveis Desdobramentos.** Orientador: José Carlos de Oliveira. 2021. 108f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2021.

RESUMO

Diante da crise generalizada provocada pelo advento da pandemia do novo Coronavírus, o poder público e os entes privados se veem em um cenário de instabilidades e incertezas, algo indesejável para a saúde de suas finanças e administração. A prestação dos serviços públicos submetidos aos contratos de concessão, enquanto pontos cruciais para o funcionamento da sociedade e atendimento dos direitos básicos do cidadão, não pode ficar refém desse novo cenário e à deriva em um mar de possibilidade e incertezas. Para tais situações, esses contratos trazem em si a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro, possibilidades para que o poder público e os parceiros privados possam garantir a continuidade da prestação desses serviços da maneira menos onerosa e mais eficiente possível, respeitando aqueles princípios inerentes à administração pública. Considerando isso, o presente estudo tem como objetivo analisar as características dos contratos de concessão de serviços públicos e as possibilidades de reajustes e reequilíbrio econômico-financeiro frente ao cenário pandêmico inaugurado no ano de 2020, bem como os seus possíveis desdobramentos para os próximos anos e as possibilidades e seguranças garantidas pelo ordenamento jurídico pátrio, em especial, o Direito Administrativo, não se atendo apenas aos métodos clássicos de reequilíbrio, mas também métodos alternativos como o uso da arbitragem e do poder de barganha estatal com eficiência e racionalidade.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratos de concessão de serviços públicos. Pandemia. Covid-19. Reequilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

Faced with the generalized crisis caused by the advent of the new Coronavirus pandemic, public authorities and private entities find themselves in a scenario of instability and uncertainty, something undesirable for the health of their finances and administration. The provision of public services subject to concession contracts, as crucial points for the functioning of society and meeting the basic rights of citizens, cannot be held hostage to this new scenario and adrift in a sea of impossibility and uncertainties. For such situations, these contracts bring with them the possibility of economic and financial rebalancing, possibilities for the government and private partners to guarantee the continuity of the provision of these services in the least costly and most efficient manner possible, respecting those principles inherent to administration public. Considering this, this study aims to analyze the characteristics of public service concession contracts and the possibilities of adjustments and economic-financial rebalancing in view of the pandemic scenario inaugurated in 2020, as well as its possible consequences for the coming years and the possibilities and security guaranteed by the national legal system, in particular, Administrative Law, not only adhering to the classic methods of rebalancing, but also alternative methods such as the use of arbitration and state bargaining power efficiently and rationally.

Keywords: Administrative Law. Public service concession contracts. Covid-19 Pandemic. Economic-financial rebalancing.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL | 15 |
| 1.1 AS MODALIDADES DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 22 |
| 1.1.1 As concessões comuns..... | 23 |
| 1.1.2 As concessões especiais | 26 |
| 1.2 A MUTABILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS CAUSAS | 32 |
| 1.2.1 A alteração unilateral do contrato | 35 |
| 1.2.2 O fato do príncipe | 37 |
| 1.2.3 Fato da administração..... | 39 |
| 1.2.4 Teoria da imprevisão..... | 40 |
| 1.3 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 43 |
| 1.3.1 O reajuste tarifário | 49 |
| 1.3.2 A revisão ordinária e a extraordinária | 50 |
| 1.3.3 A prorrogação do prazo de concessão e a alteração de encargos contratuais como mecanismos internos de reequilíbrio econômico-financeiro..... | 52 |
| 1.3.4 O aporte de recursos públicos como mecanismo externo de reposição do equilíbrio econômico-financeiro..... | 55 |
| 1.3.5 Ferramentas para o reequilíbrio: a taxa interna de retorno e o fluxo de caixa marginal..... | 56 |
| 2 OS IMPACTOS JURÍDICOS DA PANDEMIA DE COVID-19 | 58 |
| 2.1 INICIATIVAS DO PODER PÚBLICO PARA O CONTINGENCIAMENTO DE PERDAS..... | 66 |
| 2.2 OS PRESTADORES DE SERVIÇOS E PARCEIROS PRIVADOS FRENTE À PANDEMIA | 74 |
| 2.3 ESTUDO DAS SEQUELAS ESPERADAS | 79 |
| 3 ALTERNATIVAS LEGAIS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ... | 83 |
| 3.1 A EFICIÊNCIA E RACIONALIDADE NECESSÁRIA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 84 |

| | |
|--|------------|
| 3.2 A ARBITRAGEM COMO DISPOSITIVO DE SEGURANÇA E CELERIDADE..... | 88 |
| 3.3 MEDIDAS TRIBUTÁRIAS COMO FERRAMENTA À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO..... | 94 |
| 3.4 AS MEDIDAS CLÁSSICAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO COMBINADAS COM MEDIDAS ATÍPICAS..... | 96 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 99 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 101 |

INTRODUÇÃO

O último ano da década de 2010 trouxe consigo o que seria o início da maior pandemia desde a Gripe Espanhola, que marcou os anos de 1918 a 1920. Desta vez, em decorrência da doença conhecida como Covid-19, provocada pelo novo coronavírus, o Sars-Cov-2.

Tal situação mundial tem afetado as mais diversas frentes. Não foi diferente no Brasil, em que a pandemia gerou, desde uma crise sanitária, até crises econômicas e jurídicas. Nessa toada, ao se tratar de uma problemática generalizada, o Estado, invariavelmente, assume o papel de interventor e, por vezes, protagonista ao exercer, entre outras atribuições, as funções decorrentes da Administração Pública.

Nesse aspecto, tem-se a questão da continuidade de prestação dos serviços públicos, que interfere de maneira significativa no combate à pandemia e no bem-estar da população em geral. Isto é, os serviços públicos são responsáveis pelo funcionamento dos mais diversos setores, tais como a saúde, o saneamento básico, a logística de fornecimento de produtos básicos e transporte de pessoas e mercadorias, além de ser fundamental para a manutenção econômica do Estado e influir diretamente na renda dos cidadãos. Não à toa, a Constituição Federal impôs, em seu art. 175, ao Poder Público, a responsabilidade de manter a prestação de serviços públicos, seja direta ou sob o regime de concessão.

Necessário, portanto, o estudo acerca do arcabouço legislativo até então presente em nosso ordenamento, como, por exemplo, a Lei nº 8.987/1995, que tange quanto ao regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, bem como a Lei nº 8.666/1993, que institui normas para licitação e contratos da administração pública, e a Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas, estas que são sólidas o bastante para garantir a continuidade da prestação dos serviços públicos concedidos a parceiros privados. Igualmente, como a jurisprudência passará a entender, suficientes para aplicar tais leis em virtude da saúde dos contratos já estabelecidos.

A possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro deve ser um ponto de gravitação fundamental nesse debate, posto que inerente aos contratos aqui debatidos. No entanto, necessário compreender qual a extensão e possibilidades de reequilíbrio, quando o contrato pode ser revisto ou reajustado e qual a diferença desses institutos. Trata-se, portanto, da melhor compreensão do que se tem à disposição para garantir a lisura da prestação desses serviços.

Portanto, diante do quadro de instabilidade e insegurança que marca a execução dos contratos de concessão de serviços públicos no cenário pandêmico atual, é necessário analisar as figuras já existentes e as possibilidades presentes no ordenamento jurídico pátrio com o intuito de garantir equilíbrio para a administração pública e continuidade dos serviços públicos.

Nessa toada, a análise das garantias e possibilidades jurídicas para condução dos contratos de concessão de serviços públicos a um equilíbrio econômico-financeiro se faz essencial no contexto pandêmico e pós-pandêmico, posto que estão em risco, além da continuidade da prestação de serviços públicos, a saúde econômica do ente público e do parceiro privado e a satisfação e bem-estar do público em geral.

As medidas sanitárias impostas pelos administradores públicos, em razão das medidas preventivas contra a infecção pelo Sars-Cov-2, invariavelmente impõem uma série de exigências aos prestadores de serviços, tais como o limite reduzido de lotação em locais fechados, disposição de equipamentos de segurança aos funcionários e ao público e horário reduzido de funcionamento. Assim, quando se trata de uma concessão de serviço público, o ator privado encarregado da prestação, em tese, opera dentro de um orçamento fixado em licitação e, para manter sua saúde econômica, não pode extrapolar esse orçamento. Assim, com novos encargos a ele impostos, esses inerentes à natureza dos contratos administrativos, aumenta-se os gastos com a manutenção e prestação em si dos serviços.

Dessa maneira, entender o procedimento de contratação e a organicidade da relação entre concessionária e concedente, os direitos e deveres atribuídos a cada parte, além dos possíveis movimentos a serem feitos nesse campo minado, é de suma importância para uma resposta eficaz do Poder Público quando do enfrentamento de uma crise.

O equilíbrio econômico-financeiro é um dos maiores atrativos para o particular que contrata com a Administração Pública, uma vez que por meio desse fica garantido, como expressa o termo, uma razão de proporcionalidade entre os encargos do concessionário e a retribuição que lhe assistirá. Tão fundamental para o particular que, em geral, a doutrina majoritária o coloca sob a luz dos direitos do concessionário, enquanto a Lei nº 8.987/1995 o coloca no capítulo referente à política tarifária, estando também presente na Constituição Federal, art. 37, XXI.

Outrossim, a adoção da teoria da imprevisão pelo Poder Judiciário deve ser estudada com intuito de compreender quais as possíveis medidas a serem tomadas pelas partes do contrato.

Frise-se que o conteúdo aqui buscado é universal, apesar de se basear nos acontecimentos provocados pela pandemia de Sars-Cov-12, de forma que podem ser aplicados a diversos cenários de anomia social, guardando-se de lição para as próximas gerações.

Assim, para a realização da pesquisa foi realizada revisão bibliográfica e o uso de fontes indiretas, bem como a coletânea de entendimentos jurisprudenciais e análise de medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Poder Público neste período. Também realizou-se levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais já publicados a partir do contato direto da bibliografia já tornada pública em relação ao tema, o que oportuna o exame sob novas abordagens, permitindo o reforço paralelo na análise da pesquisa e manipulação de informações (LAKATOS; MARCONI, 2003), sendo analisadas, a título de exemplo, doutrinas, legislação, artigos, dissertações, teses, matérias publicadas em periódicos e sites, além de outras fontes de pesquisas.

Com o intuito de acompanhar o entendimento dos tribunais, foi necessária a realização de uma pesquisa de decisões jurisprudenciais no banco de dados do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e Tribunal de Contas da União (TCU). Com a coleta dos entendimentos jurisprudenciais mais recorrentes e com repercussão no meio jurídico foi possível realizar uma síntese e análise do entendimento jurisprudencial.

Em suma, fora utilizado o método dedutivo na análise dos dados com o fim de se extrair as particularidades de premissas gerais relacionadas ao fenômeno estudado (FONSECA, 2009), sendo que a área do conhecimento explorada na presente pesquisa foi as ciências sociais aplicadas, em busca da solução de um problema determinado. Igualmente, a pesquisa será descritiva, buscando descrever as características dos institutos abordados e da situação fática vivida.

1 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL

A atual concepção da república brasileira abrange uma gama de encargos de ordem social e econômica ao Estado. A Constituição Federal de 1988 é marcada por normas programáticas que têm o condão de garantir o mínimo de dignidade à existência dos cidadãos. Esse mínimo existencial garantido ao povo brasileiro é, por sua vez, abrangido pela garantia de desfrutar de uma série de serviços que satisfaçam as necessidades coletivas, de interesse geral. A prestação destes serviços, portanto, deve conter em si a maior segurança possível de continuidade, a qual, em um Estado Democrático de Direito, diante de um contexto de pós liberalismo, se encontra residindo nas mãos do próprio Estado.

No caso do direito brasileiro, é a própria constituição quem faz a remissão de quais são esses serviços, observando-se a disposição dada pelos seus artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII e 25, §2º, figurando entre esses, por exemplo, os serviços postais, serviços de gás canalizado, serviços de radiodifusão, entre outros.

No entanto, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 715-716), o Estado, por meio do Poder Legislativo, é quem define as respectivas atividades como serviço público ou não, podendo, dentro dos limites constitucionais, qualificar outros serviços a esta posição. Todavia, é necessário o respeito às fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, garantidoras da livre iniciativa, uma vez que o exercício de serviços dentro desta esfera assiste aos particulares, tendo o Estado a prerrogativa de exercê-los nesta órbita em caráter excepcional.

Destaca-se aqui, que ao surgimento das primeiras noções de serviços públicos, costumava-se caracterizá-los por três critérios: o subjetivo, o material e o formal. Assim, o serviço público seria aquele prestado pelo Estado, em que a atividade tivesse por objeto a satisfação das necessidades coletivas, sendo exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum (DI PIETRO, 2020, p. 132). Entretanto, com o afastamento do Estado dos princípios liberais, passou-se a ampliar o rol de atividades próprias ao Estado, tais como atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada.

Por conseguinte, outro fenômeno se operou no seio da Administração Pública com o aumento de atividades exercidas pelo Estado, este passou a ter a necessidade de delegar a execução de tais serviços a particulares. Diante dessa necessidade, nascem os contratos de concessão de serviços públicos, com o remodelamento dos critérios formal e subjetivo dos serviços públicos, posto que as pessoas jurídicas de direito público não mais seriam as únicas

prestadoras desse tipo de atividade, bem como que nem todo serviço público, agora, é prestado sob o regime exclusivo de direito público. Daqui, uma definição mais atualizada de serviços públicos e aceita pela doutrina majoritária:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público (DI PIETRO, 2020, p. 134).

As concessões de serviço público, portanto, são fruto de uma necessidade de a Administração Pública encontrar novas formas de gestão desses serviços, por meio de um remanejamento da ideia de especialização e utilização de métodos de gestão privada, com o intuito de aumentar a obtenção de lucros e melhores resultados, bem como dar uma maior flexibilidade e agilidade à administração destas atividades. Essa importância é tamanha que se faz presente no art. 175 da Constituição Federal de 1988 ao ficar cravado que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

Assim, por meio da concessão, o Estado atribui o exercício de um serviço público a determinado particular que, mediante processo licitatório, o aceita para prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, observando-se as condições fixadas neste processo e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público concedente, sempre perante a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro estabelecido no momento da contratação, remunerando-se pela exploração do serviço (MELLO, 2015, p. 726), características estas que serão aprofundadas posteriormente. Em um adendo, pode-se dizer que:

A concessão nunca se dá por conta e risco exclusivos da concessionária. Mesmo sob o enfoque da doutrina tradicional das áleas da concessão, a Administração Pública assume os riscos extraordinários do empreendimento. Ainda que admitíssemos, teoricamente, a transferência dessas áleas extraordinárias ao concessionário, restariam, nessa hipótese, sob a responsabilidade do concedente, os riscos relacionados às matérias nas quais, por força legal, vigora a responsabilidade solidária entre concessionário e concedente. (PEREZ, 2005, p. 205-206).

No mais, assevera Bandeira de Mello que:

Para que possa ser objeto de concessão é necessário que sua prestação não haja sido reservada exclusivamente ao próprio Poder Público. Esta é, constitucionalmente, a situação do Serviço Postal e do Correio Aéreo Nacional. Isto porque a Constituição, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras "a" a "f"), diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente "ou mediante autorização, concessão

ou permissão". Diversamente, ao referir, no inciso X, o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou. Por força disto, tem-se de considerar que é manifestamente inconstitucional o disposto no art. 1º u, inciso VII, da Lei 9.074, de 7.7.1995, nela inserido pela Lei 9.648, de 27.5.1998. Dito inciso inclui os serviços postais entre as atividades passíveis de permissão ou concessão, o que, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, ofende a Lei Maior. (2015, p. 734-735).

Embora o entendimento doutrinário predominante seja de que a concessão de serviços públicos tem natureza jurídica de contrato administrativo com peculiaridades próprias, há uma ala doutrinária que entende que, em verdade, a concessão de serviço público trata-se de um ato unilateral do Poder Público, porém, explica a respeitada professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

Entendemos que referido negócio jurídico é de natureza contratual, embora sejamos forçados a reconhecer particularidades específicas que o configuram realmente como inserido no âmbito do direito público. A Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, quando faz referência à lei disciplinadora das concessões, refere-se, no inciso I, ao caráter especial de seu contrato, o que parece confirmar a natureza contratual do instituto. A Lei no 8.987/1995, no entanto, pôs fim a eventual controvérsia, consignando expressamente que a concessão, seja qual for a sua modalidade, “será formalizada mediante contrato” (art. 4º). Temos, pois, como fato atualmente indiscutível, a atribuição de contrato administrativo às concessões de serviços públicos. (2019, p.402).

Cumprido destacar o que discorre o legislador no art. 2º, inc. II, da Lei 8.987/1995, em que se considera concessão de serviço público “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (BRASIL, 1995).

Há também a figura da concessão de serviços públicos para empresas estatais, em que a vantagem reside no fato de que o Estado mantém o controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços. No entanto, há de se mencionar que todos os riscos do empreendimento correm por conta do poder concedente, uma vez que acionista majoritário da empresa. Há quem defenda que nesse caso não se está diante de um caso de concessão tal qual o estudado aqui, mas sim de um processo de descentralização de serviços públicos (DI PIETRO, 2020, p.327).

Seja a concessão outorgada à uma empresa particular, seja a concessão outorgada à uma empresa estatal, a existência de um contrato é essencial ao seu aperfeiçoamento. Por meio deste contrato é transferida a execução do serviço à que se presta ao ente privado, remanescendo com o Poder Público a sua titularidade, podendo este retomar a execução do

referido serviço por meio da encampação, conforme previsto no art. 35, inciso II da Lei 8.987/1995. Igualmente, define-se por este instrumento as maneiras de remuneração decorrentes da exploração da atividade outorgada, a possibilidade de reversão dos bens empenhados à prestação dos serviços, as obrigações em geral assumidas pelas partes e, principalmente para o presente estudo, o equilíbrio econômico-financeiro, que regerá o contrato desde sua concepção até o seu fim (BRASIL, 1995).

Importante anotar que, em que pese a concessionária seja remunerada pela exploração do serviço a ela outorgada a execução, nada impede que o Poder Concedente a subsidie parcialmente, ou ainda, que ela se utilize de fontes alternativas de receitas, conforme o art. 11 do estatuto retromencionado. Tal previsão vai ao encontro, bem como encontra justificativa, da busca pela modicidade tarifária, uma vez que suaviza a contraprestação do usuário em razão de fonte de receitas alheias à prestação do serviço em si e será regulado pelo equilíbrio econômico-financeiro fixado no contrato.

O que não pode ocorrer é a remuneração da concessionária exclusivamente por fontes estranhas à exploração do serviço, posto que no caso não se trataria da figura jurídica da concessão de serviço público, mas sim de uma modalidade contratual diversa (MELLO, 2015, p. 723). Assim, pode-se dizer que as tarifas, tendo natureza de preço público, devem ser fixadas em um montante suficiente e condizente com o serviço prestado e a ela vinculado, evitando o enriquecimento indevido e desproporcional da concessionária em detrimento dos usuários ou extrapolando a equação econômico-financeira primordialmente fixada, além de garantir uma adequada prestação do serviço outorgado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 422).

Cabe fixar, por ora, a título de introdução, que o referido equilíbrio econômico-financeiro se trata de uma garantia de permanência de uma razão de proporcionalidade, para não se dizer igualdade, dos ônus, encargos e direitos das partes com base no momento em que os ditames contratuais foram fixados, a “linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 201) no cenário da contratação. Tal garantia ganha notoriedade no estudo dos contratos administrativos em razão da possibilidade de alterações unilaterais por parte do Poder Concedente para a melhor persecução do interesse público, dentro dos limites impostos pelos arts. 58, I, e 65, I, da Lei 8.666/1993. A doutrina trata de fixar esses limites impostos pela lei:

a)necessidade de motivação: o art. 65 exige a apresentação das “devidas justificativas”; b)a alteração deve decorrer de fato superveniente à contratação, pois no momento da instauração da licitação a Administração efetivou a delimitação do objeto contratual, o que condicionou a apresentação das propostas pelos licitantes. A alteração poderia servir como burla à licitação, pois o administrador, ao definir equivocadamente o objeto a ser licitado, poderia restringir a participação de interessados. É evidente que, constatado o equívoco do agente na definição do objeto licitado e a necessidade de alteração, deve ser permitida a alteração contratual para se atender o interesse público, sem prejuízo da devida apuração da responsabilidade do agente; c)impossibilidade de descaracterização do objeto contratual (ex.: não se pode alterar um contrato de compra de materiais de escritório para transformá-lo em contrato de obra pública); d)necessidade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Efetivada a alteração unilateral do contrato, a Administração tem o dever de efetuar a revisão contratual para reequilibrar a equação econômica do contrato (princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato), na forma do arts. 58, § 2.º, e 65, § 2.º, da Lei 8.666/1993;29 e)apenas as cláusulas regulamentares (ou de serviço) podem ser alteradas unilateralmente, mas não as cláusulas econômicas (financeiras ou monetárias), conforme previsão contida no art. 58, § 1.º, da Lei 8.666/1993.30 Enquanto as cláusulas regulamentares ou de serviço relacionam-se com o objeto do contrato, as cláusulas econômicas referem-se ao preço, forma de pagamento e aos critérios de reajuste (ex.: a Administração pode alterar o contrato para exigir a construção de 120 casas populares, em vez de 100 casas, inicialmente previstas quando da assinatura do contrato; pode ser alterado contrato de pavimentação de 100 km de determinada rodovia para se estender a pavimentação por mais 10 km). Nesse caso, a alteração da cláusula de execução repercutirá, necessariamente, no custo do contrato, razão pela qual deverá ser realizada a revisão para reequilibrar a equação financeira. A alteração da cláusula econômica, portanto, é uma consequência da alteração primária da cláusula regulamentar, não sendo lícita a alteração unilateral (e direta) do valor do contrato; f)os efeitos econômicos ocasionados pela alteração unilateral das cláusulas regulamentares devem respeitar os percentuais previstos no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/1993: os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, não podem ultrapassar o equivalente a 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso específico de reforma de edifício ou de equipamento, o limite será de 50% para os seus acréscimos. (OLIVEIRA, 2020, p. 241).

A limitação imposta pelo art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993 causa certa discussão no campo jurídico, posto que parte da doutrina considera que tal limitação percentual não diz respeito aos contratos de concessão, tendo-se em vista que esses possuem características intrínsecas passíveis de justificar o afastamento de referidos limites, tais como sua longa duração, a alta complexidade e as incertezas da relação contratual, não significando, no entanto, uma ausência de limitações, posto que deve o Poder Concedente justificar a necessidade da alteração intentada, bem como preservar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão (OLIVEIRA, 2020, p. 241). Por outro lado, quando levado o tema aos tribunais, é possível perceber que o judiciário se atém às formalidades lançadas pela Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e exige o balizamento da alteração pretendida aos percentuais legais:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO.

LEGALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO QUE AUTORIZOU O PROLONGAMENTO DE LINHAS INTERMUNICIPAIS ORIGINADAS DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 006/2007. SUPERPOSIÇÃO DAS LINHAS DE ÔNIBUS, OBJETO DE CONCESSÃO, COM AQUELAS QUE AS RECORRIDAS SUPOSTAMENTE EXPLORAM. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO PELO STJ DAS LINHAS DE TRANSPORTE EXPLORADAS PELAS RECORRENTES PELO STJ. IMPOSSIBILIDADE.

NOVA AVALIAÇÃO DO LAUDO PERICIAL QUE CONCLUIU PELA LEGALIDADE DA ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO. REGULARIDADE NA LICITAÇÃO RECONHECIDA PELO PERITO E PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. EXORBITÂNCIA DE HONORÁRIOS. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE NOVO ARBITRAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA REDUZIR OS HONORÁRIOS ARBITRADOS.

1. A discussão envolve a legalidade na alteração unilateral de contrato de concessão pela Administração Pública, visto que somente se atendidos os requisitos previstos na Lei 8.666/93 tais alterações seriam possíveis. In casu o Sodalício a quo, de forma categórica, estabeleceu que a perícia foi conclusiva quanto à legalidade das modificações contratuais, pois serviram para melhor adequação dos objetivos do projeto (art. 65, I, "a", da Lei 8.666/93), bem como respeitaram os limites percentuais previstos em lei (art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93).

2. No caso sub examinem infere-se que o Tribunal a quo, com cognição plenária e exauriente, fundamentado em laudo pericial, concluiu que a superposição de linhas de transporte coletivo e o prolongamento dos itinerários foram legais, em conformidade com os requisitos previstos na Lei 8.666/93, destacando que as mudanças contratuais realizadas unilateralmente respeitaram os limites percentuais fixados no codex de regência (25%).

3. O Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, decidiu que rever o posicionamento adotado pela Corte de origem importaria mitigar o óbice da Súmula 7/STJ, visto que o acolhimento da pretensão recursal demandaria reexame do laudo elaborado pelo expert. (AgRg na Pet 7.458/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 1/10/2009, DJe 9/10/2009). (...)

(REsp 1477217/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 11/10/2016). (BRASIL, 2016)

A possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público é, todavia, uma das várias cláusulas exorbitantes que podem figurar em um contrato de concessão de serviços públicos. Entre elas, encontram-se a possibilidade de rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanções, ocupação provisória, além da utilização de pessoal e de serviços do contratado quando houver necessidade de apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, além de outras previstas pela legislação, em especial, pela Lei de Licitações nos arts. 58, 78, 79, e 80.

Como bem dito até aqui, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro cobre as incertezas abrangidas por essas cláusulas exorbitantes. No mais, adiante serão abordados os elementos modificáveis e imodificáveis das concessões de serviços públicos.

Igualmente, o Poder concedente pode, conforme discorrem os art. 32 e 34 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), decretar a intervenção na empresa concessionária. Referida

medida não é revestida de natureza punitiva, mas sim investigatória. No caso, é feita a substituição temporária do gestor da empresa por um interventor designado pelo concedente, objetivando apurar irregularidades e assegurar a continuidade da prestação do serviço público. Ao final da intervenção são propostas as medidas mais convenientes a serem adotadas ao caso fático, não excluindo, no entanto, a hipótese de sanções (DI PIETRO, 2020, p. 334). O prazo é de 30 dias para que seja instaurado procedimento administrativo, observando-se o contraditório, com o intuito de apurar as irregularidades, o qual deve ser concluído no prazo de 180 dias.

Por fim, para uma compreensão geral dos aspectos do instituto aqui estudado, é necessário entender a extensão da responsabilidade civil da concessionária e do concedente em decorrência do contrato firmado. Estabelece a Lei de Concessões em seu art. 25, que a concessionária responde “por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade” (BRASIL, 1995).

Explica a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 332) que a responsabilidade primária por prejuízos causados a terceiros é do contratado, relegando ao Estado apenas a responsabilidade subsidiária somente em relação aos prejuízos decorrentes da má execução do serviço público, podendo, não obstante, haver a caracterização da responsabilidade solidária do Estado em razão da má escolha da concessionária ou omissão no que diz respeito ao dever de fiscalização. Igualmente, por força do art. 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade da concessionária é objetiva.

Há, no entanto, entendimento doutrinário que sustenta a existência de solidariedade entre o Estado e a concessionária nos casos de concessões de serviços públicos, posto que a prestação destes serviços é caracterizada como relação de consumo, aplicando-se a solidariedade prevista para os acidentes de consumo (TEPEDINO, 2004, p. 216). Por outro lado, a doutrina majoritária entende que a regra consumerista é afastada pela regra especial do art. 25 da Lei de Concessões.

Em relação à responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, o art. 71 da Lei de Licitações dispõe que a concessionária é a responsável por estes, sendo que, em relação aos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos, há responsabilidade solidária entre o Poder Público e o contratado, por força do §2º do mesmo artigo. Ponto interessante reside no que concerne ao §1º do mesmo art. 71, vez que este estabelece que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu

pagamento (...)” (BRASIL, 1993), não havendo, portanto, a prima face, responsabilidade por parte da Administração nesses casos.

Ocorre que o STF, em julgamento da ADC 16/DF, fixou que a regra é que a Administração Pública não possui responsabilidade pelos encargos trabalhistas de suas empresas contratadas, salvo naqueles casos em que há comprovada falta de fiscalização estatal no cumprimento das referidas obrigações.

Destaque-se que a Lei 13.429/2017 inseriu o art. 5º-A, § 5º, na Lei 6.019/1974, passando a prever a responsabilidade subsidiária do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observando o disposto no art. 31 da Lei 8.212/1991. Sobre o assunto, em sede de repercussão geral, suscitada no RE nº 760.931, o STF fixou a tese de que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não ensejam a transferência automática de responsabilidade pelo pagamento ao Poder Público, seja em caráter solidário ou subsidiário” (BRASIL, 2017). Igualmente, a mesma Corte declarou que “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (BRASIL, 2019).

Com isso, é possível criar uma percepção abrangente da extensão dos direitos e deveres, bem como, obrigações e responsabilidades das partes que compõem o contrato de concessão de serviços públicos, de maneira a possibilitar um estudo aprofundado do tema em análise.

1.1 AS MODALIDADES DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As concessões de serviços públicos são reguladas por diversos diplomas legais, destacando-se a Lei 8.987/1995, que dispõe sobre as concessões de serviços públicos e de obras públicas, além das permissões de serviços públicos, bem como a Lei 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, e a Lei 11.079/2004, que institui normas sobre as concessões especiais, ou como são conhecidas, Parcerias Público-Privadas (PPPs).

A concessão de serviços públicos pode ser entendida como um gênero que pode ser dividido em dois subgêneros, quais sejam, o das concessões comuns, prevista na Lei 8.987/1995 e legislação correlata, e o das concessões especiais, que se submetem à Lei 11.079/2004 e leis específicas promulgadas pelos entes federados (OLIVEIRA, 2020, p. 292).

As concessões comuns, por sua vez, se dividem em duas espécies, sendo estes, a concessão de serviços públicos propriamente ditos, prevista pelo art. 2^a, inciso II da Lei de Concessões, e as concessões de serviços públicos precedidas de obra pública, prevista no inciso III do mesmo artigo. Tal espécie tem por objeto único a delegação de determinado serviço público, enquanto que esta espécie possui um objeto complexo, por assim dizer, ao ponto em que antes que o concessionário preste o serviço público para que foi contratado, tem a obrigação de realizar uma obra pública (DI PIETRO, 2020, p. 336).

De maneira similar, as concessões especiais se dividem em duas espécies, previstas no art. 2^a, §§ 1^o e 2^o da Lei 11.079/2004, quais sejam, as Parcerias Público-Privadas patrocinadas e as Parcerias Público-Privadas administrativas, respectivamente. As PPPs patrocinadas têm por característica a delegação de serviços ou obras públicas, acarretando a cobrança de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, além da tarifa cobrada dos usuários. Já as PPPs administrativas envolvem a prestação de serviços, direta ou indiretamente, à administração pública, sendo permitida a espécie para contratações que envolvam execução de obra ou instalação de bens (DI PIETRO, 2020, p. 341).

O estudo destas figuras se faz de suma importância posto que necessário o conhecimento de suas características intrínsecas e peculiaridades para um melhor manejo de riscos, perdas e ganhos de cada modalidade, essencial ao cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos, como será visto.

1.1.1 As concessões comuns

Pode-se dizer que a concessão de serviços públicos propriamente dita é o modelo balizador para as demais modalidades de concessão de serviços públicos, um *standard*, refere-se à delegação da execução do serviço público tal como exposto até aqui. É um contrato administrativo típico, sendo reconhecido, como exposto, a presença de cláusulas exorbitantes e sujeições do concessionário (OLIVEIRA, 2020, p. 308).

Por sua vez, a concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública trata-se de uma modalidade de concessão com duplicidade de objetos, quais sejam o exercício da atividade delegada e a execução de uma obra que a precede. O que ocorre, em verdade, nesta modalidade é que o Estado concede a atividade à concessionária e, para sua adequada prestação, autoriza que esta execute a obra previamente.

Merece atenção ao fato de que, embora esteja presente o termo “precedida da execução de obra pública”, a lei define a obra - no mesmo art. 2^o, III da Lei 8.987/1995 que

conceitua a modalidade - como “(...) a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público” (BRASIL, 1995). Por vista disso, há nítido caráter de precedência da construção, reforma, ampliação e melhoramento em relação ao serviço a ser executado, ocorre que, quanto à conservação, esta dar-se-á concomitantemente ao serviço prestado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 392).

O art. 23 da Lei de Concessões dispõe um rol de cláusulas essenciais que deve o contrato que a rege, obrigatoriamente, tratar. Na ausência dessas cláusulas, corre-se o risco de outorga de concessões de forma desproporcionalmente favorável ao concessionário em detrimento do poder concedente, como ocorria antes da vigência do atual estatuto, que passou a assegurar a lisura de procedimentos envolvendo os concessionários e a própria prestação do serviço a eles delegados. Isto é, a ausência destas cláusulas, bem como sua inobservância, acarreta a invalidade do contrato havido entre as partes, o que pode ser decretada pela própria Administração ou por provimento do Poder Judiciário. O mencionado dispositivo apresenta um total de quinze cláusulas, essas podem ser separadas em cláusulas relativas ao serviço, cláusulas relativas aos direitos e obrigações, cláusulas de prestação de contas, cláusulas de fiscalização e cláusulas relativas ao fim da concessão (CARVALHO FILHO, 2015, p. 409-410).

De outro modo, importante esclarecer que o prazo anual dos contratos previstos no art. 57 da Lei de Licitações não se aplica à presente modalidade, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo, a duração de até um ano dos contratos celebrados pela Administração Pública se dá em razão de que a sua vigência está vinculada à respectiva vigência dos créditos orçamentários. Assim, como na concessão de serviço público comum a remuneração da concessionária se dá, em regra, por meio de tarifa paga pelos usuários, não há vigência de crédito orçamentário que a limite (BRASIL, 1995). Outrossim, a concessionária, via de regra, realiza investimentos de grande vulto para a adequada prestação do serviço público a que foi contratada, dependendo, assim, de um prazo mais dilatado para a amortização de seus investimentos e retorno financeiro pactuado, garantindo, além disso, a segurança da modicidade tarifária (OLIVEIRA, 2020, p. 293).

O prazo de duração de uma concessão de serviço público comum leva à uma discussão doutrinária acalorada quanto à viabilidade da prorrogação do contrato. Isto é, alguns defendem que, sob o ponto de vista jurídico, o alargamento do prazo ensejaria em uma vantagem ao concessionário descompassada ao princípio da isonomia, bem como da licitação que orientava um prazo determinado. Igualmente, do ponto de vista econômico tal feito não se justificaria, posto que as tarifas são fixadas por parâmetros que permitem a recuperação dos

investimentos realizados ao longo do prazo primordialmente estipulado, sendo que tal prorrogação somente seria possível em acontecendo desvios indesejáveis (JUSTEN FILHO, 2003, p. 269-270).

Por outro lado, parte da doutrina entende que, em que pese a prorrogação deva ser encarada como uma medida excepcional, nada impede que seja prevista nos editais de licitação e respectivos contratos (ARAGÃO, 2007, p. 580-582). O que justifica tal medida é a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, vez que o prazo inicialmente estipulado leva em conta a amortização de investimentos e a taxa de retorno do concessionário.

Uma consequência a ser debatida nesse caso é a abertura de oportunidade a eventuais interessados para a celebração de novo contrato de concessão. Deve, destarte, ser a prorrogação ser proveniente de decisão justificada, demonstrando a conveniência da prorrogação em detrimento de nova licitação, devendo o respectivo contrato prever os casos em que será possível a prorrogação, de maneira objetiva e razoável. Igualmente, nesses casos, a prorrogação deve ser dada pelo período estritamente necessário para compensar o desequilíbrio contratual enfrentado, não se podendo aplicar prorrogações *ad aeternum* que deem o caráter de indeterminação ao prazo do contrato (OLIVEIRA, 2020, p. 294).

Há ainda a possibilidade de “prorrogação premial” e “prorrogação antecipada”, que devem estar previstas no edital e contrato, este último no caso de ocorrer a inclusão de novos investimentos não previstos no instrumento contratual vigente. Perfazem-se, portanto, cláusulas de prevenção a fatos futuros e previsíveis nos contratos de concessão comuns.

Leciona, ainda, Bandeira de Mello (2015) que:

o prazo é (tal como a tarifa) um dos elementos que concorrem para determinação do valor da equação econômico-financeira, uma vez que em função dele se estimam a amortização do capital investido pelo concessionário e as possibilidades de lucro que terá. Por isso, tanto como as demais disposições concernentes à prestação do serviço e tal como elas, também o prazo poderá ser modificado pelo concedente, extinguindo a concessão antes da fluência do período de duração inicialmente fixado, ressalvado ao concessionário simplesmente o direito de que lhe seja assegurada a manutenção da equação econômico-financeira pactuada. Como ela é expressável por um valor, respeitado este - que tem natureza contratual-, nada há que opor, censurar ou reclamar do Estado. Em suma, aquilo a que o concessionário tem direito é à integralidade de um valor, cuja inteireza se perfaria em certo período: aquele que perceberia se mantida fosse a concessão até a conclusão normal do prazo estatuído. (MELLO, 2015, p. 751).

Portanto, o prazo contratual atua como um importante elemento para o equilíbrio contratual, abarcando um amplo diagnóstico de sua saúde financeira.

1.1.2 As concessões especiais

A concessão especial de serviços públicos, batizada de Parceria Público-Privada é submetida a um regime jurídico diferenciado, conforme descrito pela Lei 11.079/2004. A inserção desse modelo no ordenamento pátrio se deu por inspiração no modelo inglês da *Private Finance Initiative* (que remonta a 1987, embora lançada oficialmente em 1992), caracterizada pela remuneração proveniente do próprio Poder Público, em vez de necessariamente vir dos usuários por meio do pagamento de tarifas (MARTY; TROSA; VOISIN, 2006, p. 11-12). Por outro lado, em uma análise à sua inserção no ordenamento pátrio:

A "parceria público privada", que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista - outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros -, constitui-se na creme de la creme do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras. Nem mesmo o Governo do Sr. Fernando Cardoso, em despeito de sua álaçre submissão aos ditames do FMI, ousou patrociná-la, talvez por uma questão de decoro.(MELLO, 2015, p. 797)

O que justifica a existência de tal figura, portanto, são fatores como a necessidade de prestação de serviços públicos não autossustentáveis, posto que, após o período de desestatização vivenciado pelo Brasil, foi relegado ao Estado a obrigação de prestar serviços públicos que necessitam de investimentos vultuosos ou marcados em razão da inviabilidade jurídica, ou política de cobrança de tarifas do usuário; a limitação ou esgotamento da capacidade de endividamento público, tendo em mente a limitação imposta pela LC 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que limitou a capacidade de investimentos do Poder Público na prestação direta dos serviços públicos, bem como de criação de infraestrutura adequada. Além do mais, o princípio da subsidiariedade adequada e a necessidade de eficiência do serviço dão predileção à atuação privada em detrimento da atuação estatal (OLIVEIRA, 2020, p. 308).

As Parcerias Público-Privadas são agrupadas sob a denominação de “concessões especiais” justamente porque o legislador estabeleceu um regime diferenciado para esse tipo de contratação, introduzindo novas garantias, modificando a repartição de riscos e adicionando, entre outras mudanças, novas formas de remuneração para as concessionárias, objetivando, assim, atrair o capital privado para a consecução do interesse público. Desta feita, a Lei 11.079/2004 estabelece regras específicas para essas modalidades, estas sempre apoiadas e subsidiadas pelas regras da Lei de Concessões, sendo, no entanto, impossível a inversão, isto é, transformação de uma concessão comum em parceria, ou aplicação das regras

desta àquela, sob pena de incorrer em infração à constitucionalidade do princípio da obrigatoriedade de licitação (MELLO, 2015, p. 797).

A lei de regência das concessões especiais limitou-se, em seu art. 2º, a estabelecer que as Parcerias Público-Privadas tratam-se de contrato administrativo de concessão, dividindo-as nas modalidades conhecidas como patrocinada e administrativa.

Cuida, a doutrina, de trazer a definição das PPPs. No sentido amplo do conceito, uma Parceria Público-Privada é aquele ajuste firmado entre o Estado e o particular em busca do interesse público, como concessões, convênios, terceirizações, permissões, contratos de gestão e termos de parceria e, a título de exemplo, já no sentido restrito, tratam-se de PPP tão somente as parcerias previstas na Lei 11.079/2014 (OLIVEIRA, 2020, p. 308). Por definição temos que:

a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público. (DI PIETRO, 2020, p. 340)

Ou ainda:

o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. (CARVALHO FILHO, 2015. p. 447).

Portanto, há uma diferença marcante entre o modelo das Parcerias Público-Privadas e as concessões comuns, a qual reside na necessária contraprestação do parceiro público ao parceiro privado como forma de remuneração. Tal contraprestação, por sua vez, é o parâmetro utilizado pela legislação para separar em dois modelos diferentes as concessões especiais, quais sejam, a Parceria Público-Privada patrocinada e a Parceria Público-Privada administrativa (art. 2º, §§ 1º e 2º, respectivamente).

Conforme descrito anteriormente, a PPP privada consiste na concessão de determinado serviço ou obra pública de que trata a Lei de Concessões quando, além da tarifa cobrada dos usuários pela prestação do serviço, houver contraprestação pecuniária do Poder Público ao parceiro privado. Por seu turno, a Parceria Público Privada administrativa tange quanto ao contrato de prestação de serviços em que é usuária direta, ou indireta a Administração Pública, mesmo que abarque fornecimento ou instalação de bens ou execução de obras de

obra pública, sendo, por outro lado, vedada a celebração de concessão que tenha por único objeto essas prestações.

Todavia, a PPP administrativa pode visar a execução de serviços públicos ou de serviços administrativos prestados diretamente ao Estado, posto que previsto que a Administração Pública seria usuária direta ou indireta dos serviços delegados. Destaque-se que serviços administrativos são ligados àquelas atividades privadas prestadas ao Estado por entidades selecionadas por meio de licitação, invertendo, de certa maneira, a lógica da concessão de serviços públicos, posto que, nesse caso, a Administração Pública é a beneficiária direta e a coletividade, a beneficiária indireta (OLIVEIRA, 2020, p. 310).

Partindo desse ponto, parte da doutrina divide a PPP administrativa em outros dois subgrupos, quais sejam, a PPP administrativa de serviços públicos e a PPP administrativa de serviços administrativos. O professor Bandeira de Mello (2015) tece críticas à modalidade ao ponto em que se evidencia que o verdadeiro propósito da introdução das PPPs no ordenamento brasileiro é o desejo de prestigiar ao máximo o partidarismo neoliberal, atribuindo à particulares a gestão de atividades públicas:

se é a Administração, e não o público, quem remunera o parceiro privado, aqui se vê novamente uma contradição entre o que é aduzido para justificar a instituição das PPPs - a alegada carência de recursos - e a disposição normativa de fazer com que a Administração assumia dispêndios que poderiam ser poupados com o uso da modalidade comum de concessão. (MELLO, 2015, p. 800).

Igualmente, vale destacar que, conforme previsto no art. 10, § 3.º, da Lei 11.079/2004 na modalidade patrocinada, a Administração Pública pode se responsabilizar por até 70% da remuneração do parceiro privado, sendo que, para o contrato que extrapole esse valor, é necessária autorização legislativa. Isso significa que é juridicamente possível o alcance de qualquer percentual de contraprestação proveniente do Poder Público, desde que inferior a 100%, sob pena de recair na contratação de uma PPP em modalidade administrativa. No entanto, “este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, *pressupõe que existam disponíveis* e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto” (MELLO, 2015, p. 799).

Além disso, salienta-se que para qualquer uma das modalidades de concessão especial, o art. 6º da Lei 11.079/2004 dispõe de um rol exemplificativo de formas de contraprestação ao parceiro privado, como ordem bancária, cessão de créditos de direitos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública e outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. Não obstante, o § 1.º do mesmo artigo permite, a previsão de remuneração

variável vinculada ao desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e predisposição previamente acordados em contrato. Igualmente, afirma o §2^a deste artigo que é admitida a estipulação contratual que prevê o aporte de recursos públicos em favor do parceiro privado com a finalidade de realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos do art. 18, X e XI, da Lei de Concessões, desde que autorizado no edital da respectiva licitação, ou em lei, para contratos celebrados até 8 de agosto de 2012. Neste último caso, quando da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá a indenização pelas parcelas daqueles investimentos vinculados a bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados, se tais investimentos houverem sido efetuados com valores originários do referido aporte de recursos.

A título de complementação, a contraprestação da Administração Pública ao parceiro privado é disponibilizada somente quando da disponibilização do serviço objeto do contrato, sendo facultado aos termos do respectivo contrato contemplar o pagamento da contraprestação relativa à parcela já fruível do serviço, nos termos do art. 7º e seu §1º, da Lei de licitação e contratação de parceria público-privada, respectivamente.

Vale dizer que há valor mínimo a ser observado em um contrato de concessão especial, diferentemente do que ocorre na concessão comum, sendo vedada a PPP quando o valor do contrato seja inferior a R \$10.000,00. Tal valor é oriundo da proposta apresentada pelo parceiro privado quando da licitação, estimando-se aí os custos, os riscos e as receitas necessárias à execução do contrato.

Parte da doutrina defende que esse valor representa o montante mínimo a ser investido pelo parceiro privado, porém, outra parte, como os professores Floriano de Azevedo Marques e Diógenes Gasparini, são partidários do posicionamento de que o valor mínimo corresponde ao montante a ser pago para o parceiro privado ao longo do contrato de PPP (SUNDFELD, 2005, p. 304). Por outro lado, parte da doutrina argumenta, ainda, que essa imposição de valor mínimo às Parcerias Público-Privadas não pode ser interpretada em caráter nacional, isto é, aplicada aos Estados e Municípios, mas tão somente à União, posto que nesse caso feriria o princípio federativo exposto no art. 18 da Constituição Federal, devendo cada ente federativo ter autonomia para fixar os respectivos valores mínimos (OLIVEIRA, 2020, p. 315).

Outra distinção entre as PPPs e a concessão comum se encontra no prazo contratual. Como exposto anteriormente, em razão de não estar vinculada a uma dotação orçamentária, a concessão de serviço público comum não tem prazo limitado de vigência, cabendo ao contrato defini-lo. No entanto, as concessões especiais operam de maneira diversa, a legislação (art. 2.º, § 4.º, II, e art. 5.º, I, da Lei 11.079/2004) estabelece um prazo mínimo de 5 anos e máximo

de 35 anos para esse tipo de contrato de concessão. A justificativa para o alargamento dos prazos de vigência destes contratos vai ao encontro da justificativa para os contratos de concessão comum, lançando base na necessidade de tempo razoável para a amortização dos investimentos e diluição dos pagamentos, devendo o Poder Público concedente atuar com responsabilidade fiscal, tomando medidas como:

a) apresentação de estudo técnico, aprovado pela autoridade competente e que respeite a LC 101/2000 (LRF); b) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios respectivos ao prazo do contrato; c) declaração do ordenador da despesa atestando a compatibilidade do contrato com a lei de diretrizes orçamentárias e com a lei orçamentária anual; d) “estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública”; e) previsão do objeto contratual no Plano Plurianual; f) realização de consulta pública em relação às minutas do edital e do contrato; g) licença ambiental e adequação às exigências ambientais (art. 10 da Lei 11.079/2004). (OLIVEIRA, 2020, p. 316).

Outro ponto que merece atenção, quando do estudo das concessões especiais, é a repartição dos riscos, vez que, ao contrário do que ocorre com as concessões comuns, em que o risco é suportado pela concessionária, salvo em casos de riscos extraordinários e imprevisíveis, aqui não há uma repartição abstrata de riscos (DI PIETRO, 2019. p. 194). Pelo contrário, é o contrato de parceria que repartirá objetivamente os riscos a serem arcados por cada uma das partes, de acordo com a interpretação do art. 4º, VI e 5º, III, da Lei 11.079/2004. Esclareça-se, porém, que a repartição de riscos não é necessariamente equânime entre as partes, mas sim objetiva, bem como, em nada altera aquela responsabilidade inerente à prestação do serviço público, conforme disposta no art. 37, § 6º da Constituição Federal, portanto, a repartição de riscos é de eficácia interna ao contrato, um fator importante para a fixação da remuneração do parceiro privado e, conseqüentemente, da equação econômico-financeira que acompanhará a vigência do contrato, sem, contudo, acarretar responsabilidade solidária perante terceiros.

Tanto o professor Bandeira de Mello, como a professora Di Pietro, no entanto, enxergam uma limitação para a distribuição de riscos, quais sejam os riscos oriundos do fato príncipe e fato da administração (figuras que ganharão maior análise à frente), posto que, caso contrário, feriria de morte o princípio constitucional da Responsabilidade do Estado, ou seja:

Nas duas hipóteses, é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante. No caso de fato do príncipe, a responsabilidade do Estado encontra fundamento na regra contida no art. 37, § 6º, da Constituição, que não pode ser afastada por lei

ordinária. No caso de fato da Administração, trata-se de responsabilidade contratual por inadimplemento, não podendo o parceiro privado arcar com os prejuízos, nem mesmo para dividi-los com o parceiro público. Trata-se de mera aplicação do princípio geral de direito, consagrado no art. 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. (DI PIETRO, 2019, p. 195).

A repartição objetiva dos riscos é figura fundamental ao equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, posto que já no edital de licitação os riscos são fixados a cada parte, devendo, assim, o proponente precificar sua proposta em razão deles. Igualmente, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nas PPPs, apesar de não previsto na Lei 11.079/2004, decorre da aplicação dos princípios da equidade, razoabilidade, continuidade e indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, 2019, p. 195).

Sob outra perspectiva, há também a previsão, pelo art. 5º, IX da respectiva lei, do compartilhamento, com o parceiro público, de ganhos econômicos em razão da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Isso se justifica ao ponto em que o poder público tem a faculdade de ofertar garantias ao financiador do projeto (§ 2º do mesmo art. 5º), de tal modo que reduza os riscos do empreendimento e possibilite maiores ganhos econômicos.

Não obstante, o parceiro privado tem o dever de prestar garantias de execução compatíveis com os ônus e riscos envolvidos ao poder público. Para as Parcerias Público-Privadas patrocinadas, o valor não pode ultrapassar o valor da obra (conforme aplicação subsidiária do art. 18, XV, da Lei 8.987/1995). Em contrapartida, para as Parcerias Público-Privadas administrativas, o valor não poderá ser superior a 10% do valor do contrato, mas, sempre que haja a entrega de bens pelo parceiro público, o valor destes deve ser acrescido ao montante da garantia (de acordo com a aplicação subsidiária do art. 56, §§ 3º e 5º da Lei 8.666/1993).

Além dos pontos aqui traçados, o art. 5º da Lei 11.079/2004 prevê um rol de cláusulas especiais dos contratos de Parceria Público-Privados que se diferem daquelas observadas no contrato de concessão comum, quais sejam:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização

e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3.º e 5.º do art. 56 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas; XI – o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2.º do art. 6.º desta Lei (incluído pela Lei nº 12.766, de 2012). (BRASIL, 2004a).

Ainda, adicionalmente, podem prever:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 ; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015) II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas. (BRASIL, 2004a).

Por fim, vale mencionar que é exigência legal (art. 9ª da Lei. 11.079/2004) que, antes da celebração do contrato, deve ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, não deixando qualquer margem de controvérsia quanto ao caráter obrigatório da criação da mencionada sociedade de propósitos específicos.

1.2 A MUTABILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS CAUSAS

Visto os aspectos centrais dos contratos de concessão de serviços públicos, em suas várias espécies, é possível notar que uma figura é constante na abordagem do tema: o equilíbrio econômico-financeiro. Todavia, essa figura só é existente e constante nos contratos administrativos desta espécie em razão de uma outra característica contratual, qual seja, a mutabilidade. Isso ocorre pois:

a estruturação dos contratos de concessão contemporâneos apresenta: a) engenharia econômica e financeira bastante complexa; b) o enfoque desses negócios se transmuda de bilateral para multilateral; c) a participação dos operadores econômicos é ativa na própria concepção e modelagem do negócio, tornando-os menos herméticos e unilaterais; d) a alocação de riscos se configura como um elemento central para contratos desta natureza, em especial no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro; e) o foco no resultado muda completamente a forma como se estrutura o negócio; f) o progresso tecnológico impõe novas formas de executar os serviços públicos e as atividades, apontando na direção de uma indispensável associação com os operadores econômicos não apenas pelas restrições orçamentárias, mas também pela expertise técnica própria do setor privado; g) a velocidade das mutações é substancialmente distinta daquela que pairava à época das concessões oitocentistas, quando a mutabilidade estava atrelada quase que integralmente ao poder estatal de alteração unilateral do contrato; h) o contrato de concessão ostenta uma dimensão regulatória e multidisciplinar, em especial, com o contributo da Análise Econômica do Direito. (GARCIA, 2019, p. 27-28).

Um aspecto comum a todas essas características é a presença intrínseca de persecução do interesse público, o qual não é rígido, estático ou inerte, mas sim, sofre reflexos e reflete nas esferas econômica e política, além de estar interligada aos avanços tecnológicos e procedimentais atinentes ao contrato. Por assim dizer:

Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia da vontade do lado da Administração Pública; ela tem que buscar sempre que possível a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão de obra especializada, a complexidade da execução etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução. (DI PIETRO, 2020, p. 314)

Pode-se definir a mutação como a mudança que impacta o equilíbrio inicialmente composto no contrato de concessão, podendo ocorrer por variadas causas e, assumindo diferentes formas jurídicas, desencadear efeitos plurais que não necessariamente obedecem a critérios uniformes e predispostos (GARCIA, 2019, p. 142-143). Em um esforço de sistematizar a causa e consequência desses eventos de mutabilidade, a doutrina os sistematiza em três âleas além da força maior, quais sejam: a âlea ordinária ou empresarial, a âlea administrativa e a âlea econômica (DI PIETRO, 2020, p. 314-315).

Em que pese esse sistema não esgotar as causas de modificação, faz necessário o seu estudo para compreender as ferramentas legais, jurisprudenciais e doutrinárias para a recomposição dos contratos em estudo em virtude do fenômeno a que se pretende estudar: o reequilíbrio dos contratos de concessão em razão do advento da pandemia de Covid-19. Isto é, em qual âlea esse fenômeno se encontra? Seria a pandemia, por si só, uma causa de

modificação dos contratos de concessão de serviços públicos? Como é possível contorná-las? Para compreender isso melhor, é necessária uma análise das áleas ou riscos que o particular assume quando da contratação com a Administração Pública.

Aqueles fatores atinentes à flutuação do mercado, comum a qualquer tipo de negócio, são abrangidos pela álea empresarial ou ordinária. A doutrina entende que por ela deve arcar o particular, não devendo o poder concedente prestar socorro nesses casos. Como colocado anteriormente, nos contratos de concessão simples é o concessionário atua em seu nome e por sua conta e risco e nas concessões especiais este é distribuído de maneira dinâmica entre as partes, devendo, portanto, ser respeitados tais dizeres, posto que previsíveis no momento da contratação. Pode-se compreender, portanto, que:

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojá-lo em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público. (MELLO, 2015, p. 766-767).

Desse modo, é possível dizer que as alterações previsíveis, ou ordinárias, sofridas em sede de um contrato de concessão não podem ficar a encargo do poder concedente, posto que já computada na precificação do contrato e, por conseguinte, no equilíbrio econômico-financeiro primordialmente ajustado, não imprimindo, portanto, mutabilidade alguma ao contrato.

Igualmente, há fatores que são clara e fortemente relacionados no contrato de concessão, a exemplo dos riscos da concessionária ou as áleas negociais explicitamente assumidas por esta. Tal fato advém da característica de que, neste tipo contratual, há um compartilhamento de riscos, existindo fatores cuja ocorrência não é hábil a justificar a pretensão do reequilíbrio (MARQUES NETO, p. 195, 2003).

A álea administrativa, por sua vez, decorre de comportamentos adotados pela Administração Pública, seja por ação ou omissão, que venham a interferir na execução do objeto do contrato. Esse tipo de risco é subdividido em três modalidades de acordo com o papel que a Administração exerce quando da execução do ato e o resultado para o equilíbrio contratual. Assim, tem-se a alteração unilateral, o fato príncipe e o fato da administração (DI

PIETRO, 2020, p. 315). Nesses casos, a administração, por força do art. 65, § 6º da Lei de licitações, fica obrigada a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro ajustado ao contrato.

Por último, aquelas circunstâncias externas ao contrato, alheias à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais e inevitáveis, que ensejam desequilíbrio desmedido ao contrato, são abarcadas pela álea econômica. Nesse caso, o descompasso gerado pelo evento inevitável e imprevisível é tão grande que abre espaço à aplicação da teoria da imprevisão, incumbindo à Administração Pública a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

As duas áleas que comportam o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão são agrupadas pela doutrina na superclasse da álea extraordinária e, portanto, causadoras da mutabilidade dos contratos aqui estudados, merecendo mecanismos legislativos para a contenção de danos.

Serão, de tal maneira, analisadas mais profundamente para a melhor compreensão de suas delimitações e aplicabilidade ao vivenciado pela Administração Pública em decorrência do caos sanitário proporcionado pela pandemia provocada pelo “SARS-CoV-2”.

Merece destaque, ainda, o caso fortuito e a força-maior que, embora não haja consenso em relação à definição destas, a ampla doutrina as liga ao acontecimento de fatos imprevisíveis e inevitáveis, sendo o caso fortuito decorrente de um evento humano que, reunindo os ditos atributos, cria ao contratante um óbice intransponível à execução do contrato, ao passo que a força maior é fruto de um evento da natureza com as mesmas características.

Tais figuras são invocáveis como causas justificativas da inexecução do contrato quando a parte em mora não houver concorrido com culpa para tal. No entanto, se a parte já se encontrava em mora antes da ocorrência desses fatos, não pode se eximir da responsabilidade, salvo se restar comprovado que o dano ocorreria mesmo que estivesse cumprido com sua obrigação (MEIRELLES, 2010, p. 322). São, portanto, excludentes de culpabilidade pela inexecução.

1.2.1 A alteração unilateral do contrato

Embora já analisada em partes anteriormente, a prerrogativa do Poder Público de alteração unilateral dos contratos administrativos, também conhecida por *ius variandi*, ou *pouvoir de modification unilatérale*, foi importada pelo Brasil, posto que se deu a partir de uma evolução jurisprudencial francesa consolidada no Conselho de Estado daquele país, no entanto, como não poderia deixar de ser, ganhou no Brasil um alcance mais genérico do que o

estruturado no Direito francês, estendendo a possibilidade de sua aplicação a todos os contratos administrativos, “o que decorreu da circunstância da Teoria Geral do Contrato Administrativo ter sido elaborada a partir do entendimento da doutrina brasileira que fez intenso uso das fontes jurisprudenciais do Conselho de Estado e doutrinárias do Direito francês” (GARCIA, 2019, p. 143).

Ocorre, porém, que o *ius variandi* não tem a extensão que aparenta em uma primeira vista, posto que quando da sua aplicação, o Poder Público não pode infringir ou desconhecer da variação do interesse público e, obviamente, do tão falado equilíbrio econômico-financeiro (ARAÚJO, 1987, p. 130-131 *apud* DI PIETRO, 2020, p. 316). Tais limites são encontrados na Lei de Licitações, nos artigos 58, I, e 65, §6º, respectivamente.

O limite que o Poder Público encontra na variação do interesse público é que a exteriorização final da alteração contratual, ainda que seja unilateral, provenha de um procedimento organizativo e dinâmico, isto é, oposto ao ato administrativo puramente hermético, fechado e inflexível. Esse procedimento deve garantir o interesse público puro e simples, viabilizando a prévia participação da outra parte contratual, a fim de que exerça seu direito de manifestação, além de terceiros interessados na execução do contrato, vindo a resultar, por fim, em uma motivação que seja legítima e transparente, tanto de fato quanto de direito (GARCIA, 2019, p. 151-152).

Trata-se de um poder público irrenunciável e exterior ao contrato, ainda que incida sobre ele, uma medida específica e voltada diretamente para modificar determinado aspecto do contrato, encontrando, no entanto, determinadas barreiras (GARCIA, 2019, p. 146-147). Em decorrência dessas barreiras, afirma a doutrina que existem nos contratos administrativos de concessão de serviços públicos elementos modificáveis e imodificáveis.

De prêmio, pode-se falar em cláusulas regulamentares ou de serviços, provenientes dos *cahiers des charges* do direito administrativo francês, e cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras. As primeiras são aquelas que disciplinam o modo e a forma de prestação do serviço objeto do contrato, prescrevendo a melhor maneira de atender os seus objetivos e o interesse público, podendo emanar de leis, decretos ou do próprio contrato, já as segundas são aquelas que correspondem à equação econômico-financeira contida no contrato (ARAGÃO, 2013, p. 37).

As cláusulas regulamentares, devido a sua natureza dinâmica, podem ser modificadas unilateralmente, podendo o Estado emitir regulamentos sobre o serviço concedido, mas não sobre aspectos internos da concessionária. A Administração pode inserir as cláusulas que regerão a prestação do serviço no próprio contrato, tratando de modificá-las conforme as

necessidades do interesse público, ou, se não optar por assim fazê-lo, inserir no contrato uma cláusula genérica na qual o concessionário se compromete a observar os regulamentos presentes e futuros por ela emitidos que dizem respeito ao serviço. Há, ainda, a possibilidade de a Administração delegar a elaboração dos regulamentos ao concessionário, aprovando-as ou não, previamente (ARAGÃO, 2019, p. 38).

Por outro lado, as cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras, como expostas, são aquelas que dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em si, tal como ocorre com a fixação das tarifas. Embora possam ser modificadas, não se pode alterar a proporção existente entre obrigações e bonificações. Portanto, o imodificável, aqui é o equilíbrio econômico-financeiro, ou, em outras palavras:

Sem embargo do que foi dito, as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual - e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público - é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Donde, ao concedente é lícito alterar, como convenha, a grandeza dela, contanto que, ao fazê-lo, mantenha incólume a igualdade matemática substancial já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles. (MELLO, 2015, p. 761).

1.2.2 O fato do príncipe

Outra contribuição do Direito Administrativo francês, a teoria do fato do príncipe, ou *fait du prince*, busca identificar o impacto que atividades estatais - sob titulação jurídica diversa da contratual e de cunho geral - provocam na execução dos contratos administrativos. Explica Bandeira de Mello (2015) que:

O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o manejo de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular. Seria o caso, e .g., da decisão oficial de alterar o salário-mínimo, afetando, assim, decisivamente, o custo dos serviços de limpeza dos edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister. (MELLO, 2015, p. 663-664).

No Brasil, a concepção de fato do príncipe foi adotada sem que houvesse grandes críticas, encontrando pontos em comum, como o fato de que se constitui por medidas gerais editadas pelos poderes públicos, logo, medidas exteriores aos contratos de concessão, com existência de um nexos causal entre a medida editada e a perturbação direta do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ensejando a reposição do equilíbrio

previamente exposto no contrato, ou ainda uma indenização, a depender da natureza da medida (GARCIA, 2019, p. 185). No entanto, essa teoria ainda apresenta algumas controvérsias no debate doutrinário brasileiro, alguns doutrinadores, que seguem a linha francesa, defendem que, no direito brasileiro, que adota o regime federativo, “a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão” (DI PIETRO, 2020, p. 317). Outros autores interpretam que:

(...) a teoria do fato do príncipe, tal como prevista no direito brasileiro, tem pouca relação com a figura existente na França. Na sua essência (mantida no Brasil), a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado. O ponto nuclear da teoria do fato do príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 548-549).

A Lei 8.666/1993, em seu art. 65, § 5º, parece ter dado sustentação a este posicionamento, vez que, sem proceder com qualquer distinção da origem da medida geral, ao dispor que a elevação de carga tributária, independente da origem da medida que o faça, é hábil a ensejar a revisão dos preços do contrato.

Não obstante, a jurisprudência pátria não é segura ao delimitar a extensão da aplicação do fato príncipe, por vezes o tratando de maneira parecida à teoria da imprevisão. Em 1981, no RHC nº 59.052-CE, o Supremo Tribunal Federal deu azo ao entendimento de que seria configurado o fato do príncipe sobre um contrato estadual ainda que o ato normativo fosse emanado da Administração Federal (GARCIA, 2019, p. 189). Já, o Tribunal de Contas da União, em 2015, adotou posição diversa desta, exigindo, para a aplicação da referida teoria, que a autoridade responsável pela medida fosse da mesma esfera que do próprio contraente:

A doutrina define “fato do príncipe” como medidas de ordem geral que repercutem no contrato, mas que não estão com ele diretamente relacionadas, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Entretanto, no direito brasileiro, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pela medida de ordem geral for da mesma esfera federativa daquela que celebrou o contrato [DIPIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 284]. Não é o caso da hipótese dos autos, na qual, segundo a recorrente, a alteração contratual teria sido motivada por mudança na política urbana do município de Santos. Dessa forma, seria necessário aplicar a teoria da imprevisão.(BRASIL, 2015)

Destaca-se que o objetivo do ato normativo geral e abstrato emanado do Poder Público não é direcionado a uma situação concreta, mas sim uma medida que tenha por alvo o

interesse público, sendo ela, portanto, exógena ao contrato. Assim, ao ponto em que é reconhecido o impacto da medida governamental no contrato em si, se faz necessária a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, o agravo patrimonial experimentado pela concessionária não a exime de executar as obrigações contraídas junto ao Poder Público, mas sim, confere a ela o direito de obter a reparação do prejuízo sofrido (MELLO, 2015, p. 664).

1.2.3 Fato da administração

Quando a Administração Pública adota determinada conduta, seja omissa ou comissiva, como parte contratual e vem a assumir comportamento que viole direito do contratado de maneira que dificulte ou torne impossível a execução do contrato resta caracterizado o fato da administração (DI PIETRO, 2020, p. 317). Há quem critique a adoção dessa expressão para justificar o inadimplemento da entidade estatal frente à obrigação assumida contratualmente, sob a alegação de que:

Ao se valer da expressão “fato da administração”, busca-se afastar a ideia da consumação de um ato ilícito. Logo, o inadimplemento seria tratado juridicamente como uma ocorrência não derivada da vontade humana, sendo destituído de cunho de reprobabilidade. É evidente que essa construção não é compatível com o Estado Democrático de Direito. O que se pode admitir é a existência de casos de impossibilidade de identificação de um agente público especificamente culpado pelo inadimplemento. Assim se passara, por exemplo, quando uma lei posterior não contiver previsão orçamentária para a continuidade da execução de um contrato. No entanto, a ausência de adimplemento por parte da Administração Pública às obrigações assumidas configura ato ilícito contratual, do que deriva o dever de a parte culpada indenizar a parte inocente pelas perdas e danos sofridas. (JUSTEN FILHO, 2014, p.553).

Pode-se dizer que o fato da administração equipara-se à força maior e, tal qual, é hábil a produzir igualmente os efeitos de excludente de responsabilidade do particular em razão da inexecução do ajuste, o que, no entanto, não permite a paralisação sumária dos trabalhos pela invocação do contrato não cumprido, salvo se o atraso for superior a noventa dias - conforme previsto no art. 78, XV, da Lei 8.666/1993 - mas sim, pleitear a rescisão do contrato por culpa do Poder Público, por força do disposto no art. 78, XIV a XVI da Lei 8.666/1993 (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2015, p. 270-271). Anote-se, no entanto, que em qualquer hipótese em que se dê continuidade à relação contratual, o particular tem direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (DI PIETRO, 2020, p.319).

É importante fixar que essa causa de mutabilidade não se confunde com o fato do príncipe, posto que neste, a Administração age enquanto autoridade pública, já naquele, a Administração age como parte do contrato (DI PIETRO, 2020, p. 317). Referido instituto, portanto, não é exatamente o foco da análise aqui pretendida, posto que pouco influi nos impactos que se pretende observar, justamente por seu caráter ilícito e indesejável, além de não constituir medida de resposta recorrente da administração à crise em comento, como será visto.

1.2.4 Teoria da imprevisão

Diferentemente das três causas de mutabilidade, dos contratos administrativos, estudadas até aqui, que diziam respeito à álea administrativa, a teoria da imprevisão se insere no contexto da álea econômica.

Explica Marçal Justen Filho (2014, p. 549) que é possível aos contratos, especialmente aqueles de longa duração, que, durante sua execução, ocorra alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular que continue a execução do contrato tal como originalmente acordado, podendo causar a ruína deste, com o enriquecimento correspondente da outra parte. Situa-se, portanto, em um contexto de uma questão com dimensão universal, contrapondo a estabilidade e a segurança jurídica esperada, e típica, da contratualização, diante da ocorrência de fatos capazes de alterar de maneira drástica as bases que sustentam a existência e execução do contrato ao ponto em que provoca severos desequilíbrios na economia original deste (GARCIA, 2019, p. 156-157).

Havendo posições destoantes na doutrina administrativa para caracterizar a teoria da imprevisão, Justen Filho (2014, p. 550) elencou quatro requisitos para a sua constituição: A imprevisibilidade do evento ou incalculabilidade de seus efeitos, a inimputabilidade do evento às partes e a ausência de impedimento absoluto. Tais elementos se repetem em outros estudiosos como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo que este último aponta ao fato de que o evento determinante do prejuízo não deve ser apenas imprevisível, mas também imprevisível (MELLO, 2015, p. 672). Portanto, não se fala de teoria da imprevisão quando da ocorrência de uma sujeição imprevista, ou seja, quando há um elemento material preexistente que somente vem a ser conhecido durante a execução do contrato (GARCIA, 2019, p. 201).

Pode-se dizer que a teoria da imprevisão se funda na ideia da cláusula *rebus sic stantibus*, a qual prega que o contrato deve ser cumprido enquanto presentes as mesmas

condições existentes no momento e contexto em que foram pactuadas, vez que mudadas essas condições, rompe-se o equilíbrio contratual sem que se possa imputar qualquer culpa à parte inadimplente (CARVALHO FILHO, 2020, p. 221). Assim, segundo Garcia (2019):

Para alguns autores, a teoria da imprevisão seria uma leitura moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, visto que essa apenas autorizaria a extinção do contrato, ao passo que aquela admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas à sua manutenção e preservação. Com a Teoria da Imprevisão, percebeu-se que poderia ser menos oneroso prosseguir com o contrato - ainda que em novas bases - do que o extinguir. Sob tal ótica, o objetivo é minimizar os efeitos de um contrato que teve o suporte fático vigorosamente alterado em relação às condições iniciais do ajuste. (GARCIA, 2019, p. 161)

Outrossim, na atualidade, o risco assumido pelos contraentes não pode e nem deve ser concebido como um risco normal o qual se compreende nas margens da previsão humana, portanto, estender o dogma da intangibilidade contratual seria destruir o fundamento do contrato, a sua base econômica e moral enquanto instrumentos de comércio e cooperação entre os homens, fazendo da liberdade contratual apenas uma aparência propositada à legitimação do enriquecimento injusto de uma parte às custas do patrimônio da outra. Portanto,

Alega-se, em favor da teoria, que, se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos. Essa compensação o particular só pode pleitear quando continuar a execução do contrato; e nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do cocontratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato. (DI PIETRO, 2020, p. 320).

A relativa teoria foi incorporada ao ordenamento pátrio em 1986, por meio do Decreto-lei 2.300/86, mas ficou excluída da redação original da Lei 8.666/1993 e somente foi restabelecida pela Lei 8.883/1994, que com a redação dada à alínea “d”, inciso II, art. 65 da Lei de licitações, passou a prever a possibilidade de alteração dos contratos, por acordo entre as partes

para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (BRASIL, 1993).

A professora Odete Medauar (2018,p. 226) critica a redação conferida ao dispositivo, posto que confusa, mas explica que o objetivo deste é garantir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro quando sobrevierem fatos imprevisíveis ou previsíveis, no entanto, de consequências incalculáveis que retardam ou impedem a execução do objeto do contrato.

Portanto, se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportado pelo particular, tendo em vista que constitui álea econômica ordinária, observando-se que somente “o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração” (DI PIETRO, 2020, p. 321). No mais, por força do artigo retro transcrito, não mais se contesta a legitimidade da aplicação da teoria da imprevisão pela Administração Pública, justificando-se o apelo ao judiciário apenas quando as partes não concordarem em fazê-lo ou com os termos para tal (MEIRELLES, 2010, p. 230).

Aqui pode-se perceber que, ainda que contraditório à primeira vista, a imprevisão não é requisito indispensável para a aplicação da teoria em testilha. A redação do dispositivo observado permite confirmar que o dever de reequilibrar o contrato, sob o pressuposto da teoria da imprevisão, também existirá quando o fato se apresentar como previsível, mas sua consequência e extensão para as partes ou para apenas uma delas não possam ser calculadas completamente (GARCIA, 2019, p. 165).

O importante aqui, entretanto, é identificar como se dá o reequilíbrio em um contrato de concessão e como é feita a distribuição do ônus nesses casos. Embora a prática contratual em ambiência pública seja a de relegar ao contraente público a assunção dos riscos decorrentes dos eventos descritos no art. 65, II, d, não parece ser equitativo imputar todo o ônus indenizatório à apenas uma parte da relação contratual.

A defesa de tal tese parte do pressuposto que o acontecimento é exógeno ao arranjo contratual, portanto, alheio à vontade das partes, bem como, a assunção integral do risco decorrente da superveniente imprevisão poderia acarretar um ônus excessivo à coletividade, podendo-se entender o citado artigo como “meramente descritivo de fenômenos externos causadores de mutações nos contratos administrativos, mas não impositivo de uma assunção exclusiva de riscos por parte do contraente público” (GARCIA, 2019, p. 166-167). Não obstante, é característica dos contratos de concessão a alocação de riscos integrar a essência destes, existindo certa margem para as partes disporem sobre a partilha dos impactos de

eventos que se apresentem sob as características aqui postas, especialmente para as Parcerias Público-Privadas, considerando que o art. 5º, III da Lei 11.079/04 é explícito ao prever a existência de cláusula que verse sobre a repartição de riscos entre as partes, sem que o legislador nada tenha definido sobre a relativa repartição.

Portanto, defende-se que a simples imunização desproporcional do contratante particular não é uma saída lógica ou justa, mesmo que frente ao poder de investimentos e de absolvição de riscos que o Estado tenha, ou aparente ter, uma vez que, no caso dos contratos de concessão de serviços públicos, tal medida tem o potencial de onerar em demasia o usuário, atentando, portanto, contra o interesse público. Igualmente, ao mesmo passo em que a Administração não é capaz de assegurar completamente todos os riscos, deve omitir-se de concorrer para a minoração das receitas do particular quando equilibrada a equação econômico-financeira ou desequilibrada em desfavor deste.

Entende-se, assim, como um avanço o método de reequilibrar o contrato de maneira equitativa mediante a previsão contratual de compartilhamento de riscos e não alocação exclusiva a um dos contratantes, fugindo de responsabilidades absolutas e mais moldáveis às intempéries do mundo cotidiano. Não parece lógico alocar a assunção de riscos de maneira pré moldada frente a eventos improváveis ou inimagináveis, exatamente o oposto do dinamismo pretendido quando da adoção do modelo da concessão de serviços públicos, especialmente dos modelos de concessões especiais, porquanto oposto à dinamicidade das relações econômicas e sociais que se tem de enfrentar quando da execução destes serviços.

É coerente às partes contratantes fazerem uso dos espaços de incompletude assente na regulação dos contratos de concessão, o que as garante uma maior liberdade para conceber uma solução consensual posteriormente à ocorrência do fato, esta mais eficiente, racional e equitativa (GARCIA, 2019, p. 198).

1.3 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Os contratos administrativos, conforme visto até aqui, possuem, em sua essência, uma proteção contra a instabilidade que é particular a eles e inexistente nos contratos privados. Tal proteção consiste, basicamente, na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado pelas partes do contrato, o qual deve ser mantido diante de fatos que alterem. A necessidade de os contratos serem reequilibrados, portanto, nasce da mutabilidade, cujas causas foram expostas anteriormente. Assim, tal equilíbrio é a cláusula por excelência

imutável em um contrato administrativo, significando a correlação, originariamente prevista, entre o objeto do contrato e sua remuneração, que será fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel, de maneira que seja conservada durante toda a execução do contrato, ainda que incida neste qualquer das causas genéricas de mutabilidade (MEIRELLES, 2010, p. 264).

Constitui-se não como uma sanção às partes, mas sim como uma garantia recíproca, evitando tanto a oneração do concessionário em patamares além do previsto inicialmente, quanto o seu enriquecimento ilícito às custas da Administração Pública e dos contribuintes. Nas palavras de Marçal Justen Filho (2003):

Se os particulares tiverem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ao oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando afetivamente ocorrerem. Trata-se, então de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 776)

Portanto, pode-se dizer que essa garantia é um contrapeso aos poderes exorbitantes da administração pública, bem como uma proteção à continuidade do serviço público e do interesse público (ARAGÃO, 2013, p. 42).

A origem do termo “equilíbrio econômico-financeiro” é advinda da junção da tutela do equilíbrio econômico e da tutela do equilíbrio financeiro, sendo a diferença entre os dois sutil, mas existente. Enquanto o equilíbrio econômico guarda relação com a rentabilidade global do negócio – significando que, mesmo que o contratante sofra perdas, estas sejam compensadas de alguma forma e, sendo assim, no geral, o contrato seja lucrativo – e o equilíbrio financeiro, por outro lado, corresponde a suficiência de recursos para que a concessionária prestadora de serviços consiga se manter em funcionamento adequado e preste o serviço que lhe foi confiado (OLIVEIRA e MATOS, 2014, p. 22).

Não obstante, essa proteção é tutelada pelo princípio da eficiência administrativa, que prega que a Administração Pública busque contratar pelo menor valor possível. Essa tutela se dá uma vez que a ausência da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro aumentaria o risco do particular cocontratante, especialmente quando se tem em vista as competências peculiares ao contrato administrativo, o que aumentaria em muito os preços para a realização dos

mesmos serviços em relação aos contratos que são banhados por essa garantia, a qual “produz a redução geral dos preços pagos pelo Estado no conjunto global de suas contratações” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 544).

Tais fundamentos da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro se estendem a tal ponto que a Constituição Federal consagra a tutela às condições originais do contrato administrativo em seu art. 37, XXI, determinando que essas contratações devem manter as cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantendo-se as condições da efetiva proposta (o que dá azo à afirmação de que a proteção à equação econômico-financeira tem início no momento em que o contratado apresenta a proposta).

Atente-se, no entanto, que o equilíbrio econômico-financeiro não é mantido apenas com a modificação e reajuste de preços e remuneração contratual, mas também tem bases nos prazos, formas de pagamento, condições de prestação do serviço, entre outros fatores que afetam a oneração, o custo e a retribuição percebida pelas partes. Não se exige que a adequação ocorra por meio de uma equivalência matematicamente precisa, uma vez que, no contexto brasileiro, o contrato é pautado pela autonomia das vontades, não havendo um sistema de tabelamento de preços supostamente justos a depender de cada atividade. Explica Garcia (2019) que:

os termos originais do acordo revelam o senso de justiça firmado entre as partes e formado no ambiente em curso, no momento das negociações. Cada parte minimamente responsável promoverá o exame de adequação do contrato considerando, de um lado, como estão dispostos os elementos necessários para cumprir com suas obrigações e, de outro, o valor que possui a contrapartida a ser obtida pelo esforço que será feito. (GARCIA, 2019, p. 216).

No caso dos contratos de concessão de serviços públicos há uma maior preocupação jurídica em manter esse equilíbrio, em razão da longa duração e de se tratar de uma atividade-fim do Estado, por assim dizer:

enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc. (...) A peculiaridade do equilíbrio econômico-financeiro em sede de concessões se torna ainda mais destacada quando verificamos que, nas hodiernas concessões, se tem adotado o modelo de financiamento por *project finance*. Tal estruturação é definida na doutrina como a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos veem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender aos serviços de seus empréstimos e fornecer o

retorno sobre seu capital investido no projeto. (MARQUES NETO, 2003, p. 194-195).

Entende-se que o citado modelo de *finance project* foi introduzido no direito positivo brasileiro por meio da Lei 8.987/1995, mais particularmente nos arts. 20 e 28. Isto é, o primeiro dispositivo abre a possibilidade aos editais de determinarem ao licitante vencedor que constitua uma empresa de propósito específico para a exploração da concessão. Tal previsão viabiliza esse modelo de financiamento de projetos, uma vez que segmenta os ativos da concessionária, apartando-os dos ativos de seus acionistas. Já o segundo dispositivo, o art. 28, determina que “as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço” (BRASIL, 1995), o que garante margens mais largas para o aporte de financeiro das concessionárias.

O ponto dessa modelagem de financiamento é que suas garantias estão baseadas nos ativos do projeto de concessão, mais especificamente nas receitas auferidas pela concessionária. Tal característica desenha uma situação em que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão se faz central para o ente financiador, posto que a partir do momento em que resta inviabilizada a perspectiva de retorno programada na composição do plano de negócio, há de se considerar inviabilizado também a própria financiabilidade da concessão (MARQUES NETO, 2003, p. 195). Essa exposição justifica, portanto, a redação dada ao § 4º do art. 9º da Lei de concessões, que dita que “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.” (BRASIL, 1995).

A redação do dispositivo, mencionando somente as alterações unilaterais, é compreensível vez que as demais causas de mutabilidade ocorrem sem que o poder concedente tenha meios prévios ou concomitantes para compensar a concessionária. Ocorre, portanto, que nesses casos o reequilíbrio deve se dar o mais rápido possível, mesmo que posteriormente ao ocorrido.

Esta é a posição que vêm adotando os tribunais superiores quando instigados a respeito da eficácia de inovações unilaterais, legislativas ou reguladoras. A exemplo disso, no caso paradigmático em que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) buscou implantar as então recentes gratuidades previstas no Estatuto do Idoso, o Ministro relator do caso Edson Vidigal, em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança Nº 1.404/DF, decidiu da seguinte forma:

Se a gratuidade do transporte coletivo interestadual não estava prevista quando da contratação com as empresas prestadoras do serviço, recomenda a lei que seja feito um aditivo contratual como modo legal de estabelecer, mediante nova negociação, a forma de ressarcimento às empresas das despesas decorrentes do transporte gratuito assegurado pela lei. Imaginar o contrário, afirmar a possibilidade de que toda lei pode impor à iniciativa privada uma ordem desse tipo é desafiar o contrato, ofender o ato jurídico perfeito protegido constitucionalmente. (...) mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela Administração. (...) Não se trata, pois, de privilegiar o interesse particular - das empresas, em detrimento do público - dos idosos. Privilegia-se, isto sim, o interesse de uma parcela maior da população, não atingida pelo benefício ora em comento a quem, conseqüentemente, seria apresentada a conta ao final, eis que o Poder Público, até o presente, não estabeleceu a forma com a qual contribuirá para o custeio do benefício. (BRASIL, 2004b)

O que foi firmado nesse caso não é a negativa de vigência e eficácia a um ato da administração, mas sim a compreensão de que este é dirigido ao ente estatal titular do serviço a que se refere, este que dota de responsabilidade político-constitucional sobre o que foi legislado, não imediatamente ao concessionário, que detém vínculo meramente contratual com o serviço que presta (ARAGÃO, 2013, p. 48).

Garcia (2019, p. 221-22), por sua vez, argumenta que, além do exposto, os contratos de concessão repercutem em uma perspectiva mais alargada, independente e multilateral, uma vez que envolve uma fragmentação de atores e interesses, fala-se aqui, além dos financiadores, de acionistas, debenturistas, seguradoras, usuários e as próprias empresas concorrentes, entre outros agentes que detêm interesse no aspecto econômico-financeiro do contrato, que por si só já é caracterizado por uma maior incidência de riscos em relação aos demais contratos administrativos.

Não sem razão, a doutrina fala em um binômio composto por encargos e remuneração como algo abstrato que permita uma noção tradicional da equação em comento, posto que não é incomum a presença de conceitos como Taxa Interna de Recursos, Valor Presente Líquido, Fluxo de Caixa Marginal, Taxa Mínima de Atratividade, entre outros influentes no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviços públicos. Essas variáveis comprovam esse dito aspecto alargado anteriormente exposto, o que revela se tratar de uma temática complexa intrincada e multiforme que, por isso, não encontra resposta totalmente satisfatória na teoria tradicional dos demais contratos administrativos, quanto menos soluções genéricas e abstratas.

Em que pese o equilíbrio econômico-financeiro ser intangível, é dinâmico, simultaneamente. Isso ocorre, pois o intangível no equilíbrio é o senso de justiça,

anteriormente mencionado, criado no momento da pactuação, o que convive com as inevitáveis mudanças que impactam o núcleo da equação posta, o que pede por uma tecnologia contratual mais apurada e capaz de absorver a inconstância da contemporaneidade e manter a equivalência. Daí nasce a característica que deveria ser essencial aos contratos de concessão, e uma alocação objetiva de riscos capaz de reduzir as incertezas, ao permitir uma resposta mais célere aos riscos eventuais assumidos pelas partes, incrementar a eficiência na execução do objeto, posto que cada parte pode se voltar à gestão dos riscos gerenciáveis que se encontrem no campo de suas atribuições. Nesse sentido, pode-se dizer que:

prever alocar corretamente os riscos da concessão significa avaliar a viabilidade econômica e financeira do projeto concessionário, determinar a incidência de responsabilidade das partes contratantes, elaborar mecanismos de solução de controvérsias no caso da ocorrência fática dos possíveis riscos, e ainda garantir a modicidade das tarifas. (OLIVEIRA e MATOS, 2014, p.17).

A objetividade da alocação de riscos permite que a superveniência dos eventos ali previstos não engrene necessariamente a modificação formal do ajuste na mutabilidade interna do contrato, ou seja, mesmo com a ocorrência de um evento que impacte as obrigações originalmente estabelecidas, o contrato é modificado sem a necessidade de alterações formais, posto que tais ocorrências se incorporam à conformação contratual de alocação de riscos e responsabilidades, o que integra o próprio equilíbrio econômico-financeiro (GARCIA, 2019, p. 227). Por conseguinte, uma vez alocado o risco, este já entra para a matemática equacional, sem se fazer necessário compensações, indenizações ou reajustes outros. Não obstante, para aquelas situações de impossível previsão, o equilíbrio econômico-financeiro resta caracterizado com mais clareza, dotada uma menor margem para indagações e especulações, legitimando, ou não, o procedimento para a readequação do equilíbrio contratual, sobre o que explica Garcia (2019):

a regulação do contrato de concessão não se limite apenas a descrever os eventos e alocar os riscos para aquela parte que melhor puder gerenciá-los. É possível avançar mais. Sempre que factível pode e deve a regulação do contrato de concessão estabelecer as correlações entre os riscos e as causas, atribuindo, desde logo, as consequências dessas interdependências, em especial, no caso de inadimplementos ou atrasos no cumprimento das obrigações. (GARCIA, 2019, p.30).

Referida exposição se faz necessária no presente trabalho para traçar características ideais a um contrato de concessão de serviços públicos, considerando que é sabido que a referida alocação de riscos nem sempre são destinados os esforços adequados para garantir a saúde do contrato. Assim, se trata de uma análise programática para os contratos posteriores à

crise atual, que será aqui abordada. No mais, é necessário o estudo dos métodos de reequilíbrio dos contratos de concessão, tanto os clássicos, quanto os que vêm ganhando forças nos últimos tempos.

1.3.1 O reajuste tarifário

O reajuste consiste em uma medida antecipatória, por excelência, de preservação do equilíbrio econômico-financeiro. Nele é definida uma solução para readequar a remuneração contratual perante variações de custos no tempo, em razão das variações de preços nominais de insumos e mão de obra, por exemplo. Meirelles, Justen Filho e Garcia defendem que o reajuste consiste, em uma análise superficial, em um método para combater a inflação. Bandeira de Mello, por sua vez defende que “no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço” (MELLO, 2015, p. 674).

Não se trata, portanto, de uma imprevisão das partes contratantes, mas sim de uma previsão da realidade existente, uma medida institucionalizada pelo legislador (art. 40, XI cumulado com art. 55, III da Lei 8.666/1993) para assegurar a correta execução do contrato. Entretanto, assevera-se que para fazer jus ao reajuste, o contratado deve estar em dia com suas obrigações consubstanciadas no cronograma de execução do objeto do contrato, salvo por causas alheias à sua culpa (MEIRELLES, 2010, p. 269). Ainda, a inclusão de tal cláusula nos contratos administrativos não é uma imposição legal, mas sim uma faculdade da administração pública, o qual vem a se fazer interessante ao ponto em que dispensa a promoção de demorados levantamentos sobre os fatos influentes no contrato e seus efeitos, não implicando a subordinação do ajuste tarifário à comprovação de eventos extraordinários.

A doutrina clássica ensina que é possível que o reajustamento consista em um percentual fixo para cada período de tempo decorrido, dentro de uma escala móvel indexada ou fator variável (MEIRELLES, 2010, p. 269). Na prática atual, é comum que para a recomposição dos preços o contrato estabeleça índices setoriais para poder observar a valoração dos custos incidentes sobre o objeto do contrato, com periodicidade anual para os contratos posteriores ao advento do plano real, conforme o art. 2^a da Lei nº 10.192/2001 (GARCIA, 2019, p. 261).

A contagem da periodicidade anual é iniciada da apresentação das propostas, em função da passagem de tempo entre a apresentação da proposta e a efetiva celebração do

contrato, lapso esse suficiente para desatualizar o valor real originariamente ofertado e os custos de manutenção do serviço do contratante. Esse critério de reajuste, por sua vez, deverá ser escolhido de maneira objetiva, posto que em se tratando de um contrato de conteúdo substancialmente econômico, deve refletir o mais fielmente possível a variação de custos que compõem a remuneração da concessionária à luz das especificidades da formação do preço.

A Lei das Parcerias Público-Privadas confere grande efetividade ao reajuste ao determinar, em seu art. 5^a, § 1^o, a aplicação das cláusulas contratuais de revisão automática de valores tendo por base, índices e fórmulas matemáticas sem demandar homologação pelo parceiro público, exceto se a Administração divulgar na Imprensa Oficial, em até 15 dias após a apresentação da fatura, razões fundamentadas em lei ou no referido contrato para a rejeição da atualização. Portanto, nesse caso, o silêncio do contraente público valida o reajuste e a discordância deve ser publicada e motivada.

1.3.2 A revisão ordinária e a extraordinária

Também conhecida como recomposição, a revisão do contrato pode ocorrer por forças endocontratuais ou ser desencadeada por fatos novos que tornem exequível o ajuste inicial. Em outras palavras, consiste em uma análise, provocada por causas ordinárias ou extraordinárias, que tem por objetivo restabelecer a relação original de encargos e vantagens. Nesse caso, é feito um exame dos custos e vantagens contemplados nas propostas iniciais do particular, por meio da qual se procede à verificação da alteração substancial e eventual restabelecimento da relação originária. Explica Justen Filho (2003, p. 555) que:

A revisão de preços envolve a análise ampla e minuciosa da situação do particular e abrange várias etapas. A primeira consiste na verificação de todos os custos originalmente previstos pelo contratado para a formulação de sua proposta. A segunda etapa é a investigação dos custos que efetivamente oneraram o particular ao longo da execução do contrato. A terceira etapa é a comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível e superveniente apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes. A quarta etapa reside na adoção de providência destinada a reduzir os encargos ou a ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original.(JUSTEN FILHO, 2003, p. 555).

Pode-se dizer que essa concepção apresentada por Justen Filho é mais ligada à concepção tradicional de revisão, originadas por fatos imprevisíveis, no entanto, segue bastante esclarecedora e, a partir dela, é possível conhecer melhor o processo e ter em mente que se trata de um processo complexo, demorado e custoso, demanda a produção de provas e

participação de diversos profissionais. Importante apontar, ainda, que a revisão não depende da previsão de um critério fixo de repactuação de preços.

A revisão extraordinária torna-se devida no momento em que os preços contratados deixam de atender à boa saúde da execução do serviço público e equilíbrio contratual em razão de atos e fatos inimputáveis à concessionária. Referido processo por ser feito tanto pela via judicial, quanto por meio de aditamento do contrato de concessão, devendo a Administração reconhecer e indicar a justa causa que ensejou a revisão do ajuste original e, em não sendo feito esse ajuste, o particular contratado mantém o direito à indenização, que poderá ser cobrada após a entrega do objeto contratado (desde que reclamada durante a execução deste). Essa espécie de revisão encontra respaldo, além do art. 65 da Lei 8.666/1993, no § 4º do art. 9º da Lei 8.987/1995.

Por sua vez, a revisão ordinária encontra respaldo no § 2º do mesmo artigo anteriormente citado, o qual abre espaço aos contratantes para fixar mecanismos de revisão de tarifas. Tem-se, aqui, um procedimento periódico, e previsto no respectivo contrato de concessão, para acompanhar ganhos e perdas que não puderam ser totalmente previstos ou devidamente estimados no momento da fixação dos encargos e preços, mas que incidem sobre as atividades, ganhos de produtividade ou variações de custos incidentes sobre o contrato e não mensurados na cláusula de reajuste.

A inserção da cláusula de revisão ordinária implica na aceitação dos contratantes de que as condições inicialmente fixadas não são imutáveis ou herméticas, mas que, em verdade, poderão ser revisitadas para atender a estabilidade do contrato de concessão, a atualidade da prestação de serviços e a perenidade e continuidade dos mesmos. Igualmente, cabe ter em mente que no momento da licitação, há apenas uma projeção de expectativas e cabe à revisão ordinária alinhá-las à realidade. Desta feita, a cada ciclo de revisão tarifária, podem ser revistos aspectos contratuais como o plano original de investimentos, os cronogramas de reembolso e os indicadores de desempenho, para que assim, possa ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro.

O acréscimo de referida cláusula tem sua importância reconhecida pelos tribunais de contas, em especial o Tribunal de Contas da União, que, ao julgar, recentemente, processo de desestatização para acompanhar arrendamento portuário de terminal voltado para a movimentação e armazenagem de granéis sólidos, indicou que:

com fulcro no art. 250, inciso III, do RI/TCU e no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, recomendar ao Ministério da Infraestrutura e à Antaq que incluam na minuta do contrato referente ao arrendamento do terminal MCP02, no Porto de Santana/AP, a previsão de revisão ordinária periódica com base na verificação da adequação de parâmetros de desempenho preestabelecidos, como meios de averiguação da produtividade do arrendatário vis-à-vis outros terminais semelhantes; (BRASIL, 2020a)

Outra demonstração da relevância da revisão ordinária para a higidez dos contratos de concessão de serviços públicos, esse processo é usualmente fixado para ocorrer de cinco em cinco anos, períodos quinquenais.

Importante apontar que ainda que o contrato preveja mecanismos como o reajuste e a revisão ordinária, não se exclui a possibilidade de ocorrência de revisão extraordinária. Há de se levar em conta que tais cláusulas têm por objetivo garantir a máxima durabilidade e equilíbrio do contrato frente às mutabilidades por ele experienciadas, no entanto, não o exime de ser refém de situações que ensejam a teoria da imprevisão, por exemplo, ou ainda, que existem fatos que, em razão de exigências técnicas ou econômicas não possam aguardar pelo próximo ciclo de revisão e demandem a revisão extraordinária.

Por fim, os contratos e as normas setoriais regulamentadoras devem prever, delimitar e objetivar os parâmetros de revisão, além dos procedimentos a serem seguidos. Isso ocorre em razão da preponderância dos princípios da concorrência, da isonomia, da inalterabilidade do objeto, da segurança jurídica e do próprio equilíbrio econômico-financeiro. Não pode, portanto, a revisão ser compreendida como uma ruptura ou degeneração das bases negociais fixadas pelas partes, mas sim, restringir-se à adequação das normas contratuais às condições enfrentadas para a execução do contrato, principalmente quando se fala em um contrato com prazo de vida tão dilatado.

1.3.3 A prorrogação do prazo de concessão e a alteração de encargos contratuais como mecanismos internos de reequilíbrio econômico-financeiro

Passados os meios clássicos e tradicionais usados para relegar o contrato a seu equilíbrio originariamente pactuado, é necessário fazer uma análise de outros meios que o Direito Administrativo prevê para atingir tal objetivo.

Pode-se dizer que para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro as partes põem socorrer-se de mecanismos internos e de mecanismos externos ao contrato. Naquele caso, dos mecanismos internos, têm-se atos que não oneram diretamente a Administração

Pública, já no caso destes, dos mecanismos externos ao contrato, fala-se de medidas que exigem certo esforço do Parceiro Público para reequilibrar o contrato, como, por exemplo, o aporte de recursos. No presente subtópico tratar-se-á dos mecanismos internos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Não poderia ser deixado de lado, nessa toada, dois dos aspectos mais fundamentais dos contratos de concessão: o prazo de execução do contrato e os encargos contratuais assumidos pela concessionária. Embora o aumento do valor da tarifa também seja um mecanismo de reequilíbrio interno, esta já fora abarcada no presente estudo. Assim, passar-se-á, primeiramente, ao estudo da alteração do prazo contratual, seguida da modificação dos encargos contratuais.

Como já posto, a definição da duração do contrato de concessão é peça fundamental da equação econômico-financeira ali posta, podendo variar significativamente a depender do objeto do contrato, da natureza do projeto e das escolhas adotadas pelo Poder Público, das mais diversas espécies, tais como financeira, política, social e técnica.

Além dos apontamentos já feitos sobre o prazo de execução, é necessário apontar que ele não pode ser fixado aleatoriamente ou por “critérios que se afastem da equação dinamizada pelos vetores dos investimentos e custos alocados no projeto e o tempo necessário para sua amortização” (GARCIA, 2019, p. 269), deve ser objeto, sim, de motivação clara, congruente, racional e transparente para que se encaixe e dialogue com as demais peças da equação econômico-financeira e a torne clara suficiente para sua readequação em tempos de crise ou quando programada. Portanto, deve ser aquele que garanta à concessionária a devida amortização dos seus investimentos e a percepção do lucro programado, e não mais que isso.

Tendo em vista essa peculiaridade a ser observada em sua definição, fica claro que a sua prorrogação se trata de tema delicado, há um sopesamento entre o princípio a concorrência e o interesse público, estando ao lado deste os princípios da universalização e continuidade do serviço público e da modicidade tarifária. Pode-se dizer, desta feita, que há um interesse que beira a generalidade, tendo em vista que a prorrogação do prazo reflete nos demais operadores econômicos (que têm o interesse de figurar em novos contratos), dos usuários e da sociedade. De largada, a partir dessa exposição, já se nota uma elevada importância da publicidade e razoabilidade da decisão que ajusta a prorrogação do contrato junto ao cocontratante.

Não obstante, a previsão prévia de possibilidade de ajuste no edital da respectiva licitação é um tema que vem sendo debatido pelos estudiosos do tema, enquanto os clássicos Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles argumentam pela necessidade de previsão no

edital, Flávio Amaral Garcia defende que as formas de reequilíbrio econômico-financeiro previstas no contrato e no edital são meramente exemplificativas, não havendo nenhum impedimento às partes alcançarem uma forma de reequilíbrio que não tenha sido originariamente prevista. Sobre o tema, o TCU, em recente decisão, argumenta na posição de que não há necessidade de previsão contratual para a prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos, desde que reste demonstrado que esta é a melhor solução pela óptica do interesse público:

De qualquer modo, a prorrogação dos atuais contratos deve sempre ficar submetida ao interesse público, em benefício dos usuários. E, do conjunto de informações ora expostas, a negativa da prorrogação dos atuais contratos e a realização de nova licitação acarretarão brutal queda nas tarifas. A primeira prorrogação, que só deve ocorrer na hipótese de interesse público evidente, ou nova licitação, acontecerá em cinco anos, devendo a Agência reavaliar todos os fatores previstos na legislação e toda a conduta da empresa ao longo da concessão finda. (BRASIL, 2017).

Importante citar que, em havendo cláusula permissionária, essa não deve ser genérica e subjetiva, posto que relega ao Poder Público uma discricionariedade excessiva, privando os interessados da segurança jurídica e publicidade que têm por direito. Deve, portanto, conciliar condições e pressupostos objetivos, abrigando uma reserva discricionária e negocial para que as partes possam reavaliar o tema à luz das circunstâncias (GARCIA, 2019, p. 277-278).

Destaca-se que, por vezes, a ineficiência dos contratos de concessão está justamente na má fixação de prazo pelo projeto inicial, como restou demonstrado pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2018):

Uma falha comum de projeto é a previsão inadequada do tempo necessário para a sua execução, que em geral é subestimada. Tal falha, associada a problemas de acompanhamento e gestão ao longo do tempo, muitas vezes orientados a perspectivas reativas mais do que preventivas, resulta em inúmeras prorrogações de prazo, na baixa efetividade das políticas públicas, e no comprometimento da credibilidade das previsões. O problema é notório na execução de obras públicas. (BRASIL, 2018. P. 30).

Finalmente, resta fixar que a formalização da prorrogação deve ser dada por meio de aditivo contratual, por meio de um ato bilateral e convencional, vez que deve ser dada à concessionária a opção de não permanecer no vínculo contratual. Não bastando, ao Poder Público são pressupostos à validade da prorrogação a fundamentação e a motivação adequada, frutos de um procedimento dotado de racionalidade e transparência do processo decisório. Por

tais motivos, ainda, não se pode assumir a prorrogação tácita dos contratos de concessão (MEIRELLES, 2010, p. 311).

No que diz respeito à alteração dos encargos contratuais, estes dizem respeito aos investimentos que o concessionário se obrigou a realizar em certas datas ou prazos estipulados pelo poder público. Matos (2013) explica que:

em um contrato de concessão de serviços públicos envolvendo rodovias, há um caderno de encargos, previamente estabelecido pelo edital de licitação, refletidos em um cronograma físico-financeiro em que se estipulam todas as obras necessárias àquela concessão. Além disso, há os serviços a serem prestados aos usuários, a manutenção das instalações, entre outras obrigações que compõe os encargos assumidos pelo concessionário. Os valores decorrentes desses encargos compõe a equação econômico-financeira. Assim, uma vez acrescentados encargos não previstos no contrato de concessão ou ainda suprimidos determinados encargos, altera-se a equação econômico-financeira (MATOS, 2013, p. 115).

Assim, percebe-se que os encargos contratuais estão intrinsecamente ligados com o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo. Nada impede que, uma vez desequilibrada a relação, o Poder Público se valha da alteração da relação de encargos para restabelecer este equilíbrio. Desta maneira, pode-se ajustar a modificação de prazos inicialmente estabelecidos no contrato para o cumprimento de determinadas obrigações, bem como a supressão de determinadas obrigações assumidas pelo concessionário e que já não fazem sentido frente às novas proporções assumidas pelo contrato.

1.3.4 O aporte de recursos públicos como mecanismo externo de reposição do equilíbrio econômico-financeiro

Conforme posto no subtópico anterior, o aporte de recursos públicos é uma forma de intervenção externa ao contrato para o reequilíbrio da equação econômico-financeira, feita diretamente pelo Poder Público. Esse tipo de intervenção deve-se dar sempre de maneira subsidiária, posto que preferencialmente:

a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será realizada com recursos inerentes à própria concessão, sem a alocação de verbas estatais, preservando-se o postulado da concessão de que os custos dos serviços devem ser arcados pela exploração do serviço concedido. (MAROLLA, 2011, p. 189 *apud* MATOS, 2013, p. 112).

Pode-se dizer que o aporte de recursos públicos é altamente indesejável uma vez que desfigura o instituto da concessão, vez que fora criado para poupar o estado de certos gastos e reduzi-los ao previamente disposto no contrato entabulado.

1.3.5 Ferramentas para o reequilíbrio: a taxa interna de retorno e o fluxo de caixa marginal

A doutrina e a jurisprudência reconhecem, ainda, entre outras, duas importantes ferramentas que contribuem para a persecução do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos: a taxa interna de retorno e o fluxo de caixa marginal. A primeira destas tem por objetivo medir a rentabilidade do investimento no decorrer do tempo no contexto do projeto de concessão, já a segunda, por sua vez, é um parâmetro para esse reequilíbrio, especialmente quando novos investimentos são aportados no contrato de concessão.

A começar pela Taxa Interna de retorno (TIR), esta é projetada à época da assinatura do contrato, logo, não permanecerá estável durante toda a execução do contrato, uma vez que comporta diversas variáveis e complexidades que não se manterão uniformes.

Portanto, a utilização da TIR como ferramenta de reequilíbrio deve ser feito com cuidado, para que evite o desvirtuamento da alocação de riscos contratualmente ajustada, o que já permite a conclusão de que o retorno ali expresso não se trata de um direito adquirido do contratante, mas sim, mera expectativa. Tem orientado o Tribunal de Contas da União que:

O uso do método da TIR deve ser feito com a devida cautela. Devem ser analisados também outros parâmetros fundamentais para a definição de viabilidade e conveniência quanto ao investimento. Entre outros aspectos, as durações dos projetos, os volumes de recursos envolvidos, a disponibilidade destes, as condições de financiamentos, a possibilidade de alavancar outros projetos por meio de um primeiro. (BRASIL, 2011)

Sob o ponto de vista da Taxa Interna de Retorno, os projetos podem ser classificados em três tipos diferentes:

- i) Projetos autossustentáveis, são aqueles que possuem geração interna de recursos ao próprio projeto, o que garante rentabilidade compatível com a aplicação de capital em condições de mercado. São projetos em que a geração de receitas frente aos compromissos de investimento e custos de operação proporcionam uma Taxa Interna de Retorno (TIR) compatível com o retorno esperado qualquer empreendimento.
- ii) Projetos com elevado grau de incerteza acerca da sua condição de auto sustentabilidade. São projetos que têm possibilidades de produzir uma taxa de

retorno adequada às perspectivas do mercado, mas cujas incertezas, em termos de receitas, custo do investimento ou despesas de operação, produzem dúvidas na ótica dos empreendedores e dificuldades na construção de adequadas estruturas de financiamento e seguro.

iii) Projetos com rentabilidade positiva, mas com expressivas dificuldades para alcançar uma taxa de retorno compatível com as perspectivas de investimentos privados. Nestes casos, a TIR é consistentemente inferior à taxa de mercado, ficando a realização do empreendimento na dependência de compensações provenientes do Estado. Estas seriam legitimadas pelas economias externas produzidas pelo projeto, em particular aqueles de grande interesse para a coletividade. (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 639)

Pode-se dizer que os projetos classificados como autossustentáveis precisam somente de mecanismos adequados de articulação para serem viabilizados.

Por outro lado, o segundo tipo, os projetos carregados de elevado grau de incerteza, demandam articulação e credibilidade política para movimentar os capitais privados e, por fim, os aqueles com rentabilidade positiva prejudicados pela TIR baixa devem ser destinatários de efetivos subsídios com recursos públicos, uma vez que sustentam e potencializam as políticas de desenvolvimento econômico (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 639-640).

Observa-se ainda que o fluxo de caixa marginal é uma ferramenta que vem sendo utilizada como parâmetro para o reequilíbrio quando são feitos novos investimentos nos contratos de concessão. Nesse caso, deixa-se de recorrer à taxa de rentabilidade originalmente fixada à época da celebração do contrato, calculando nova rentabilidade, separando-se os aportes originais daqueles que sobreviveram, à luz do respectivo contexto econômico. Tal ferramenta vem sendo amplamente adotada pelas agências reguladoras, vide as Resoluções nº 3.641/2011 e nº 4.339/2014 da Agência Nacional de Transportes Terrestres, bem como a resolução nº 355/2015 da Agência Nacional de Aviação Civil, a título de exemplo.

O que vem sendo discutido nos tribunais, especialmente no TCU, é a revisão da taxa de rentabilidade à época da contratação, motivada pela mudança da conjuntura econômica, esta que engendra uma elevada margem de lucro das concessionárias.

Ocorre que, seguindo as ideias já apresentadas, a revisão dessa taxa é capaz de resultar na alteração unilateral de uma cláusula econômica, ferindo gravemente o *pacta sunt servanda*, assim,

alterar a TIR real da concessão tanto para adequá-la a TIR referencial – quando esta for tomada por fator de reequilíbrio – como para adequá-la a uma TIR alinhada com os padrões de mercado significará o desvirtuamento de sua matriz de risco e a alteração dos elementos econômicos do contrato de concessão. É solução, por isso, indubitavelmente prosrita pelo direito. (GUIMARÃES, 2019, p. 99-117, *apud* GARCIA, 2019, p. 259-260).

Conclui-se, assim, que o uso dessa ferramenta deve ser adotada sempre tendo em mente o contrato em sua universalidade, com atenção ao originalmente pactuado, visando não afastar-se de seu equilíbrio primordial.

2 OS IMPACTOS JURÍDICOS DA PANDEMIA DE COVID-19

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 11/03/2020, a doença denominada Covid-19, causada pelo coronavírus (“SARS-Cov-2”), uma pandemia, isto é, uma enfermidade epidêmica disseminada a nível global.

A doença que teve seu epicentro inicialmente na província de Hubei, na China, em dezembro de 2019, se disseminou por todo o planeta e, em março de 2021, o Brasil se tornou o novo epicentro mundial da doença. Esse contexto de emergência demanda uma série de medidas sanitárias para a contenção do espalhamento do vírus causador da doença, esforços de todos os setores da sociedade.

Estudiosos do Direito vêm entendendo que os impactos decorrentes da atual crise se estendem para as mais diversas áreas:

A imagem mais adequada que se tem de tudo o que está ocorrendo é a de três tsunamis que, enfileirados e entrelaçados uns nos outros, devastam a humanidade, trazendo no seu bojo consequências de toda a espécie. O primeiro tsunami tem na sua crista a enorme crise que a pandemia causa no sistema público de saúde, no Brasil e no mundo. Devido à devastadora capacidade de contágio do novo Coronavírus (SARS-CoV-2), o número de pessoas infectadas e de mortes a ele relacionadas cresce exponencialmente. Inicialmente, dizia-se que a letalidade estaria quase que exclusivamente restrita a idosos ou portadores de comorbidades, mas o que se viu foi que jovens saudáveis e até mesmo crianças e recém-nascidos passaram, cada vez mais, a integrar a triste e terrível lista de baixas que só aumenta a cada dia. O segundo tsunami, que vem logo atrás, colado e entrelaçado ao primeiro, é formado pela enorme catástrofe econômica que resulta da grande paralização decorrente do isolamento social/lockdown a que foi submetida a população brasileira (e mundial). Com essas medidas, a indústria, o comércio e os demais setores da economia, inclusive e principalmente o de serviços, sofreram enorme baque, que os levou a vertiginosa queda de receitas e à consequente inadimplência. O fluxo de caixa foi severamente afetado e, como decorrência lógica, houve demissão em massa. Muitas dessas empresas fecharam, entraram em recuperação judicial ou quebraram, o que levou o país a ter uma projeção de queda no PIB que, de acordo com as projeções mais pessimistas, poderiam alcançar incríveis dez pontos percentuais. O terceiro tsunami, que, teme-se, será uma consequência lógica dos dois anteriores, está relacionado às questões sociais que decorrerão de toda a destruição promovida pela gravíssima crise econômica que o país enfrentará. Serão muitos e muitos aqueles que, com a estagnação da economia, não mais terão de onde tirar o seu sustento. E o Estado, por outro lado, com as contas públicas extremamente combalidas, encontrará sérias dificuldades na tomada de medidas necessárias à diminuição do impacto dessa crise. (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020 p.44-495).

Trata-se de contexto de combate a uma doença nunca antes vista, onde não se tem medicamentos, vacinas ou tratamentos eficientes que reduzam a disseminação do seu agente causador. Por tal motivo, foi incentivada a adoção de intervenções não farmacológicas, mais conhecidas pela sigla NPIs (do inglês *non-pharmaceutical interventions*), medidas estas que, a despeito da ausência de medicamentos e tratamentos, mostraram-se eficazes para redução do número de contágio e de leitos ocupados, bem como para a preservação do bom funcionamento dos sistemas nacionais de saúde, promover a diminuição da taxa de óbitos e possibilitar a recuperação econômica de maneira mais célere e adequada (CORREIA; LUCK; VERNER, 2020, p. 6).

Portanto, podem ser entendidas como estratégia para o controle de doenças sem intervenção farmacológica, a adoção de medidas como distanciamento físico-social, o *lockdown*, a quarentena, a testagem e mapeamento de infectados, uso de máscaras e proteções faciais, uso de álcool em gel e outras medidas sanitárias que impeçam a propagação do vírus de pessoa para pessoa.

Ocorre que a colocação em prática dessas medidas não é simples, principalmente quando se fala em um contexto protagonizado por um enorme fluxo econômico e de serviços, em que as cidades dependem de uma intrincada cadeia de prestadores de serviços para manterem-se funcionando e salvaguardarem seus cidadãos e empresas.

Surge, portanto, a necessidade de avaliar quais são os serviços essenciais para tal, o que é, por si só, relativo e depende de critérios objetivos e subjetivos, influenciáveis por perspectivas políticas, ideológicas, culturais ou sociais. A situação brasileira tomou outras proporções ao ponto em que foram os governos locais, estaduais e municipais que tiveram que implementar as NPIs, de maneira descentralizada.

Acontece que as desigualdades socioeconômicas entre os estados brasileiros resultam em capacidades administrativas díspares, já que certas unidades federativas dependem de mais recurso, constitucionais ou voluntários, provenientes do governo federal para que seja possível a implementação de projetos e políticas (SCHAEFER et al.dxc, 2020, p. 1432).

Sobre o tema, a Constituição Federal dispõe em seu art. 23, II, que é competência comum da União, estados, Distrito Federal e Municípios o cuidado com a saúde pública, bem como, em seu art. 24, XII, estabelece que compete concorrentemente à União, estados e Distrito Federal legislar sobre a defesa da saúde.

Para tratar sobre o tema específico do surto de coronavírus e procedimentos que dizem respeito ao tema, em 6 de fevereiro de 2020, antes da decretação do estado de pandemia pela OMS, foi publicada a Lei 13.979 elencando uma série de medidas para conter a transmissão

do vírus em questão, bem como um rol exemplificativo de NPIs que podem ser adotadas pelas autoridades, como isolamento, quarentena, realização de exames compulsórios, restrições de locomoção e outros, em seu art. 3^a. Estas são medidas excepcionais que somente poderão ser aplicadas quando fundadas em evidências científicas e análises sobre informações estratégicas em saúde, limitadas em tempo e espaço mínimos e indispensáveis à promoção e preservação da saúde pública, conforme descreve o §1º do citado artigo.

Conforme explica Justen Filho (2020):

O tema se relaciona basicamente com providências relacionadas ao poder de polícia. Assim, por exemplo, pode vir a ocorrer a limitação e até mesmo a vedação ao ingresso ou saída de pessoas do território nacional ou de sua circulação pelas vias públicas. Essas providências podem traduzir uma determinação estatal proibindo condutas direta ou indiretamente necessárias à execução do contrato. (JUSTEN FILHO, 2020, p. 17)

Portanto, resta claro que referida lei traz em si um leque de possibilidades de medidas que podem alterar o equilíbrio dos contratos de concessão, afetando a sua execução, quanto a demanda pelos serviços prestados, insumos, por exemplo. Em uma tentativa de contornar tais danos, o mesmo artigo analisado anteriormente, em seu § 9º, estabelece que, no que tange às medidas de prevenção: “A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa.” (BRASIL, 2020a).

Por outro lado, controvérsia se deu em razão da MP nº 926/2020, que, dispondo sobre medidas para o enfrentamento do coronavírus, alterava a Lei 13.979/2020 para dar à União poderes para definir quais são os serviços públicos essenciais. Tamanha a delicadeza do tema tratado na Medida Provisória, como retro exposto, que o Partido Democrático Trabalhista (PDT) interpôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do ato normativo.

Assim, o pleno do STF, em julgamento de liminar da ADI 6341 assegurou o exercício da competência concorrente dos demais entes da federação, veja-se:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra *b* do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo *amicus*

curiae Federação Brasileira de Telecomunicações – FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (STF, ADI 6341/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.04.2020) (BRASIL, 2020b)

Portanto, restaram legitimadas as medidas tomadas pelos estados, municípios e Distrito Federal em relação ao combate à Covid-19. Para além dos embates político-ideológicos, tal decisão reconhece a legalidade dos inúmeros decretos e atos normativos dos executivos estaduais sobre o tema, que, segundo SCHAEFER *et al.* (2020, p. 1431), em 25 estados (excluindo da análise Minas Gerais e Bahia, por não terem se utilizado de decretos para a implantação de medidas contra o coronavírus), entre 26 de fevereiro e 26 de abril de 2020, montaram o número de 367 decretos sobre NPIs. Na mesma pesquisa, que tratou de compilar e analisar a implementação de intervenções não farmacêuticas pelos estados para o enfrentamento da Covid-19, concluiu-se que:

Foram analisados 367 decretos de 25 executivos estaduais nos dois primeiros meses da pandemia no país. Constatou-se que a maioria dos governadores dos estados pertencentes às regiões Norte e Nordeste decidiu de forma mais rápida pelo fechamento das escolas, por restrições do comércio e pela suspensão dos eventos públicos. Tais normativas, por vezes, ocorreram antes mesmo da confirmação do primeiro caso da doença no estado. No entanto, o rigor das medidas, ainda em meados de março, foi a regra em praticamente todos os estados (a correlação entre o número de mortes confirmadas e a média do índice de ação governamental foi de $r^2 = 0,836$). Ao agregar variáveis socioeconômicas e da estrutura de saúde pública, observou-se que os estados com menor PIB per capita, menor número de leitos de UTI no SUS, e mais dependentes de recursos da União (mensurado através do FPE) foram mais rápidos e rigorosos na adoção de medidas de NPIs. (SCHAEFER *et al.*, 2020, p. 1442).

O que se desejar demonstrar, portanto, é que a adoção de medidas não farmacológicas pelo Poder Público é uma necessidade ao enfrentamento à pandemia, estas que apresentam interferência direta na economia e na vida da sociedade como um todo, logo, como não poderia deixar de ser, na execução dos contratos de concessão, objeto do presente estudo.

Não obstante, a amplitude assumida pela crise sanitária e a velocidade com que se alteram as condições de prestação de serviços, impõem às concessionárias e aos concedentes condutas incontornáveis que, por vezes, implicam o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro e enseja em sua respectiva recomposição.

Pode-se dizer, nesse ínterim, que “a crise em curso, suas causas e seus efeitos jurídicos se reconduzem aos paradigmas próprios do regime jurídico da concessão, notadamente os de força maior, caso fortuito e fato príncipe” (PEREIRA, 2020, p. 57). Seguindo esse raciocínio,

ao ser consultada pela Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias a respeito dos efeitos jurídicos da pandemia de coronavírus sobre os contratos de concessão de infraestrutura de transporte, a Advocacia Geral da União emitiu o seguinte parecer (BRASIL, 2020c):

EMENTA: CONSULTA. CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SETOR DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. COVID-19.

I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas.

II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente.

III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.

IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. (BRASIL, 2020c, p. 1)

Para chegar à conclusão alinhada à do parecer emitido pela AGU, basta compreender que a disseminação do vírus SARS-CoV-2, dada, inicialmente, através de uma mutação de uma espécie de coronavírus que originalmente infectava apenas animais silvestres e passou a infectar seres humanos (ANDERSEN et al., 2020), não poderia ter sido previstas nos contratos de concessão de serviços públicos, muito menos evitada pelas concessionárias responsáveis pela exploração dos mesmos. Isto é, em se tratando de uma distribuição heterodoxa de riscos, com a concessionária arcando com os riscos ordinários e o Poder Público com aqueles extraordinários, não há como se imputar à contratante particular arcar com os riscos do imprevisível, como bem explica Justen Filho (2020):

As contratações em curso de execução contemplaram as condições de mercado então vigentes e as circunstâncias normais e ordinárias inerentes à atividade. (...) Não apenas a ocorrência da pandemia era um evento insuscetível de previdência. Também o eram todas as implicações econômicas dela decorrentes, que estão a produzir tanto uma crise de oferta como de demanda (JUSTEN FILHO, 2020, p. 19)

Inviável também, a qualquer dos contratantes, a mera especulação dos efeitos da pandemia sobre a economia nacional, tanto o é que:

a amplitude das diferentes projeções feitas mundo afora nos departamentos de economia das instituições financeiras de empresas de consultoria e das instituições de pesquisa demonstram que exercícios meramente especulativos estão sendo realizados. No caso brasileiro, esses exercícios têm levado a estimativas de queda do PIB em 2020 que vão de - 0,68% a - 4,5%. No início da crise, quando apenas a China havia sido atingida, a maioria dos analistas trabalhava com recuperação em V, queda acentuada e rápida retomada, hoje já se fala em U, alguma demora para retomar, e em L, com um período prolongado de estagnação econômica. Os mais pessimistas falam em I, ou seja, queda por um bom tempo em função da crise financeira. O grande complicador e que explica esse amplo espectro de possibilidades é que o fator indutor da crise é um vírus em mutação que tem se propagado em uma velocidade muito grande pelo mundo (...) Em síntese, acredita-se que a crise atual guarda algumas diferenças importantes em relação às anteriores não só quanto à dimensão da redução súbita da atividade econômica em nível global, provocada pelo isolamento social, como do nível de incerteza gerado que tem rapidamente instabilizado os mercados financeiros e de commodities. Ademais, essa crise pode ser considerada única principalmente pelo fato de sua natureza ser fundamentalmente decorrente de um problema de saúde pública (BLOOM; KUHN; PRETTNER, 2018), com consequências econômicas e sociais.. (FERREIRA JUNIOR; RITA, 2020, p. 465-468)

Tal exposição demonstra o tamanho da incógnita posta à mesa para os economistas e administradores para os próximos anos. Recente acordão prolatado pelo Tribunal de Contas da União, o Relatório de Acompanhamento TC 026.394/2020-0, restou reconhecido que:

(...)verifica-se que os indicadores previstos na LOA 2020, no que concerne ao crescimento do PIB real, vêm apresentando um crescimento muito menor que o estimado para o presente exercício. Adicionalmente, face os agudos efeitos da pandemia de Covid-19 sobre a economia, as estimativas do mercado foram significativamente modificadas. Assim, os parâmetros macroeconômicos foram se deteriorando rapidamente, notadamente no que se refere às estimativas de crescimento do PIB para 2020. 29. A projeção de variação real do PIB elaborada pela SPE (-4,70%) comparada ao Boletim Focus (-5,77%), de 24/7/2020 (data mais próxima à publicação do RARDP 3º bimestre de 2020), apresenta significativa diferença (1,07 p.p.). Se adotada a data em que foi elaborada a grade de parâmetros pela SPE (10/7/2020), o hiato entre a projeção do Ministério da Economia e as estimativas do mercado se eleva a 1,40 p.p., uma vez que o Boletim Focus, de 10/7/2020, apresenta estimativa de variação do PIB real de -6,10%. Nesse contexto, por meio do Ofício de Requisição 7-148/2020 –TCU/Semag (peça 22), diligenciou-se a SPE a fim de que fossem apresentadas as justificativas para as divergências entre as estimativas, notadamente tendo em conta que a variação do PIB representa indicador de grande relevância para a projeção dos resultados fiscais, sobretudo tendo em conta seus reflexos sobre a arrecadação de tributos. (...) Nesse rumo, informa que a crise sem precedentes torna ineficaz a utilização de modelos tradicionalmente utilizados para estimação e projeção do PIB, em razão da retração abrupta da economia. Noticia ainda que a grade de parâmetros apresentada no RARDP do 3º bimestre de 2020 incorpora “os resultados dos indicadores de abril e de maio que vieram melhores do que o esperado para o período nas previsões das grades anteriores”. (...) em que pese a diferença entre as projeções, entende-se que o ineditismo e a severidade da crise causada pela pandemia podem impactar a acurácia das estimativas do PIB, sobretudo, considerando as incertezas acerca do fim da pandemia e a conseqüente retomada integral das atividades econômicas. Não obstante, esta Corte de Contas continuará acompanhando a aderência das projeções elaboradas pela SPE ao cenário macroeconômico, uma vez que, embora a União esteja dispensada do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da LDO para 2020, a adequação das estimativas que impactam os resultados fiscais do

Governo Central tem reflexo direto sobre os diferentes agentes econômicos. (BRASIL, 2020d).

Do excerto acima, pode-se ilustrar a preocupação financeira com as contas públicas frente à instabilidade criada pela crise que acompanha a pandemia de Covid-19, sendo que o Produto Interno Bruto - PIB nacional permaneceu uma incógnita por todo o exercício fiscal de 2020, em patamares mais elevados que os usuais.

Outrossim, em resposta à disseminação do temido vírus, a administração se utilizou das já citadas medidas de contenção não farmacológicas, com medidas de restrição de mobilidade de pessoas e suspensão de serviços, o que impacta diretamente a demanda das famílias naquelas atividades em que ocorrem relações imediatas entre pessoas e boa parte do setor de serviços (CECCHETTI; SCHOENHOLTZ, 2020).

No entanto, a necessidade de adoção dessas medidas é consenso mesmo entre os economistas, com a movimentação prioritária de recursos orçamentários visando suprir o sistema de saúde no processo de aquisição de utensílios para a proteção das equipes médicas, testes, respiradores, ampliação de números de leitos de UTI e contratação de profissionais da saúde, além de uma recondução industrial à produção interna de tais itens, o que funcionará como um catalisador dos esforços necessários à contenção das perdas (FERREIRA JUNIOR; RITA, 2020, p. 470).

Nesse sentido, mesmo ante a abrangência e o caráter sistêmico que acompanha a crise, posto que seus impactos são sentidos, em maior ou menor grau, em todos os setores, inclusive nos serviços públicos e contratações administrativas, permanece intocada a percepção de que se está diante de circunstâncias imprevisíveis e de consequências incalculáveis, fatores típicos de quadros de desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, conforme descrito anteriormente (PEREIRA, 2020, p. 58).

Portanto, a partir da adoção das INPs pode-se afirmar que os contratos foram expostos ao fenômeno conhecido como fato do príncipe, vez que ocorreu uma interferência do Estado por meio de um ato emanado por ele, de maneira válida, lícita e perfeita, conforme estudado anteriormente. Igualmente, quando o Poder Público impõe diretamente aos contratos determinadas diretrizes e procedimentos a serem seguidos em razão da adoção dessas NPIs, poder-se-ia estar diante da incidência de outro fenômeno, o fato da administração.

Ressalta-se que a necessidade, e até mesmo a proporcionalidade dos atos emanados do Poder Público em resposta à crise, são incapazes de descaracterizar a quebra da equação. Nessa toada, é justamente a intensificação dos procedimentos de sanitização, aliada à queda da demanda pelos serviços prestados, além da necessidade de aquisição de equipamentos de

proteção e restrições de funcionamento, que implicam no desequilíbrio dos contratos de concessão, isto é, há uma redução da receita concomitante à imposição de custos extras aos operadores.

Não obstante, o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, reconheceu o cabimento da aplicação da teoria da imprevisão em razão dos acontecimentos decorrentes da pandemia de Covid-19, afirmando que:

(...) a queda da receita e a necessidade de se manter a oferta usual do serviço público essencial de transporte adveio do cenário de pandemia mundial de COVID 19, que, por se tratar de evento de força maior imprevisto, pode ser considerado motivo suficiente para incidência da teoria da imprevisão que autoriza alteração das condições originais do contrato para restabelecimento do equilíbrio financeiro alterado por determinações dos réus para enfrentamento da crise sanitária, conforme previsão do artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93. (BRASIL, 2020e)

A Advocacia Geral da União (AGU), por sua vez, não viu efeitos práticos na diferenciação de qual a causa de mutabilidade contratual ocorreu em razão da pandemia vivenciada, mas sim na necessidade de se afirmar a existência de uma álea extraordinária capaz de desequilibrar a execução dos contratos:

Tais medidas poderiam eventualmente ser classificadas como “fato do príncipe”. Porém, há de se reconhecer que a sua causa foi exatamente o potencial de disseminação do vírus e seus impactos sobre a saúde pública. Além disso, a menos que o contrato disponha de modo diferente, não há na prática maior relevância em tentar distinguir se eventual prejuízo sobre os contratos de concessão seria decorrente de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, pois em regra suas consequências jurídicas seriam as mesmas. O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão. (BRASIL, 2020c, p. 15).

Portanto, pode-se dizer que, independentemente da teoria ou fenômeno de mutabilidade observável, a presença da álea extraordinária restou reconhecida pelos tribunais, dando ensejo à aplicação de métodos que viabilizem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos, mais precisamente, dos contratos de concessão de serviços públicos. São em casos como o vivenciado que se faz necessário o conhecimento de meios para o remanejamento da equação econômico-financeira desses contratos, com a correta aplicação dos métodos disponíveis.

2.1 INICIATIVAS DO PODER PÚBLICO PARA O CONTINGENCIAMENTO DE PERDAS

Necessário, no ponto em que se chega, analisar os atos públicos de cunho restritivo que vêm sendo editados por diversas autoridades públicas, em que a necessidade destes restou demonstrada anteriormente. No entanto, resta saber a efetividade e a organização desses atos, considerando que a Administração Pública é uma organização multifacetada, havendo sobreposição de competências e indefinições em relação aos limites e poderes de órgãos, agentes ou pessoas jurídicas que a compõem. Schwind (2020) argumenta pela necessidade de articulações pelos governos e órgãos de controle em relação às medidas adotadas, uma vez que fora de um contexto organizado, podem criar situações de impossível cumprimento.

A Lei 13.979/2020 se revela uma das fontes mais formidáveis de prescrições legislativas e administrativas relativas a medidas, cautelas e métodos de combate à pandemia a que se propõe enfrentar e, como tal, merecerá mais atenção, para além do já dito até aqui. Assim, em 20 de março de 2020, nos primeiros meses de coordenação para o enfrentamento da crise, fora publicado o Decreto 10.282, regulamentando a referida lei, com o intuito de definir os serviços públicos e atividades essenciais naquele contexto. O referido Decreto apresenta um extenso rol de serviços públicos e atividades essenciais, tendo por parâmetro a indispensabilidade das necessidades inadiáveis da sociedade, os quais, na sua ausência, colocam em perigo a sobrevivência, saúde e segurança da população, conforme dispõe o art. 3º, §1º do referido ato normativo, sendo tais serviços elencados em seus incisos. Complementam os §§ 2º e 3º do referido artigo que também são essenciais as atividades acessórias, de suporte e disponibilização de insumos necessários à cadeia produtiva relativa ao exercício e funcionamento daqueles serviços elencados, vedando a restrição de circulação a trabalhadores que tenha o potencial de afetar o funcionamento dos mesmos, bem como atrapalhar a circulação de cargas, justificando a determinação na necessidade de abastecimento de gêneros necessários à população.

Como se pode notar, tais determinações são colocadas de maneira que tornam demasiadamente abrangente a definição de serviços essenciais, incluindo até mesmo salões de beleza e barbearias (art. 3º, §1º, LV), o que carece de fundamento científico, exigido pelo §1º do art. 3º da Lei 13.979/2020, conforme já exposto.

A importância enxergada pelo legislativo em relação à manutenção dos serviços essenciais e funcionamento de serviços públicos se fez presente, novamente, na redação do

art. 13 da Lei 14.020/2020, que institui o “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda”, além de dispor de medidas para o enfrentamento da pandemia. Em razão dessa disposição ficou vedada, à administração desses serviços, a redução proporcional de jornada e de salários, bem como a suspensão temporária dos contratos de trabalho, o que foi permitido para outros setores da iniciativa privada. Tal medida, portanto, constitui uma limitação às concessionárias, Agências Reguladoras e Poder Concedente quanto ao manejo administrativo de recursos humanos em tempos de crise de Covid-19.

Outras limitações, encontra o Poder Público no § 10 do art. 3º da Lei 13.979/2020, em que fica limitada a imposição de isolamento, quarentena e restrições de locomoção por rodovias, aeroportos e portos, quando impactarem o desempenho de serviços públicos e atividades essenciais, concedidas ou autorizadas, à adoção por meio de ato específico, com articulação prévia com o órgão regulador responsável ou Poder concedente ou autorizador. Igualmente, o §6º do art. 3º do Decreto 10.282, também impõe que as limitações de serviços públicos e atividades essenciais devem ser precedidas de ato específico em articulação prévia com o órgão regulador ou Poder concedente ou autorizador responsável.

Urge notar que essas “limitações” não dizem respeito a apenas atos que provocam restrições ao funcionamento dos serviços públicos, mas, detém uma interpretação mais abrangente, impõe limitação a outros tipos de atos intrusivos e necessários em momentos de crise (SCHWIND, 2020, p. 102). Aqui, portanto, há o reflexo da preocupação dos poderes públicos em limitar a ingerência das administrações, a partir da imposição de medidas de contenção, nas prestações de serviços e atividades, impondo uma necessária articulação com os órgãos e setores responsáveis para tal, assim:

a Lei 13.979 e o Decreto 10.282 são muito claros em estabelecer que as limitações aos serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas e concedidas, somente podem ser adotadas se tomadas em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente. O objetivo é justamente garantir que haja uma centralização e uma articulação na definição das medidas restritivas. Afinal, o poder concedente e a agência reguladora competente têm uma visão mais ampla do serviço e podem definir previamente se, por exemplo, a restrição colocará em risco a própria prestação da atividade..(SCHWIND, 2020, p. 101-102).

Nota-se, apesar dessa tentativa de proteção, que os concessionários de serviços públicos prestadores de atividades essenciais ficam em posição de vulnerabilidade, obrigados a continuar prestando os seus serviços, mesmo ante uma redução drástica de demanda, com a condição de que qualquer restrição aos serviços faz nascer uma responsabilidade ao Estado. Tal fato reforça a necessidade dessa articulação desenhada anteriormente.

Outrossim, como não poderia deixar de ser, para que a disposição legal limitante seja corretamente cumprida, é necessária a atuação do Poder Judiciário para que verifique se houve o atendimento às exigências legais, posto que, não se encontrando articulações entre as esferas previstas em lei, a medida de urgência imposta pelo Poder Público deve ser rejeitada até que se observe relativa determinação, tutelando a aplicação do princípio da legalidade imposto à Administração Pública e seus atos. Schwind (2020) chama atenção ao fato de que:

cabará ao Judiciário, num primeiro momento e ainda que em prazo exíguo, ouvir previamente o poder concedente e a agência reguladora do serviço sobre a medida pretendida. Do contrário, toda a articulação necessária restará frustrada. Depois dessa audiência prévia, a apreciação de mérito deverá levar em conta as ponderações apresentadas pelo poder concedente e pelo órgão regulador, com a cautela para que não seja invadido o mérito do ato administrativo que avaliou (e eventualmente recusou) a limitação questionada pelo autor da ação. (SCHWIND 2020, p. 104).

Em suma, há um dever geral de autocomposição que dita que, inicialmente, a Administração Pública apenas deve adotar medidas restritivas sobre serviços públicos e atividades essenciais quando revestidas de aprovação do dever legal e regulamentar, com a articulação entre poder concedente e órgão regulador. Não obstante, referida articulação deve respeitar a proporcionalidade e razoabilidade, bem como o contraditório, na adoção dessas medidas, tendo em vista que estas irão influir nas medidas aplicáveis ao reequilíbrio econômico-financeiro futuro, quando necessário.

Por fim, quando provocado, o judiciário deve estar atento à necessidade de fazer valer a articulação entre as partes interessadas, reprovando restrições que deixem de observar o dever legal e regulamentar de articulação prévia.

Outro ponto interessante é que a lei de concessões, já em 1995, estabeleceu, em seu art. 6º, que “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” (BRASIL, 1995), sendo que o §1º deste artigo estabelece que “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). Portanto, cabe às agências reguladoras que os serviços públicos e atividades por elas reguladas sejam prestados de forma satisfatória, posto que à elas competem disciplinar e controlar as atividades sobre as quais incide seu poder regulamentar (MELLO, 2015, p. 174). Viável, portanto, aprofundar na figura das agências reguladoras e no papel delas diante do enfrentamento à crise do coronavírus., posto que:

As agências que regulam os setores de saúde e vigilância sanitária, diretamente atingidas pela pandemia, foram instadas a oferecer soluções para a prevenção e o tratamento da doença. Agências que regulam serviços públicos como os de transporte, telecomunicações, fornecimento de energia e distribuição de gás, por exemplo, se viram demandadas a adotar medidas para garantir que tais serviços não sejam descontinuados a despeito da queda de demanda, espontânea ou provocada por decisões administrativas. Essas agências também devem atuar para evitar ou desfazer o eventual desequilíbrio das relações entre agentes econômicos regulados e usuários. A queda de demanda ou a inadimplência dos usuários compromete diretamente a liquidez das concessionárias, de modo que medidas regulatórias devem ser adotadas para garantir a continuidade dos serviços e preservar direitos e obrigações de ambas as partes. (GUERRA; SALINAS; GOMES, 2020, p. 875-876).

Define Di Pietro (2020, p. 592) que, em sentido amplo, agência reguladora seria qualquer órgão da Administração Pública com função de regulamentar que lhe é afeta por lei e guiada pelo princípio da especialidade. Essas autarquias de regime especial detêm o poder de regulamentar de cunho administrativo, voltado ao controle de determinadas atividades públicas e privadas de interesse social e, por tal motivo, devem-se adequar aos fins almejados pelo governo e às políticas econômicas e administrativas que guiaram o processo de descentralização, retratando, portanto, a presença interventiva do Estado em certos setores sensíveis das atividades econômicas e de prestação de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2020, p. 513).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 174-175) defende a separação das agências reguladoras, a nível federal, em 5 grandes grupos: as agências reguladoras de serviços públicos propriamente ditos, as agências reguladoras de atividades de fomento e fiscalização de atividade privada, agências reguladoras de atividades exercitáveis para promoção da regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria de petróleo, as agências reguladoras de atividades que o Estado também participa, mas que são facultadas aos particulares paralelamente, por fim, as agências reguladoras do uso de bens públicos.

A Lei 13.848/2019, por sua vez, veio a estabelecer as agências reguladoras federais: Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Agência Nacional de Telecomunicações, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Saúde Suplementar, Agência Nacional de Águas, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional do Cinema, Agência Nacional de Aviação Civil e Agência Nacional de Mineração. Por óbvio, o que mais importa ao presente trabalho são os atos emitidos pelas agências que regulam serviços públicos propriamente ditos e atividades em que o Estado atua em paralelo com os particulares, posto que nesse último caso encontra-se a regulamentação da Agência

Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), responsável pela frente mais ampla de enfrentamento de disseminação do Covid-19, as medidas sanitárias, um ponto transversal que, no atual cenário, tem relevância fundamental para os mais diversos setores da economia e para as demais agências reguladoras.

Importante notar que todo contrato de concessão possui um aspecto que diz respeito a seu objeto, ou seja, refere-se à execução da atividade delegada ao particular, e uma face que guarda relação com o aspecto financeiro, referindo-se aos direitos da empresa concessionária. Dessa união, como coloca Di Pietro (2020, p. 592), resulta a presença de cláusulas regulamentares que procuram garantir que o serviço prestado seja adequado à melhor forma e ao interesse público, com a participação de cláusulas contratuais que garantam o direito da concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro. É justamente na regulação do objeto dos contratos de concessão que vêm atuando as agências reguladoras, em substituição à atuação do Estado. Explica a mesma doutrinadora que:

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autoritário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização. Isto significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para colocá-las nas mãos da agência. (DI PIETRO, 2020, p. 599).

Anteriormente ao período pandêmico iniciado em 2020, as agências reguladoras enfrentavam um contexto de ajustamento a novos comandos impostos pelo Legislativo e Executivo para orientar processos decisórios, a exemplo da exigência para a realização de consultas públicas e análise de impacto regulatório em seus processos normativos exigidos pela Lei 13.848/2019, os prazos e procedimentos para conceder e rever atos de liberação econômicas estabelecidos pela Lei 13.874/2019 e, principalmente, as medidas impostas pelo Decreto 10.139/2019, que determinava que as agências reguladoras revissem todo o estoque regulatório e revogaram normas obsoletas ou excessivamente custosas aos agentes regulados.

Após o Decreto Legislativo nº 6 de 2020, que reconheceu o estado de calamidade pública, além de atender tais pautas a elas impostas, tiveram, as agências reguladoras, que suspender parte de suas funções regulatórias típicas como editar normas, fiscalizar ações dos

regulados, impor sanções e resolver conflitos, para que assim pudessem exercer atividades impostas pelo novo cenário de crise, riscos e incertezas. Isso ocorre pois por diversas ocasiões o estado de calamidade pública gerado pela pandemia de Covid-19 é apresentado como razão para o emprego de medidas que atacam os efeitos mediatos da crise, quais sejam, as restrições geradas para o exercício das atividades regulatórias das próprias agências, o que ocasiona suspensões de prazos processuais, bem como relaxamento de obrigações para os regulados e suspensão de vistorias e fiscalizações, por exemplo. Por essa razão, as agências têm dado prioridade à gestão das repercussões da pandemia em detrimento de suas funções regulatórias.

Já nos quatro primeiros meses de enfrentamento à pandemia, mais notadamente a partir de 16 de março de 2020, o estudo elaborado por Guerra, Salinas e Gomes (2020) demonstrou que foram tomadas 307 medidas pelas agências reguladoras em razão do estado de calamidade pública, tendo atingido seu pico em abril, sendo a ANVISA a agência mais ativa nessa matéria, com 130 medidas publicadas, seguida pela Agência Nacional de Aviação Civil, com 37 medidas publicadas, Agência Nacional de Saúde, com 26 medidas, e Agência Nacional de Energia Elétrica, com 25 medidas. As agências que regulam os serviços propriamente ditos ocuparam, junto à ANVISA (responsável por 42% dessas medidas) uma agência que regula serviços prestados pelo estado concorrentemente à iniciativa privada, posição de protagonismo, uma vez que foram as responsáveis pela publicação de 97 das 307 medidas, o que perfaz o montante de aproximadamente 31,59% do total de medidas. Esses dados são de inestimável importância para demonstrar como a execução dos serviços públicos foram afetados pela pandemia em comento.

As medidas adotadas em resposta à COVID-19 suscitam dificuldades operacionais singulares, que impõem às agências reguladoras respostas coordenadas, tempestivas e eficazes. Assim, a necessidade de atenção à regulação em decorrência da pandemia de Covid-19 também é demonstrada pela necessidade de flexibilização operacional das agências reguladoras, com a suspensão, por vezes, de suas atribuições, com a finalidade de atender recomendações ou determinações de isolamento social, ou mesmo concentrar seus esforços na minimização do impacto da pandemia sobre os serviços regulados.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por exemplo, prorrogou fiscalizações, flexibilizou prazos contratuais, suspendeu processos administrativos e substituiu reuniões e audiências públicas presenciais por virtuais, por meio das portarias nº 102, 117, 5.979, 5.878 e 5.891, respectivamente. De maneira similar, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) emitiu a Resolução nº 587 de 2020, prorrogando a vigência de habilitações, certificados, autorizações, averbações, credenciamentos, treinamentos e exames, bem como a

Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) prorrogou prazos processuais, por meio da Resolução nº 7.784 de 2020.

Não se pode esquecer que, muito embora a ANVISA não regule diretamente os serviços públicos prestados por meio de concessão, sua atuação influi diretamente nestes, uma vez que é a responsável por atos que dizem respeito à disponibilização e uso de produtos saneantes, como o álcool em gel (como o caso da nota técnica nº 26/2020), a título de exemplo. A agência foi a responsável pela criação, já em janeiro de 2020, de um grupo de emergência em saúde pública para promover e monitorar ações referentes ao enfrentamento à Covid-19, através da Portaria nº 74 de 2020.

No quadro de confronto direto à pandemia, a ANAC e a ANTT tiveram importante papel na redução de custos para a disponibilização de insumos, materiais, remédios e equipamentos de saúde. Aquela agência cuidou de flexibilizar as regras de autorização de operação de táxis aéreos, através da Portaria nº 880/2020, além de disponibilizar aeronaves equipadas com dispositivos de isolamento de pacientes, conforme a Decisão nº 83/2020. De maneira síncrona, a ANTT cuidou de flexibilizar as exigências para o transporte fracionado de etanol por meio da Resolução nº 5.875/2020, a qual também foi responsável por prescrever a necessidade de sanitizar as frotas de veículos e suspender a prestação de serviços de transporte rodoviário internacional de passageiros sob o regime de fretamento, bem como o semiurbano nas regiões de fronteira.

Do teor dos atos praticados pelas agências reguladoras, fica cristalino que foi necessário flexibilizar as condições de prestação dos serviços para evitar a sua interrupção, isto é, preferível foi a continuidade da prestação dos serviços à qualidade e normalidade exigidas em tempos de homeostase social. Em suma:

Para garantir a continuidade dos serviços públicos, as agências foram forçadas, primeiramente, a flexibilizar as regras de prestação exigidas dos regulados. Quase todas as agências reguladoras de serviços públicos e atividades econômicas, cada qual a seu modo, flexibilizaram as condições de prestação visando preservar sua continuidade. Observam-se, além disso, dois outros tipos de ações adotadas pelas agências para garantir a continuidade dos serviços regulados. Para aqueles em que houve abrupta queda de demanda, algumas agências adotaram medidas paliativas para mitigar os efeitos econômicos da pandemia sobre as empresas prestadoras. Além disso, ainda que de forma menos recorrente, observamos também medidas adotadas para garantir a continuidade da prestação de serviços públicos aos usuários mais afetados economicamente pela pandemia. (GUERRA, SALINAS E GOMES, 2020, p. 885)

Não obstante, algumas agências reguladoras cuidaram de garantir algum nível de suporte aos agentes regulados para que pudessem continuar operando, mesmo frente às

incertezas e dificuldades geradas pela crise enfrentada. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que merece destaque nesse quesito, autorizou o repasse de recursos financeiros disponíveis no fundo de reserva às distribuidoras do Sistema Interligado Nacional e aos agentes do mercado livre, por meio do Despacho nº 986/2020. A mesma agência também emitiu a Resolução nº 878 de 2020, vedou a suspensão do fornecimento de energia em razão da falta de pagamento às unidades consumidoras relacionadas ao fornecimento de energia aos serviços e atividades essenciais, conforme o Decreto nº 10.282, de 2020, o Decreto nº 10.288, de 2020 no período de enfrentamento à pandemia de Covid-19.

Concomitantemente, a ANAC, em atendimento à Medida Provisória nº 925/2020, postergou o recolhimento de outorgas das concessionárias administradoras de aeroportos para o mês de dezembro. A mesma medida provisória, posteriormente convertida na Lei 14.034/2020, também cuidou de estabelecer, em seu art. 3º, procedimentos para o reembolso de passagens aéreas que tiverem seu respectivo voo cancelado, entre o período de 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020. A agência divulgou, também, em 16 de novembro de 2020, a aprovação do reequilíbrio econômico-financeiro para quatro aeroportos, em razão da Covid-19. Foi reconhecida a necessidade de revisões extraordinárias nos contratos de concessão relativos ao Aeroporto Internacional de Florianópolis, ao Aeroporto Internacional de Porto Alegre, ao Aeroporto Internacional do Galeão - Rio de Janeiro, e ao Aeroporto Internacional de Fortaleza, com o intuito de suavizar o fluxo de caixa das concessionárias de aeroportos, em razão da forte retração do transporte aéreo nacional e internacional, quando tomado por base as projeções para um cenário sem crise e o que realmente se observou (ANAC, 2020).

Analogamente, a ANTT adiou a cobrança de verbas de fiscalização das concessionárias federais de infraestrutura rodoviária, conforme Resolução nº 5.892/2020. Tendo redefinido os parâmetros para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro em 2019, por meio da Resolução 5.850/2019, a agência responsável por regular o transporte terrestre abriu a Audiência Pública nº 3/2021, para o dia 21/05/2021, objetivando publicizar e colher sugestões e contribuições ao processo de estruturação do cálculo dos impactos causados pela pandemia de Covid-19 no que diz respeito aos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária sob gestão da agência e disciplinar o respectivo reequilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, após essa breve explanação acerca de algumas das medidas tomadas pelas agências reguladoras para conter os quadros do surto de Covid-19 no Brasil, ficou claro que

existe a necessidade de respostas rápidas e eficazes para que se atinja esse objetivo, conforme dito inicialmente. Não obstante, argumenta Guerra, Salinas e Gomes (2020,) que:

Instrumentos de coordenação regulatória são necessários para resolver problemas de assimetria nas respostas oferecidas pelas agências a fim de garantir a continuidade dos serviços, a proteção dos usuários e a preservação dos direitos econômico-financeiros dos regulados. Por exemplo, as agências têm adotado providências para garantir que serviços públicos e atividades econômicas essenciais não sejam interrompidos enquanto perdurar a crise. Têm-se revelado comuns medidas para garantir a liquidez das concessionárias diante da queda de demanda, bem como ações para proteger os usuários impactados economicamente pela crise. (GUERRA; SALINAS; GOMES, 2020, p. 891)

Para tanto, a Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), em seu art. 30, prevê a possibilidade de as agências se articularem por meio de um comitê para promover a troca de experiências e informações entre si, com o objetivo de construir orientações e procedimentos comuns para a regulação das respectivas áreas e setores, permitido a consulta mútua para a edição de normas que provoquem mudanças nas condições dos setores regulados. Tal possibilidade vem muito a calhar na crise em comento, um exemplo disso é a benesse trazida pela aceitação das medidas elaboradas pela ANVISA, por parte das demais agências, bem como, da flexibilização de regras editadas pela ANTT e ANAC para o transporte de materiais necessários ao enfrentamento da doença, que agiliza os processos regulados pela ANVISA e destrava boa parte dos demais setores regulados. Assim, o fortalecimento dessas articulações entre as agências reguladoras é benéfica ao ponto em que oportuniza a institucionalização dos mecanismos essenciais de coordenação regulatória, seja por vias legais, seja por vias administrativas (GUERRA, SALINAS E GOMES, 2020, p. 892).

2.2 OS PRESTADORES DE SERVIÇOS E PARCEIROS PRIVADOS FRENTE À PANDEMIA

Não obstante, a análise e explanação acerca das medidas tomadas pelo poder público para o enfrentamento da crise do novo coronavírus, também se faz urgente o conhecimento sobre a situação das prestadoras de serviços públicos cocontratantes dos contratos de concessão, bem como as medidas que têm tomado para diminuir as perdas e fazer frente ao novo contexto social que se estende desde o início de 2020 e não tem expectativa para acabar. Como já posto e sob o perigo de se tornar repetitivo, as medidas que limitam a circulação da população e preveem protocolos de sanitização de ambientes não podem ser confundidas com a paralisação total da prestação dos serviços públicos. Assim, as prestadoras dos serviços

contratadas sob o regime de concessão têm de procurar um equilíbrio dentro da sua zona de discricionariedade, por assim dizer. Ocorre que, os impactos sobre as concessões podem resultar de condutas baseadas em uma percepção social de insegurança, ou frente a medidas preventivas que as concessionárias se viram obrigadas a adotar, para além de atos estatais (PEREIRA, 2020, p. 60).

Dois casos que se mostraram bastante relevantes, em razão de seu caráter de serviço básico, bem como, pelo volume de produção acerca do tema, se referem às concessões de transporte público urbano e de serviços de atendimento e abastecimento de água e esgoto. Ambos os casos merecem uma atenção diferenciada uma vez que as companhias responsáveis pela prestação dos serviços tiveram de mudar drasticamente seus orçamentos e planos para o ano de 2020 em razão das modificações enfrentadas em decorrência das NPI's de enfrentamento à Covid-19.

No primeiro caso, dos contratos de transporte público urbano, as concessionárias viram o número de usuários cair drasticamente em um curto período de tempo e permanecendo com volume reduzido de demanda, concomitantemente à necessidade de adotar medidas de prevenção que encarecem seus custos operacionais, já no segundo caso, das companhias de saneamento básico, foi necessário atender à uma série de determinações do Poder Público para que as populações (aqui no plural, uma vez que tais medidas diferiram, de maneira acentuada, de Estado para Estado e de município para Município) pudessem contar com o atendimento de suas necessidades mais básicas para que pudessem ficar em casa, isoladas, e cumprir com as medidas de higiene recomendadas pela Organização Mundial da Saúde. Portanto, esses dois casos serão objetos de análise no presente subtópico.

Em cartilha veiculada pelo Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas direcionada aos operadores do sistema de transporte público brasileiro, são elencadas uma série de medidas para a manutenção dos serviços e que dizem respeito à administração dessas atividades, dentre as quais se destaca a definição das funções essenciais e estratégicas da prestadora de serviços, o que tem por escopo realocar recursos e manter a operação adequada dos serviços, com o adiamento de funções não essenciais como reação à escassez de receitas no longo prazo (LIMA; SCHECHTMAN; FIGUEIREDO, 2020, p. 10). Igualmente, recomenda-se, no mesmo documento, a adoção de quadro de horários para finais de semana quando da ocorrência de restrição dos serviços em razão do fechamento de escolas e comércio como forma de adequação dos serviços às demandas da municipalidade.

Ocorre que a realidade brasileira é peculiar, e a crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19 veio a contribuir com uma crise já existente no setor de transporte

público, esta que se alastrava por todo o país já no começo do ano de 2020 em razão do aumento do desemprego e da informalidade, que subtrai dos caixas das concessionárias de transporte público o valor gasto com o deslocamento pendular dos trabalhadores (este compreendido como o trajeto feito entre casa e trabalho), bem como em razão da insegurança de ambientes fechados e compartilhados por várias pessoas, o que cria uma elevação na demanda pelos meios de transporte individualizados (XAVIES; KNEIB, 2020, p. 289-290). Isso quer dizer que as concessionárias já não vinham atuando com folga em seus orçamentos e custos operacionais que permitem a adoção imediata de medidas que guarneçam seus cofres e, ao mesmo tempo, cumpram com a finalidade do contrato de concessão relacionada ao interesse público.

Por tal motivo, vários foram os casos de empresas que, de imediato, buscaram a salvaguarda do parceiro público com fundamento no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, como se tem mostrado, por meio dos mais diversos mecanismos, seja com adiantamento de contraprestações ou redução das frotas acompanhando a diminuição da demanda pelos serviços. Ocorre que tais medidas provocam discussões acerca do equilíbrio contratual em face ao interesse público, essencialidade do serviço prestado e continuidade da prestação deste.

A questão foi levada ao apreço dos tribunais estaduais, que têm adotado o entendimento de supremacia do interesse público e adequação às medidas administrativas correlatas, senão veja-se exemplo de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO. Ação civil pública – Redução no fornecimento de transporte público desde a decretação da pandemia de COVID-19 – Pleito de restabelecimento de linhas e adequação às normas sanitárias – Sentença de procedência – Recurso da empresa ré. PRELIMINARES – Litispendência não caracterizada entre a presente demanda e outra anterior contra a ré – Diversidade de pedidos e de causas de pedir – Interesse processual verificado – Violação de direito adequadamente delimitada na inicial, cuja análise segue o mérito. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS – Redução na quantidade de linhas e horários prestados pela ré – Redução limitada a um terço dos horários de operação habitual, segundo Comunicado Externo DPL nº 03/2020 da ARTESP, e seguintes – Acervo fático-probatório dos autos não aponta descumprimento pela ré – Veículos que operam com ocupação adequada ao parâmetro regulatório, segundo constatação por oficial de justiça, e fotografias registradas por ambas as partes – Incumbência do Poder Executivo regulamentar a melhor forma de prestação do serviço, especialmente em período crítico, segundo crivo da conveniência e da oportunidade – Ação improcedente. Recurso provido. (TJ-SP-AC: 10004046120208260607 SP 100040461.2020.8.26.0607, Relator: Helio Faria, Data de Julgamento: 07/06/2021, 18ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/06/2021).

Não obstante, a Associação Nacional de Empresas de Transporte Urbano (NTU), em conjunto com o Fórum Nacional de Secretários e Dirigentes Públicos de Mobilidade Urbana e a Associação Nacional de Transporte Público, com apoio da Frente Nacional de Prefeitos, apresentou ao Ministério da Economia a proposta de criação do Programa Transporte Social, o qual destinaria dois milhões e meio de reais mensais, por parte do governo, para a compra de créditos eletrônicos de passagem enquanto persistisse a crise decorrente da pandemia de Covid-19 (LIMA; CARVALHO; FIGUEIREDO, 2020, p. 999). Tal medida tem por objetivo o ajustamento de um nível mínimo de serviço a ser prestado pelas três esferas governamentais durante o período pandêmico, assim, os créditos eletrônicos seriam utilizados nos programas de assistência social mantidos pelo Governo Federal. Essa proposta apresenta uma saída que supre as necessidades do prestador de serviços de transporte público, no entanto, necessária a realização de estudos para afirmar o impacto positivo da adoção destas medidas para o Poder Público e usuários do serviço, posto que não é aconselhável o repasse imediato de recursos públicos para o reequilíbrio dos contratos sem o prévio estudo da viabilidade e da existência de outros meios hábeis para tal.

Quanto a situação das companhias que prestam serviços de saneamento básico sob o regime de contrato de concessão, a situação não é muito diferente. De início, cumpre esclarecer que 71% da população usufrui de serviços de saneamento básico prestados por companhias estaduais de saneamento básico, 7% por prestadores privados e 22% por prestação direta do Poder Público (MINISTÉRIOS DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL, 2018, *apud* CAPODEFERRO e SMIDERLE, 2020, p. 1024). Esse dado demonstra que aproximadamente 78% da população brasileira têm suas necessidades relativas ao saneamento básico atendidas por uma companhia delegada, seja ela constituída sob o regime privado ou público.

Com o intuito de proteger os usuários desses serviços, foram implementadas medidas como o adiamento da aplicação dos reajustes tarifários de maneira a não sobre onerar as tarifas em meio a um cenário de retração econômica, a dilação de prazos para o pagamento de faturas de água e esgoto, parcelamento de valores, isenções tarifárias à categoria residencial social e determinação da suspensão do corte do fornecimento de água por inadimplência (CAPODEFERRO e SMIDERLE, 2020, p. 1025-1026). Por outro lado, a desaceleração da economia e a conseqüente elevação do nível de desemprego impactam diretamente as prestadoras de serviços de saneamento, bem como, a suspensão do corte do fornecimento de água em razão de inadimplência desincentiva o pagamento de contas pelos usuários no curto prazo. Vale lembrar que:

as economias não residenciais da Sabesp, maior empresa de saneamento do Brasil, representam apenas 8% do total; já em termos de volume medido, essa representatividade aumenta para cerca de 15%; e em relação à participação no faturamento, sobe para 28%, o que comprova a relevância dessa categoria no faturamento das prestadoras. Até o momento não estão disponíveis informações oficiais quanto ao aumento ou redução da demanda de cada categoria de usuário; desse modo, não é possível, ainda, estimar o impacto na receita da companhia decorrente da alteração no padrão de consumo de água. Somam-se ao aumento da inadimplência e às alterações nos padrões de consumo as medidas adotadas para garantir a manutenção do serviço: adiamento do reajuste tarifário, isenção tarifária, suspensão da cobrança de multas, dilatação do prazo para o pagamento das faturas, etc. Todas elas implicam redução das entradas no fluxo de caixa das prestadoras. Cabe um olhar mais atento à isenção da tarifa social, medida altamente adotada pelas CESBs (62%). A tarifa social constitui um arranjo em que o usuário enquadrado na categoria social é subsidiado e, portanto, arca com um custo menor do que ele representa à prestadora. A tarifa social é um benefício concedido à população de baixa renda (categoria social), o que, do ponto de vista econômico-financeiro, representa menor impacto sobre as demais categorias de usuários do que isentá-la do pagamento de qualquer tarifa. Neste último caso, significa que os demais usuários irão dividir entre si os custos totais dos usuários isentos, e não apenas os subsidiarão. (CAPODEFERRO; SMIDERLE, 2020, p. 1029).

Outrossim, entre as medidas adotadas pelas prestadoras de serviços de saneamento em enfrentamento à crise atual, a readequação das formas de atendimento ao público é a que se mostra com grandes possibilidades de reduzir os custos operacionais. Defende-se esse ponto pois, com a disponibilização de canais virtuais para proceder com o atendimento aos usuários, em substituição a pelo menos parte do atendimento pessoal, são reduzidos gastos com aluguel, manutenção das instalações físicas e pessoal.

Vale ressaltar que os cenários enfrentados no setor de transporte público e no de saneamento básico é análogo a muitos outros setores que trabalham sob o regime de concessão, como é o caso do fornecimento de energia elétrica, que muito se assemelha ao fornecimento de saneamento básico, e o serviço de manutenção de autovias, que apresenta sintomas semelhantes ao que enfrenta o setor de transporte público. Assim, o presente capítulo se presta a uma breve explanação das reações dos prestadores de serviços públicos, entre outros objetivos anteriormente citados.

Nessa breve explanação de reações dos parceiros privados frente à pandemia de Covid-19 é possível afirmar que os prestadores desses serviços se viram diante da missão de garantir a manutenção dos seus serviços para a população a que se destina e que, no momento, sofre das mazelas econômicas, sanitárias e sociais advindas com o período histórico em que se vive. Tal fato deixa nítido que os atores dessa equação, tanto o Poder Público, quanto os prestadores e reguladores, devem endereçar ações encadeadas voltadas à proteção de seus usuários e da rede de fornecimento dos serviços. Igualmente, ficou claro que quaisquer que

sejam as medidas tomadas pelos prestadores de serviços, demandam um profundo estudo acerca de seus impactos e desdobramentos no longo prazo, uma vez que não deve onerar ainda mais o usuário e busca-se minorar os desequilíbrios da equação econômico-financeira dos contratos de concessão que regula a relação entre os prestadores e a administração pública.

2.3 ESTUDO DAS SEQUELAS ESPERADAS

Restou claro, pela exposição feita até aqui, que os contratos de concessão de serviços públicos sofreram e ainda sofrerão, enquanto durar a pandemia de Covid-19 e seus efeitos sob o mundo, severos desequilíbrios em relação ao que fora primordialmente ajustado entre os prestadores de serviços e o poder público.

Igualmente, procurou-se demonstrar alguns dos efeitos que as modificações operacionais tiveram sobre a prestação dos serviços e a regulação destes para que, desta maneira, possa-se esboçar de alguma forma o que se espera para os próximos anos no tocante aos contratos de concessão dessa modalidade. Junto a isso, tem-se todo um arcabouço teórico pré-existente, capaz de socorrer os juristas, o Poder Público e os prestadores de serviços que se debruçam sobre a problemática aqui tratada.

Resta, portanto, a necessidade de se analisar o que se pode esperar para os próximos anos, de maneira a antever as necessidades dos atores que fazem parte deste tipo contratual, ainda que de maneira genérica. Assim, precioso é buscar um panorama que busque antecipar, para fins de estudos, os desafios a ser enfrentados pela Administração Pública e seus contratantes no pós pandemia, que no Brasil tem se dado de maneira peculiar, podendo-se dizer que:

A pandemia internacional da Covid-19 traz um efeito devastador para a economia brasileira, talvez ainda mais do que no resto do mundo. A trajetória da economia cada vez mais se parece com a da saúde pública, em que o País lamentavelmente caminhou (até por opção própria) para se tornar epicentro mundial da doença. O coronavírus encontrou no Brasil uma economia que já sofria de baixo crescimento, que não conseguia recuperar as perdas com a recessão de 2014, e que não conseguia equacionar e sequer enfrentar ordenamento seus históricos problemas estruturais. Paradoxalmente, a política econômica fora negligenciada em troca de concentrar esforços em reformas cujas propostas miravam formas ultrapassadas. (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 616).

A atual crise sanitária e econômica levou o país a uma batalha necessária com vários de seus inimigos internos. Isto é, a dinâmica industrial, já fragilizada, tem de lidar com um mercado consumidor em depressão, e o mercado de trabalho, que vinha tendo suas perdas

mascaradas com o trabalho informal, viu, na pandemia, a geradora de uma grande queda do nível de empregabilidade (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 261).

Pode-se dizer que o padrão de consumo do mercado brasileiro está intimamente ligado ao nível de desemprego que o país enfrenta, uma vez que o consumo somente existe quando há dinheiro para sustentá-lo, o que, no caso da classe trabalhadora, só existe quando há postos de empregos a serem ocupados. A análise deste, por sua vez, se faz necessária ao ponto que boa parte das receitas dos prestadores de serviços, na maior parte dos casos, vem diretamente do pagamento de tarifas por parte dos usuários, o que tem grande peso ao se proceder à concretização do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão de serviços públicos.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) alerta que o impacto nas atividades geradoras de renda é especialmente rigoroso para os trabalhadores desprotegidos e vulneráveis que estão na economia informal e, no Brasil, o combate à essa problemática tem sido diminuta, o que resultou em demissão em massa em vários setores (COSTA, 2020, p. 972). No mesmo sentido, uma das consequências da crise desencadeada pela pandemia aqui tratada, é a elevação do desemprego e, conseqüentemente, do aumento da informalidade do trabalho, sobre o que Costa (2020) argumenta que:

Em plena era da informatização do trabalho, do mundo maquinal e digital, estamos conhecendo a informalização do trabalho, dos terceirizados, dos precarizados, dos subcontratados, dos flexibilizados, dos trabalhadores em tempo parcial e do subproletariado. Se no passado recente a classe trabalhadora apresentava níveis de informalidade apenas marginalmente, hoje mais de 50% dela se encontra nessa condição – aqui, a informalidade é concebida em sentido amplo –, desprovida de direitos, fora da rede de proteção social e sem carteira de trabalho. Desemprego ampliado, precarização exacerbada, rebaixamento salarial acentuado, perda crescente de direitos – esse é o desenho mais frequente da classe trabalhadora. (COSTA, 2020, p. 972).

A respeito do tema, em relatório emitido pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), foi constatado que:

O já combalido mercado de trabalho ficou pior com a pandemia. Segundo a Pnad Covid-19, divulgada pelo IBGE, em maio, 26,3 milhões de brasileiros declararam não ter trabalhado nem procurado trabalho, mas que gostariam de estar trabalhando. Entre eles, 18,5 milhões afirmaram estar nessa situação por causa da pandemia. Do total de ocupados, 19,0 milhões estavam afastados do trabalho. Desses, 15,7 milhões disseram que o motivo do afastamento era a pandemia e 9,7 milhões relataram ter deixado de receber remuneração. (...) A piora da renda e do emprego é um fenômeno diretamente relacionado à estagnação econômica que o Brasil atravessa. Não há registro anterior, nas contas nacionais, de seis anos de recessão e/ou estagnação, como o verificado de 2015 até agora. A pandemia teve início em um contexto em que a pobreza e a desigualdade social tinham explodido, como mostram todos os indicadores de distribuição de renda. (DIEESE, 2020a, p. 2-3).

No mesmo relatório o Departamento também analisou a questão do impacto sofrido pela indústria brasileira, sobre o que relata:

O impacto da pandemia no setor industrial pode ser também observado na comparação com maio de 2019: a taxa nacional caiu -21,9 em maio de 2020, com resultados negativos em 14 dos 15 locais pesquisados. (...) nenhuma empresa quer investir neste quadro de crise e incertezas. Talvez entre algum recurso externo para aquisição de estatais, as quais o governo pretende colocar à venda em prazo curto. Mesmo assim, não há garantias, pois existe grande resistência na sociedade em geral e no Congresso Nacional em relação às privatizações. É importante considerar que crescimento econômico não é agenda consensual ou mesmo central entre as empresas. A retirada de direitos após 2016, as privatizações e as desonerações vêm garantindo o retorno sobre o capital investido para boa parte das empresas, especialmente as grandes. Ademais, cabe considerar que boa parte da lucratividade das empresas é originária de investimentos financeiros. (DIEESE, 2020a, p. 5-6).

Nessa toada, não é difícil perceber um cenário de desaceleração da economia brasileira, o que transforme totalmente os parâmetros que balizam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos aqui estudados.

Como colocado, a previsão de investimento de capital privado no país não é positiva, o que sinaliza para uma disponibilidade maior do Poder Público no processo de pontuação dos contratos de concessão de serviços públicos, com alocação de riscos diferenciada, prazos mais extensos, entre outras questões que possam atrair melhor o capital do investidor privado.

Outro ponto que corrobora com essa visão é o fato de que a inflação tem assumido um comportamento indesejável, a exemplo do que aconteceu em outubro de 2020, em que o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo ficou vinte e dois décimos acima do percentual do mês anterior, que já fora de 64%, igualmente, o Índice de Preços ao Produtor acumulou, no ano de 2020, uma alta de 13,77% (DIEESE, 2020b, p. 3). Cumulado a isso, a indústria interna vem obtendo dificuldades de adquirir insumos e matérias-primas, o que tem se dado em razão do descompasso entre a relação “oferta e demanda”, posto que as atividades

vêm sendo retomadas de maneira inesperada, assim que a crise sanitária parece oferecer um alívio às medidas restritivas (DIEESE, 2020b, p.4).

Por fim, o PIB teve a menor taxa da série histórica em 2020, caindo 4,1% em relação em 2019, sendo que as atividades ligadas ao fornecimento de energia elétrica, água, gás e esgoto tiveram uma variação negativa de quatro pontos percentuais em relação ao ano anterior (DIEESE, 2021, p. 2). Não obstante:

As previsões para o PIB, em 2021, estão em torno dos 3%, o que é insuficiente para compensar a queda de -4,1% em 2020, ano em que a economia afundou. (...) Para completar o quadro sombrio, a inflação bateu recordes em fevereiro. O Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC-IBGE) chegou a 0,82% e o Índice de Preços ao Consumidor Ampliado (IPCA-IBGE) atingiu 0,86%, a maior variação para fevereiro desde 2016. Uma das principais causas para a alta são os preços dos combustíveis. A gasolina e o diesel foram reajustados três vezes na primeira quinzena de março. O INPC, referência para as negociações coletivas, acumula 6,22% nos 12 meses terminados em fevereiro. Essa taxa, somada aos efeitos da pandemia e do processo de empobrecimento da população, compõe um cenário extremamente preocupante. (DIEESE, 2021, p. 4-5).

Portanto, em que pese já existir uma crise em curso no país antes mesmo da chegada do Sars-Cov-2 no Brasil, a pandemia traz novas proporções que devem ser levadas em conta nas próximas contratações da Administração Pública, bem como, quando da possível revisão dos contratos já existentes, posto que tais mudanças influenciam diretamente na Taxa Interna de Retorno dos projetos contratados entre as partes.

3 ALTERNATIVAS LEGAIS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Feito o panorama da figura jurídica das concessões de serviços públicos e do atual cenário corrente no país, surge a indagação de quais as medidas podem ser levadas a cabo para mitigar as perdas e restabelecer o equilíbrio dos contratos de concessão de serviços públicos, cujo enorme desarranjo em razão da pandemia de Covid-19 restou demonstrado. Assim, em um primeiro momento pode parecer haver uma lacuna de opções para tal, restando às partes apenas recorrer aos métodos tradicionais de reequilíbrio contratual, tal como a revisão do contrato e o reajuste de tarifas, quando não, o tão temido pelos cofres públicos, aporte de valores provenientes de fundos públicos. O que deve ser demonstrado é que os contratos de concessão de serviços públicos podem receber uma sobrevida proveniente de outras medidas que garantem a saúde e equilíbrio destes, sem, necessariamente, promover grandes desgastes econômicos ou operacionais a qualquer das partes.

Não obstante, entende-se que se deve afastar a concepção de que o Poder Público, sob hipótese alguma, deve ser ativo nesse processo. Importante ter-se em mente que o Estado deve agir com certo poder de mobilização de poupanças, capacidade negocial e estratégias que visem o desenvolvimento. Isto é, necessário compreender que:

Todo processo expansivo carrega elementos de desequilíbrio nos campos real, financeiro e cambial. O próprio amadurecimento das estruturas econômicas e institucionais coloca limites ao movimento do Estado que não existiam quando o quadro nacional era do estilo green field. Mas isso não pode ser confundido com necessidade de ausência do Estado, mas deve ser entendido como demanda por uma nova forma de ação, agora mais centrada na gestão dos conflitos do que na intervenção direta. Os limites à capacidade de ação do Estado, como agente articulador do processo de desenvolvimento, são crescentes à medida que a organização econômica ganha em complexidade e os canais financeiros ampliam sua profundidade e comunicação com as finanças globais, tanto no que toca ao sistema bancário, quanto no que tange à lógica financeira das empresas produtivas. O desafio para o Estado recuperar protagonismo é muito maior neste contexto. Isto envolve instrumentos e instituições muito mais sofisticadas do que as utilizadas no passado. Isto significa mais do que ter poder de fogo para controlar o jogo especulativo: implica coordenar os interesses e agrupar um conjunto expressivo de atores econômicos, políticos e sociais em torno de conjunto de projetos específicos que tenha coerência e sustentabilidade macroeconômica. Em certo sentido, envolve expandir fronteiras do mercado conhecido. (...) O Estado sempre será elemento decisivo das decisões de investimento na economia brasileira: seja por sua capacidade de mobilização de recursos, seja por seu papel determinante na organização dos mercados e nas questões regulatórias, a presença estatal organiza o campo das decisões privadas. Mas esta constatação não implica que o país esteja condenado a investimentos ineficientes ou à prevalência do superávit primário contra a alocação de recursos para os investimentos públicos. (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 635-336).

Isso quer dizer que, embora a forma do Estado brasileiro atuar diante da economia esteja sofrendo modificações, não quer dizer que ela deva ser inexistente ou abominada, mas sim, que deve ser feita de maneira racional e cuidadosa, centrada na gestão de conflitos, mas sempre sendo um elemento preponderante na economia brasileira. Assim, a questão da racionalidade da Administração Pública é fundamental para análise da questão aqui posta, pois sem uma gestão pública racional e adequada, não há que se falar em continuidade saudável dos contratos de concessão, seja sob o regime de concessões comuns, seja sob o regime de concessão especial.

Em se falando de racionalidade, portanto, urge o conhecimento de opções inovadoras ao Estado que, como posto, reduza os danos para ambas as partes e respeite o princípio da supremacia do interesse público, bem como o princípio da continuidade do serviço público. Por conseguinte, é a isso que o presente capítulo se propõe.

3.1 A EFICIÊNCIA E RACIONALIDADE NECESSÁRIA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Em meio à crise sanitária, o que se tem notado é a intensificação da crise econômica, conforme restou exposto. De tal maneira, a crise não só atinge os cofres dos parceiros privados, mas também os cofres públicos, por vezes deficitário e mal administrado. Dessa maneira, deve-se buscar, quando necessária, a ação do Poder Público de maneira racional e eficiente para que se possa contornar os efeitos relegados pela presente crise.

A má administração aqui posta se reflete no relatório emitido pelo TCU, que buscou realizar um diagnóstico das obras paradas, ainda em 2018, constatou-se que 14 mil, das 38 mil obras levantadas pelo tribunal, encontravam-se paradas, ou seja, aproximadamente 37% das obras que deveriam estar em progresso, em todo o país, não tiveram andamento ou apresentaram níveis de execução muito baixo nos três meses anteriores a análise, sendo que, em termos de recursos gastos, ao menos R\$144 bilhões de reais, provindos de cofres públicos, foram aplicados sem que tenha surtido benefício à população (BRASIL,2018, p. 51).

Sobre a questão, Mendes, Santana e Afonso (2020, p.631) defendem que são diversos os problemas de gestão pública, entre eles a falta de integração entre as obras públicas e ao lançamento de informações carregadas de excessiva subjetividade. Tal posicionamento se reflete no fato de que, o mesmo relatório demonstrou, dessa vez somente em relação às obras paralisadas do “Programa de Aceleração do Crescimento”, 47% eram em razão de falhas

técnicas, tendo a equipe de auditoria identificado que, por vezes, decorre de problemas, equívocos ou omissões do projeto básico, ou ainda, com dificuldades no caráter executivo das obras (BRASIL, 2018, p. 20).

Não obstante, restou identificado que:

os prazos de planejamento não são adequados devido à falta de ajuste com o ciclo político-eleitoral. Isso porque o planejamento, o desenvolvimento e a avaliação de projetos de investimentos exigem um longo período de elaboração e maturação. Já do Chefe do Poder Executivo exige-se rapidez na execução de recursos e celeridade na entrega de obras, bens e serviços públicos para a população. Por fim, conclui que o efeito nocivo de se privilegiar o início da execução das obras em detrimento do planejamento é o anúncio de obras sem o devido embasamento técnico, resultando em atrasos e majoração dos custos inicialmente previstos. (BRASIL, 2018, p. 25).

Embora o relatório seja dirigido à concessão de obras públicas, pode-se dizer que o panorama que ele apresenta pode conduzir o presente estudo a uma conclusão: boa parte dos fundos públicos são desperdiçados em razão de fatores plenamente evitáveis, que demandam uma maior racionalidade e eficiência das contratações e dos gestores públicos.

Ocorre que, “a análise de viabilidade técnica, econômica e ambiental, o planejamento de longo prazo e a tomada de decisão são realizados em um ambiente de precariedade – tanto de informações, quanto de capacidade técnica” (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 632), o que acarreta um evidente comprometimento do controle, seleção, entrega e, por fim, execução dos contratos de maneira a atender ao interesse público.

Uma saída diferenciada apresentada pelo TCU para conferir maior eficiência aos contratos de concessão é a adoção de consórcios intermunicipais, que segundo Marçal Justen Filho (2003, p. 286), se perfaz em uma associação pública entre diversos entes políticos, que se constitui a partir de autorizações legislativas e se investe na titularidade de atribuições e poderes públicos para relações de cooperação federativa objetivando o desenvolvimento de atividades permanentes e contínuas de interesse comum entre os seus entes integrantes. Ainda, mais pormenorizadamente, Carvalho Filho (2020, p. 238) diz que os consórcios nada mais são que convênios firmados entre pessoas públicas ou privadas que visam ajustar direitos e obrigações com o objetivo de alcançar metas de interesse mútuo, expressando-se a vontade de cooperação recíproca e das partes pactuantes, sendo que a Lei nº 11.107/2005 veio para diferenciar os consórcios públicos, conferindo a essa figura uma nova modalidade de negócio jurídico de direito público, vez que detêm um espectro mais dilatado do que os convênios administrativos. O mesmo doutrinador também explica que:

O objeto dos consórcios públicos, como já assinalado, se concentra na realização de atividades e metas de interesse comum das pessoas federativas consorciadas (art. 1o). Cuida-se, em última instância, de profícuo instrumento do federalismo cooperativo, através do qual os entes estatais, sem embargo de não abrirem mão de sua ampla autonomia, preservada na Constituição, se associam a outras pessoas também estatais para alcançar metas que são importantes para todos, sempre observados os parâmetros constitucionais. De fato, há determinados serviços públicos que, por sua natureza ou extensão territorial, demandam a presença de mais de uma pessoa pública para que sejam efetivamente executados. É para tal situação que servem os consórcios públicos. A ideia, sem dúvida, é digna de aplausos; caberá, porém, aos participantes do negócio implementá-lo à luz do efetivo interesse público, relegando a segundo plano interesses menores. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 23).

Portanto, com a figura de um consórcio público atuante, é possível o aumento da qualidade técnica dos projetos e a existência de ofertas mais atrativas, com melhores condições, aos estados e municípios com menores orçamentos ou menos desenvolvidos, podendo estes apresentar seus projetos de forma mais estratégica e competitiva, facilitando a destinação de recursos da União.

No caso, isso acontece pois com a atuação desses consórcios espera-se ocorrer um aumento considerável na capacidade técnica do Poder Público para licitar e atender aos mais diversos critérios da seleção de projetos para investimento público, destoando do que vem ocorrendo nos últimos anos, conforme apresentado pelo TCU, em que os entes federados mais ricos são aqueles que possuem maior facilidade de acesso aos recursos provenientes da União em razão de seus projetos conterem um caráter mais executável quando se fala em atender com maior facilidade as exigências requeridas (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 633).

No mesmo estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União aqui em apreço, é dado que 48% dos recursos são subutilizados em razão da paralização de obras do PAC em decorrência de falhas no planejamento orçamentário-financeiro, o que, na época, já perfazia o montante de quase sessenta e três milhões de reais (BRASIL, 2018, p. 20), sendo que o inadimplemento com os recursos do tomador é tratado como fato gerador representativo das rescisões contratuais nesse setor. Sobre isso:

Um dos motivos apontados é a dificuldade que os entes apresentam, especialmente os subnacionais, de fazerem planejamento orçamentário-financeiro para um horizonte mais longo, necessidade típica de investimentos públicos. É fato que graves problemas técnicos, na produção dos projetos dificulta ou mesmo inviabiliza qualquer projeção razoável de custo real da obra. Por outro lado, os entes subnacionais possuem menor grau de manobra para gerar fontes de receitas – inclusive por endividamento –, e estão mais suscetíveis a choques econômicos específicos. A queda da arrecadação corrente tende a comprometer a capacidade financeira necessária para honrar com os compromissos financeiros exigidos para a continuidade das obras. (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p. 633).

Isso se agrava ao ponto em que quando se fala em entes de menor capacidade econômica e financeira

algumas regras padronizadas do processo de alocação dos recursos de cada ente (União/Entes Subnacionais), no âmbito do instrumento de repasse, tendem a agravar o risco de que haja insuficiência de recursos de contrapartida. Uma delas é a regra que prevê que os recursos alocados pela União não sofrerão aportes adicionais, seja em virtude de aditivos contratuais ou ajustes de projeto, seja em virtude da eventual necessidade de atualização monetária dos valores previstos. Nesse caso, o risco de acréscimo de valores fica por conta dos cofres municipal ou estadual, que sabidamente possuem menor capacidade financeira, e muitas vezes não conseguem arcar com o acréscimo, o que aumenta o risco geral de insucesso do empreendimento. É importante ressaltar que, embora a regra de atribuição desse risco aos entes tomadores possa ter um papel de inibir a morosidade ou de incentivar que esses agentes atuem de forma mais célere, primando por projetos mais bem elaborados e com maior precisão das estimativas de custo, na prática, essa definição parece não estar surtindo o efeito indutor desejado, merecendo ajustes coordenados com outras ações que possam mitigar os riscos de atrasos na execução. (BRASIL, 2018, p. 30).

Essa celeuma também poderia ser, no mínimo, amenizada com a soma de forças de entes políticos para a criação de consórcios públicos, que consegue garantir aos seus signatários uma possibilidade de planejamento orçamentário por um prazo mais longo, posto que a administração dos contratos passaria a ser mais especializada e centrada, podendo contar com um poder de estratégico maior.

Mendes, Santana e Afonso (2020, p. 234) reconhecem que há um baixo grau de racionalidade e capacidade técnica e financeira nas concessões públicas, uma que em vez de os gestores públicos reduzirem o número de contratos, acabam por aumentá-los de maneira “altamente ineficiente”, de maneira que boa parte dos projetos restem mal executados e impróprios ao interesse público. O estudo conduzido pelo TCU corrobora esse posicionamento ao apontar que:

Embora se reconheça que parte do problema esteja associada à queda de arrecadação verificada nos últimos anos, notadamente a partir de 2014, há uma parcela importante relacionada à insuficiência dos atuais instrumentos de orçamentação pública para suportar iniciativas de caráter plurianual, bem como a distorções no processo orçamentário, como superestimativas não fundamentadas da previsão de receitas, subestimativas de despesas obrigatórias, falhas na sistemática de registros dos compromissos assumidos, tudo isso associado a um baixo índice de responsabilização dos gestores que violam alguns dos mecanismos previstos para o adequado controle dos gastos públicos. Todo esse contexto resulta na baixa confiabilidade das garantias fornecidas em relação à contrapartida e na evidente assunção de compromissos em montante superior à capacidade financeira do estado/município. Vale dizer que esse problema não afeta apenas os entes subnacionais mas também a União, conforme evidenciado na auditoria que avaliou controles internos do Ministério das Cidades. O tema foi tratado no achado 7: assunção de compromissos superiores à capacidade financeira e administrativa do Ministério das Cidades. (BRASIL, 2018, p.30).

Portanto, fica a lição de que a racionalidade é uma das chaves necessárias à maior efetividade dos contratos de concessão de serviços públicos. Outra chave para tal é a eficiência, que pode ser alcançada com a utilização dos consórcios públicos para facilitar a administração dos contratos e aumentar a capacidade operacional e estratégica da Administração Pública com a confluência de esforços e interesses. Assim, é possível que a Administração Pública reduza suas perdas em períodos de crise, o que acarreta também uma diminuição de perdas para o parceiro prestador do serviço, posto que terá um contrato com maior capacidade de execução, um projeto mais bem desenhado e desenvolvido, bem como, uma alocação de riscos mais bem moldada ao que o contrato se presta, tudo isso fruto de uma maior racionalidade e eficiência.

3.2 A ARBITRAGEM COMO DISPOSITIVO DE SEGURANÇA E CELERIDADE

Largamente utilizada nos contratos privados que envolvem a transação de grandes valores, a arbitragem é um “instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1074). Esse instrumento se faz digno de atenção ao ponto em que é desejável pelas partes as questões em litígio sejam dirimidas com a maior brevidade possível, bem como, dentro da legalidade que respalda a relação existente. Desde a edição da Lei de Arbitragem, a Lei 9.307/1996, ela tem de tornado um meio cobiçado de resolução de conflitos que envolvem discussões econômicas complexas (MOREIRA *et al.*, 2020, p. 76).

Na época de edição da referida lei, cingiam-se discussões acerca da possibilidade de a Administração fazer uso da arbitragem para dirimir certos conflitos de natureza patrimonial, uma vez que poderia haver conflitos entre o procedimento arbitral e os princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos. Foi com a alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015 que essa discussão foi deixada de lado, vez que se passou a admitir que a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, se utilizasse da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, os direitos passíveis de afetação ao procedimento arbitral são aqueles de aspecto predominantemente patrimonial, passíveis de disponibilização, excluindo, portanto, os direitos sociais e os metaindividuais, bem como aqueles relacionados com interesse público e alheios à questão patrimonial e bens disponíveis (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1074).

É possível notar que a Lei de Arbitragem foi um divisor de águas para o tema da resolução de conflitos, visto que até mesmo aqueles conflitos atinentes à ação do Poder

Público foram afetados pelo referido diploma. Os contratos de concessão, assim, não ficaram de fora desse efeito, sendo que por meio da Lei 11.196/2005 foi incluído o artigo 23-A na Lei de Concessões, que passou a legitimar a inserção de emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes dos contratos de concessões, dando enfoque para a arbitragem disciplinada na Lei 9.307/1996, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa (BRASIL, 1996). Nessa mesma toada, a Lei 11.709/2004, que disciplina as parcerias público-privadas, prevê, no inciso III do art. 11, que é lícito ao instrumento convocatório prever o emprego da arbitragem para a resolução de disputas, em uma redação praticamente idêntica à conferida ao art. 23-A da Lei de Concessões.

A título de curiosidade, mas corroborando para a construção aqui em andamento, também foram afetadas pela possibilidade de inclusão de cláusula de arbitragem as concessões de petróleo, vide art. 43, X da Lei 9.478/1997, a organização de serviços de telecomunicações, conforme o art. 93, XV da Lei 9.472/1997, a exploração de portos e instalações portuárias, como é disposto no art. 62, § 1º da Lei 12.815/2013, entre outros exemplos que demonstram a vontade do legislador em fazer vingar esse método de resolução de conflitos inclusive quando utilizado pela Administração Pública. No entanto, conforme analisa Moreira et al. (2020, p.78), aparentemente o ordenamento jurídico está passando por uma onda de amadurecimento da arbitragem na Administração Pública, porém, é uma fase decisiva para o sucesso efetivo dessa via em litígios que envolvem o Estado e seus entes federados.

Importante apontar que a arbitragem que envolve a Administração Pública difere em alguns pontos daquela usualmente procedida no campo privado. Em primeiro lugar, o procedimento arbitral aqui tratado deve ser sempre de direito, em oposição ao que ocorre nas arbitragens entre agentes exclusivamente privados, em que o julgamento arbitral pode ser fundamentado em equidade, princípios gerais de direitos, usos e costumes e regras internacionais de comércio, conforme dispõe o art. 2º, §2º da Lei de Arbitragem. Outrossim, deve-se sempre ser respeitado o princípio da publicidade, sucedâneo do interesse público, posto que “não se pode recorrer ao instituto de forma sigilosa, ou seja, sem que haja transparência, somente com a publicidade poderá ser verificada a legalidade da convenção” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1074).

A respeito da publicidade no processo arbitral envolvendo a Administração Pública, o §3º do art. 2ª da Lei de arbitragem roga que “A arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL, 1996). A esse respeito, pode-se dizer que:

o destinatário do dever de informar é a Administração Pública. Vale dizer, a princípio não compete à parte privada, muito menos à câmara que administra o procedimento fornecer as informações ao público sobre a arbitragem (salvo acordo em sentido diverso), mas sim aos entes estatais, o que pode ser feito, por exemplo, por meio da publicação no Diário Oficial ou disponibilização na internet dos principais atos praticados na arbitragem, como, por exemplo, extratos do termo de arbitragem e da sentença arbitral. Há de se atentar para a Lei de Acesso à Informação, que determina restrição de acesso a certos dados que forem classificados como ultrassecretos, secretos ou reservados. (MOREIRA et al., 2020, p. 98)

Ocorre que antes mesmo da edição da Lei de Arbitragem, o ordenamento jurídico brasileiro já vinha aceitando o procedimental arbitral para a solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais, conforme explica Moreira et al. (2020, p. 79):

Do ponto de vista subjetivo, há de se ressaltar o *leading case* do Supremo Tribunal Federal da década de 1970 conhecido como Caso Lage,¹⁴ o qual reconheceu inexistir proibição de per se para que pessoa de direito público participe de arbitragem.¹⁵ No Caso Lage se admitiu a submissão da União federal à jurisdição arbitral para direitos patrimoniais disponíveis, mais especificamente, quanto à indenização por desapropriação. Outrossim, diversos julgados ratificam, ainda, o entendimento acima esboçado, como no caso “AES Uruguaiana x CEEE” que deu origem a dois acórdãos unânimes sobre tal matéria no Supremo Tribunal de Justiça, quais sejam, REsp 612.439/RS¹⁶ e REsp 606.345/RS. (MOREIRA, et al., 2020, p. 79)

A reforma inserida no artigo 1º, §1º da Lei de Arbitragem em 2015, em que foi adotado o posicionamento explícito de que é lícito à Administração Pública, direta e indireta, fazer uso da arbitragem para resolver conflitos que dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis, veio para dar um fim à celeuma imposta por alguns doutrinadores que entendiam ser necessária autorização legislativa para tal.

No que tange à presença de interesse público nos atos da Administração, para definir se as questões que o envolvem são ou não arbitráveis, tem-se uma profunda discussão teórica. Há uma divisão doutrinária que defende que somente as questões decorrentes dos “Atos de Império” – aqueles praticados pelo Poder Público em uma posição superior aos demais – não seriam passíveis de serem postas à análise arbitral, ao passo que os litígios provenientes dos “Atos de Gestão” – os quais o Poder Público se encontraria em um mesmo patamar que as demais partes – poderiam ser submetidos ao crivo arbitral. Ocorre que essa divisão tende a eximir o Estado de certas responsabilidades, como entende Bandeira de Mello (2015, p. 429).

Outra divisão clássica para classificar os atos administrativos é da “Teoria dos Fins”. Esta aponta que apenas certos atos provenientes do Poder Público têm por alvo a consecução

de finalidades primárias da Administração Pública, em oposição aos outros atos que operam funções tão somente instrumentais. Nesse sentido:

Aplicando-se a Teoria dos Fins para o âmbito da arbitragem, por um lado os direitos e interesses relativos a finalidades primárias do Estado e seriam indisponíveis e, portanto, inarbitráveis. Por outro lado, os atos concernentes a funções instrumentais, mesmo que efetuados por pessoas jurídicas de direito público, concerniriam direitos disponíveis e transacionáveis. Dentre esses se incluem a exploração de atividades econômicas por entes estatais.²⁸ Saliente-se, a esse respeito, que mesmo nessa linha de raciocínio compete ao árbitro e não ao Poder Público reconhecer um ato como de interesse público primário ou secundário, ou como ato de império ou de gestão, para fins de se determinar sua arbitralidade. Isso decorre do reconhecimento do princípio Kompetenz-Kompetenz no âmbito do Art. 8o, parágrafo único, da Lei de Arbitragem.²⁹ Dessa sorte, depreende-se que o árbitro tem competência para decidir sobre sua jurisdição e, portanto, sobre a arbitralidade objetiva e subjetiva.³⁰ Assim, não basta o Poder Público classificar a matéria como interesse público primário ou como ato de império para que o conflito dela decorrente torne-se inarbitrável. Cabe ao árbitro desconsiderar a qualificação que o Poder Público atribuiu ao seu ato e verificar se, no cerne, atine interesse primário ou secundário, ato de império ou ato de gestão; caso contrário, haveria desequilíbrio entre as partes, pois o Poder Público poderia, ao fim e ao cabo, à sua faculdade, gerar a inarbitralidade de seu ato para se beneficiar. Há, inclusive, um precedente interessante do STJ, no caso NUCLEBRÁS, que permitiu submissão à arbitragem de litígio sobre arrendamento de terminal portuário, embora envolvesse Portaria do Ministério da Ciência e Tecnologia rescindindo o contrato. (MOREIRA, et al., 2020, p. 83)

Além dessas questões, deve-se ter em mente que a arbitragem envolve a discussão a respeito de como as particularidades da Administração Pública pode influenciar a seleção de regras aplicáveis ao procedimento, bem como do próprio árbitro a conduzi-lo. Igualmente, esse tipo de procedimento, pelo menos em um momento inicial, pode ser mais custoso aos cofres públicos que o processo judicial, donde se deve sopesar, entre outros fatores, os valores a serem despendidos e a celeridade garantida pelo procedimento em questão.

Para o presente estudo, compete aferir que certas matérias atinentes a contratos administrativos são intimamente relacionadas ao direito material disponível, logo, suscetível de ser submetido ao procedimento arbitral, como ficou a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho Federal de Justiça:

Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas. (BRASIL, 2016).

Assim, nada impede que os conflitos que envolvam a exploração de atividades econômicas típicas a iniciativa privada sejam postos ao crivo de juízo arbitral, bem como o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, posto que se tratam de direitos

provenientes de um negócio jurídico, logo, disponíveis. Conforme explica Moreira et al. (2020, p. 86):

Pode-se ir até mais longe, para entender que o ponto nodal da arbitrabilidade objetiva reside na possibilidade de a matéria ser objeto de negócio jurídico – pois, se puder, o direito será disponível. Se o Estado poderia contratar, a matéria pode ser objeto de arbitragem. Logicamente, a exceção estaria nas hipóteses em que, embora a matéria seja contratável, houver previsão legal de que eventual disputa a ela relativa deva ser submetida à jurisdição estatal, pois aí a inarbitrabilidade não decorreria da impossibilidade de contratar, mas sim da força de lei. Exemplo disso está no art. 507-A da CLT, que proíbe arbitragem para contratos individuais de trabalho, se a remuneração do trabalhador for inferior a determinada quantia. Um exemplo didático sobre isso se encontra na aplicação de penalidades legais e contratuais em contrato de concessão de serviço público. As penalidades contratuais são, em regra, arbitráveis; mesmo que se admita, para fins de debate, que a Administração Pública tenha certo poder de polícia em fiscalizar o cumprimento contratual, isso não suprime a natureza convencional da sanção. Nesse contexto, negar a arbitrabilidade da penalidade contratual implicaria em desequilibrar o pêndulo em desfavor do ente privado, como se pudesse aplicar o contrato unilateralmente, o que não faria sentido, nas hipóteses em que o legislador autorizou arbitragem. Eis uma boa ilustração do motivo pelo qual a Teoria dos Fins não se mostra a mais adequada, atualmente, como régua para a arbitrabilidade. (MOREIRA, et al, 2020, p. 86).

A esse respeito, também se defende que:

Na medida em que é permitida à Administração Pública, em diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida. Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção de arbitragem será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional, quando compatível com a disponibilidade de bens. (TÁCITO, 197, p. 114 *apud* MOREIRA et al., 2020, p. 85)

Isso quer dizer que não só é lícito à Administração Pública introduzir cláusulas de arbitragem nos editais de convocação para licitação de serviços públicos, como também o é indicável, posto que confere um maior equilíbrio econômico-financeiro ao instrumento contratual da respectiva concessão. Isto é, a arbitragem tem o viés de conferir uma celeridade diferenciada ao procedimento de restabelecimento desse equilíbrio, o que tende a conferir um viés de segurança ao contratante privado.

Outro ponto interessante de se analisar a respeito do procedimento arbitral é que, quando se fala de Parcerias Público Privadas, a Lei 13.448/2017 tratou de cuidar, em seu art. 32, §2º, que as custas e despesas relativas ao processo arbitral devem ser antecipadas pelo parceiro privado, independentemente de quem o iniciou. Tal solução faz com que seja desestimulada a litigância do parceiro privado em face da Administração Pública e provoque a

busca por uma transação consensual. Ocorre que nesse caso pode-se gerar uma significativa clivagem entre as partes, muito em função da disparidade de armas com que o acordo venha a ser firmado. Igualmente preocupante é a previsão do art. 3º, VII do decreto Presidencial nº 8.465/2015, que determina que além das custas com a câmara e árbitros, o ente privado também seria responsável pelo pagamento de outras despesas do procedimento, tais como perícias e produção de provas, mesmo que não seja de seu interesse. A respeito desse dispositivo, há o posicionamento de que o ente privado não é submetido à presunção do teor das provas a serem produzidas em benefício da Administração quando o ente particular se negar a arcar com elas, uma vez que tal feito violaria o devido processo legal exposto no art. 5ª, LIV da Constituição Federal, posto que se o ônus da prova for da Administração Pública, um ato estatal, por si, não pode revertê-lo à parte contrária de maneira genérica (MOREIRA et al., 2020, p. 89).

Por outro lado, deve-se ter em mente que o Estado não é desprovido de condições materiais para arcar com esse tipo de despesa, vez que só eleva os custos de transação e não acarreta retornos significativos à sociedade (MOREIRA et al., 2020, p. 90). O uso desse processo de maneira mais eficiente e visando a contenção de despesas seria desejável, tal como tem ocorrido com as audiências e instruções judiciais e arbitrais por meio eletrônico, nesse cenário de calamidade pública.

Outra questão que apresenta a instituição da arbitragem para resolver conflitos que envolvam o equilíbrio econômico dos contratos de concessão é a escolha da instituição arbitral a administrar o litígio. Sob esse aspecto, tendo em vista que o equilíbrio é o aspecto central, é indicado que não se pode relegar à apenas uma das partes a escolha da instituição, mas sim ser regido por critérios objetivos. Tal é o posicionamento do Decreto Presidencial nº 10.025/2019, que estabeleceu uma espécie de credenciamento às entidades arbitrais que poderiam ser escolhidas para reger arbitragens com o Poder Público. Isso torna o processo de escolha mais objetivo e menos suscetível de parcialidades.

O que se pretende demonstrar aqui é que a arbitragem é um procedimento totalmente viável para se dirimir os conflitos que surgiram e ainda vão surgir em decorrência da pandemia de Covid-19 em relação ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. A esse respeito sintetiza-se muito bem o seguinte:

A Administração Pública não pode ver a arbitragem como método que sempre favorecerá o ente privado, pois se trata de uma falácia. A bem da verdade, a arbitragem, por ser mais neutra e técnica, tende a favorecer quem tem razão, e muitas vezes o Estado terá. E a Administração Pública deve ser abster de adotar tática de guerrilha, como “anti-suit injunctions” para suspender arbitragens que podem gerar passivos, e de tentar “virar a mesa”, pela anulação de sentenças arbitrais desfavoráveis, sob alegação de “inarbitrabilidade”, como se fosse um “super-trunfo” para afastar processos inconvenientes. Por sua vez, o ente privado deverá da maneira mais correta possível em arbitragens com a Administração Pública. Cumpre apoiar arbitragens para se tornarem menos custosos e com cronogramas compatíveis com a realidade dos advogados públicos. Os advogados privados deverão sair de sua bolha, para arquetetarem junto com os advogados públicos procedimentos diferentes dos aplicáveis às arbitragens empresariais e que sejam satisfatórios a todos os envolvidos. Se isso acontecer, o resultado será extremamente positivo para a economia brasileira. Nosso país precisa, mais do que nunca, de capital privado em infraestrutura e serviços públicos. Quanto maior a certeza do ente privado que os direitos oferecidos para atrair seu investimento serão eficazes a médio e longo prazo, maior a probabilidade de sucesso do projeto. Nesse contexto, a arbitragem pode exercer o papel que lhe cabe: trazer confiança. O amadurecimento da arbitragem contribuirá para o amadurecimento da própria relação entre Estado e agentes econômicos privados, que é conflituosa em sua essência, mas também requer cooperação para um fim comum. A popularização de método de resolução de controvérsias mais rápido, flexível, neutro e, acima de tudo, eficiente, trará maior segurança aos contratos administrativos, com benefícios inclusive aos entes estatais. (MOREIRA et al., 2020, p. 100).

Em suma, o procedimento arbitral deve, no mínimo, ser posto como uma opção quando da resolução dos conflitos que venham a surgir em razão do descompasso econômico e social que vem afetando o país nas mais diversas frentes, vez que tende a ser benéfico para ambos lados, garantindo celeridade e imparcialidade.

3.3 MEDIDAS TRIBUTÁRIAS COMO FERRAMENTA À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Anteriormente, discutiu-se no presente estudo as causas de mutabilidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos, sendo uma das causas clássicas aquelas conhecidas como “Fato do Príncipe” e “Fato da Administração”, sendo aquela caracterizada por quando a Administração emite algum ato ou se omite enquanto Estado, isto é, para além da relação contratual em apreço. Por outro lado, o fato da administração é caracterizado pela ação ou omissão da Administração Pública, enquanto parte contratual. cumpre rememorar tal ponto tendo em vista que o normal é pensar nessas formas de mutabilidade contratual enquanto fatos que favorecem a Administração e desequilibram o equilíbrio em desfavor do parceiro privado.

Ocorre que os atos do Poder Público podem também ser voltados para reequilibrar os contratos administrativos, desde que não se afastem aos clássicos princípios que regem a Administração Pública, e, mais uma vez, fazendo um uso racional e eficiente de suas atribuições. A extrafiscalidade, assim, tem o potencial de se tornar uma grande aliada do Poder Público ao enfrentamento da crise e reestruturação dos contratos de concessão, que por sua vez garantem meios materiais mais dignos para os usuários desses serviços prosseguirem durante a pandemia e posteriormente a ela. Ocorre que não se pode deixar levar pelos excessos da extrafiscalidade, posto que sua hipercomplexidade, seu contencioso colossal e suas incertezas são fatores que contribuem para tal, isto é:

Há, sem dúvida, excessos no exercício da extrafiscalidade. Por isso, é urgente dar efetividade à regulação que já existe. É necessário separar o seu uso lícito do ilícito. Mas não se deve alterar a Constituição da República para impedir que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios usem o tributo para implementar políticas setoriais. (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p.474).

Portanto, é possível, desde que regido pela cautela, que o Estado brasileiro forneça benefícios ou incentivos fiscais a setores de prestação de serviços públicos que se veem afetados pela crise e cujos contratos de concessão que os regem tenham sofrido desequilíbrio econômico-financeiro. Assim, é possível que se barateie os custos operacionais dos entes privados desses contratos, minando a necessidade de aporte de valores públicos e promovendo aos usuários uma manutenção da qualidade existente no período pré-crise. Há, também, a necessidade de cooperação entre os entes federativos, buscando formas de entendimento que promovam a segurança jurídica e construa um ambiente propício ao investimento do capital privado. Algumas medidas de extrafiscalidade que podem ser seguidas para tal são:

1) Um plano de desenvolvimento nacional que identifique vocações regionais, diferenciais competitivos, inteligência já acumulada e que possa ser fomentado por políticas tributárias adequadas;2) Desoneração do investimento em construção de ativos de infraestrutura ampliando figuras como a do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI);3) Viabilização de ampla forma de compensação entre débitos e créditos para dar eficiência na cobrança de créditos de dívida ativa e, com isso, reduzir o endividamento do Estado brasileiro de forma rápida e eficiente;4) Criação de cadastro tributário único de contribuintes para identificar, quantificar e qualificar, periodicamente, as desonerações tributárias de todos os entes federativos;5) Criação de métricas para avaliar incentivos tributários no País e critérios lineares de limitação, a exemplo do que existe para o imposto sobre serviço (ISS);3916 Responsabilização gestores públicos que praticam a extrafiscalidade ilícita;7) Aumentar a progressividade do sistema tributário, melhor equilibrando a tributação sobre a renda e patrimônio e reduzindo sobre consumo;8) Dar efetividade aos fundos setoriais com amplo plano de investimento e empregar os mais de R\$ 250 bilhões de reais que vêm sendo represados nos últimos 20 anos;9) Converter contribuições setoriais em dever de investimento setorial. (MENDES; SANTANA; AFONSO, 2020, p.479-480).

Entre estas, a atenção às empresas habilitadas no Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI) parece carregar consigo um grande potencial, posto que dialoga com a intenção de minimizar os impactos aos usuários dos sistemas de transporte, portos, energia, saneamento básico e irrigação – posto que, de acordo com o art. 2º da Lei 11.488/2007, as pessoas jurídicas com projetos de infraestrutura aprovados nessas áreas são beneficiárias do REIDI – e abarca boa parte dos contratos de concessão de serviços públicos afetados pela crise proveniente da pandemia de Covid-19. Assim, os incentivos destinados à essas pessoas jurídicas passariam pelo crivo da impessoalidade e não demandaria o esforço de fazer o cadastro individualizado dessas empresas, posto que já existentes, sem falar que atenderia ao interesse público de primeira ordem ao colocar ênfase a projetos de avanço de infraestrutura.

Igualmente eficiente é a ideia de um sistema otimizado de compensação de créditos e débitos para conferir maior eficiência na cobrança de créditos de dívida ativa para, assim, buscar uma redução no endividamento do Estado brasileiro de uma maneira mais eficiente. Esta proposição dialoga em muito com a ideia de um uso mais racional e eficiente dos recursos e atribuições do Poder Público para combater os desgastes que assolam o setor de serviços públicos provocados pela crise pandêmica.

Por óbvio, não se pode deixar de ter em mente que o Estado brasileiro também vem sentindo em seus cofres o impacto financeiro da retração econômica e social vivenciada, assim, não se pode conferir demasiados subsídios a ponto de prejudicar os demais pontos que merecem a atenção do Estado. Para além de uma discussão no campo do Direito Administrativo, a pauta aqui em comento merece uma maior análise tributária e econômica para poder alçar voo.

3.4 AS MEDIDAS CLÁSSICAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO COMBINADAS COM MEDIDAS ATÍPICAS

Boa parte do presente estudo foi destinado a descrever os métodos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos, seja logo acima, quando se descreveu medidas que não são tão típicas, seja mais anteriormente quando se voltou ao estudo das medidas mais conhecidas, como as revisões, o reajuste tarifário, o aporte de recursos públicos, entre outros.

No entanto, cabe ressaltar que os atos da Administração Pública devem transitar entre esses dois tipos de medidas, bem como combiná-las sempre que possível em busca da realização do interesse público. Assim, é importante que o gestor público saiba sopesar os ônus de cada ponta da relação triangular formada entre Administração Pública, ente privado e usuários.

Um exemplo disso é a busca desenfreada pelo simples reajuste das tarifas, o que parece ser uma saída para o ente público e Administração, pode acabar por sobrecarregar os usuários, que terão de buscar outros meios para suprir o encarecimento de um serviço que, a priori, é de atribuição do Estado prestá-lo. Em paralelo, ao se propor o simples aporte de recursos públicos, quando há outros meios de combater os frutos da crise, se sobrecarrega os cofres públicos e contribuinte em detrimento das figuras do ente público e dos usuários.

Assim, a racionalidade deve estar presente em toda e qualquer proposição das partes contratuais para o combate ao desequilíbrio em que a relação contratual se encontra. Assim, por exemplo, é saudável que as partes consigam chegar a um consenso sobre possíveis alterações contratuais que as beneficiam paritariamente. Assim, por meio de concessões mútuas é possível reencontrar o equilíbrio contratual.

Para tal, podem os contratantes utilizar-se da arbitragem, desde que esta esteja presente nos editais de convocação, ou então prosseguir com os ritos comuns de solução de conflitos e revisão contratual, para buscar a mitigação dos prejuízos a partir das ferramentas que o ordenamento jurídico dispõe, bem como daquelas afetas à boa governança. Desta feita, é possível que a partir da análise das particularidades de cada contrato, como por exemplo, a taxa interna de retorno e o fluxo de caixa marginal (já estudados anteriormente, sendo aspectos que dizem muito sobre a saúde contratual), se enxergue encargos e riscos contratuais que podem ser mais bem alocados, prazos que podem ser revistos e ônus que podem ser evitados. Tudo isso, por óbvio, dentro do campo em que pode a Administração Pública negociar.

Nesse sentido:

A modificação das condições de cumprimento das prestações acordadas (obrigações de pagamento, de fornecimento, de entrega de coisa certa etc.) passa a ser uma possibilidade concreta. Trata-se de conduta apta a amenizar as eventuais perdas dos agentes econômicos com atividades e operações suspensas, por ordem estatal ou por proibição de circulação de pessoas. Nesse cenário, há diversas soluções possíveis, que devem ser pensadas caso a caso, tais como o diferimento das prestações do acordo por prazo a termo; ou a postergação da data para entrega de coisa certa; ou ainda a renegociação dos prazos para a realização de determinada obrigação de fazer. (TONIN, 2020, p. 180).

Em suma, tempos em que as crises se confundem de maneira a destrancar uma crise sem precedentes, não apenas quantitativos, mas também qualitativos, demanda um esforço de buscar-se pela inovação e agilidade, nem sempre presentes na Administração Pública, mas que está intimamente ligado à ideia de concessão de serviços públicos.

4 CONCLUSÃO

Os contratos de concessão de serviços públicos foram, de fato, fortemente afetados pela pandemia de Covid-19, como não poderia deixar de ser, visto que o evento afetou as mais diversas áreas da sociedade e mais diversos campos da economia do país. A análise apresentada acerca do instituto da concessão de serviços públicos é essencial para buscar compreender as raízes da problemática que se coloca quando se está disposto a analisar o equilíbrio econômico-financeiro destes contratos. Desta feita, importa a análise do pré-existente para que se possa planejar o futuro por meio de estratégias guiadas pela lógica da racionalidade e eficiência.

Em que pese a atual legislação acerca do tema ser robusta, não é crível que se esteja preparado para toda e qualquer problemática que se venha enfrentar. Assim, os conceitos e delimitações acerca das concessões de serviços públicos são de fundamental importância para se traçar um plano de ação para coibir as perdas e trabalhar com respostas adequadas. Igualmente, os métodos de recomposição do equilíbrio contratual, nesses casos, se mostram suficientes para cobrir as perdas até certos limites. O ponto fraco desses métodos, no entanto, reside nas generalidades, uma vez que quando se trata de contratos de concessão, há uma infinidade de questões que podem desequilibrá-los, bem como, a forma genérica com que são apresentados certos dispositivos, como o da força maior, por exemplo, produz uma discordância desnecessária no meio jurídico científico, o que poderia ser ao menos reduzido com um corpo legislativo mais denso. Por outro lado, o vasto material normativo e jurisprudencial ajuda a produzir uma coesão jurídica minimamente razoável, mas que ainda demanda muito esforço para passar pela atual crise com o mínimo de baixas.

Restou demonstrado também que a rápida e descontrolada disseminação do Sars-Cov-2 pelo globo produziu uma explosão de iniciativas legislativas e administrativas no Brasil, as quais tiveram por finalidade mitigar as perdas e regravar o momento anômico vivenciado. Buscou-se preservar a continuidade dos serviços públicos com a proteção aos usuários e trabalhadores, adotando-se medidas profiláticas e não farmacológicas, o que demandou aportes não esperados de valores para a adequação dos serviços às novas demandas. Nesse interim, a arrecadação tarifária de certos serviços diminuiu em razão da redução do fluxo de pessoas nas ruas e da popularização do trabalho remoto, o que acarretou, junto a outros fatores, no desequilíbrio econômico-financeiro contratual.

Diante desse cenário, toda e qualquer ferramenta para a reestruturação da relação econômico-financeira deve ser utilizada. É interessante que os responsáveis por essa

reestruturação entendam que a legislação apresenta diversas maneiras para tal, sendo que a necessidade de reequilíbrio contratual deve ser prevista desde a elaboração do edital de licitação das concessões de serviços públicos, ao mesmo tempo em que se deve prever mecanismos diversos para atingir tal objetivo, é importante notar que esses mecanismos são preponderantes para diminuir o risco percebido pelos contratantes. Não obstante, é necessária a adequada locação de riscos às partes, atentando-se às peculiaridades do contrato em questão, de modo a distribuí-los de maneira que faça sentido com a realidade com a qual o contrato dialogará e diminua os custos para ambas as partes.

Em suma, foram apresentadas diversas alternativas legais para que os parceiros públicos e privados regulem os contratos de concessão de serviços públicos em face dos novos desafios apresentados pela pandemia de Covid-19. O centro dessas alternativas é o uso racional do poder que reside nas mãos da Administração Pública e que emana da legislação existente antes mesmo da eclosão da pandemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSEN, K.G. et al. The proximal origin of SARS-CoV-2. **Nature Medicine**, v.26, n.4, p.450–452, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9#citeas>. Acesso em 13 de mar. 2021;

BRASIL. Aprovado reequilíbrio econômico-financeiro para 4 aeroportos em razão da covid-19. Ministério da Infraestrutura. **Assessoria de Comunicação Social de ANAC**, 16 DE NOV. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2020/aprovado-reequilibrio-economico-financeiro-para-4-aeroportos-em-razao-da-covid-19>. Acesso em: 23 de abr. 2020;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/agosto de 2013;

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias. Departamento de Estruturação e Articulação De Parcerias. Advocacia Geral da União. Consultoria Geral da União. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. Brasília: Advocacia Geral da União, 16 de abril de 2020c. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021;

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”**. 22 e 23 de agosto de 2016. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Coord. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 23 de agosto de 2016. Disponível em: https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2016/09/Enunciados_I_Jornada.pdf. Acesso em: 22 de ago. 2021;

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília,DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, Casa Civil [1993]. Disponível em: <https://bit.ly/302qRAw>. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____. **Lei n. 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. Brasília, Casa Civil [1995]. Disponível em: <https://bit.ly/32c05s8>. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____. **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. Brasília, Casa Civil [2014a]. Disponível em: <https://bit.ly/3iWFD4s>. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____. Superior Tribunal de Justiça (2.Turma). Recurso Especial: REsp 1477217/RJ. Recorrentes: Expresso Pegasu LTDA e Real Auto ônibus LTDA. Recorrido: Departamento de transportes rodoviários do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin. 27 de setembro de 2016. Publicado DJe 11/10/2016. Disponível em: <https://bit.ly/3qLKqs1>. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança: AgRg na SS 1.404/DF (2004/0119581-4). AGRAVO REGIMENTAL - GRATUIDADE DE TRANSPORTE TERRESTRE INTERESTADUAL AO IDOSO – SUSPENSÃO SEGURANÇA - INDEFERIMENTO - MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO – LESÃO À ORDEM PÚBLICA NÃO CONFIGURADA. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: ABRATI Associação Brasileira Das Empresas De Transporte Terrestre De Passageiros. Relator: Ministro Edson Vidigal, 25 de outubro 2004(b). Publicado DJe 06/12/2004. Disponível em: <https://bit.ly/3cn8Y75>. Acesso em: 25 mar. 2021;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 246 da Tese de Repercussão Geral do STF**, Tribunal pleno. RE 760.931/DF. EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. Relator: Ministro Luiz Fux, DJe-206 12.09.2017. Disponível em: <https://bit.ly/38IIRoy>. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 725 da Tese de Repercussão Geral do STF**, Tribunal Pleno. RE 958.252/MG. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL [...]. Rel. Min. Luiz Fux, DJe-199, 13.09.2019. Disponível em: <https://bit.ly/3qPQcZO>. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6341/DF. Relato: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15/04/2020. DJE 16/04/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 12 abr. 2021;

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Provisória. STP 336 MC/GO. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 16/06/2020e. DJe 17/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1111754/false>. Acesso em: 13 abr. 2021;

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1055/2011. Plenário. REPRESENTAÇÃO DA UNIDADE TÉCNICA. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REPACTUAÇÃO. DETERMINAÇÕES. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Julgado em: 27/04/2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1165308/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 22 mar. 2021;

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 738/2017. Plenário. RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-040/MG-RJ

DUPLICAÇÃO DA NOVA SUBIDA DA SERRA DE PETRÓPOLIS. [...]. Relator: Min. Walton de Alencar Rodrigues. Julgado em: 12/04/2017. publicado em: 08 dezembro de 2020(a). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2170887/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 22 mar. 2021;

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3331/2015. Plenário. Relator: Min. Ana Arraes. Julgado em: 09/12/2015. Disponível em: <https://bit.ly/3vOPi3u>. Acesso em: 22 mar. 2021;

_____. Tribunal de Contas da União. TC 011.196/2018-1. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/05/2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/05/011.196-2018-1-VR-diagno%CC%81stico-de-obras-paralisadas.pdf>. Acesso em: 02 fev. de 2021;

_____. Tribunal de Contas da União. TC 026.394/2020-0. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 23/09/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A%2522233%2522%2520NUMANOATO%253A%25222010%2522/DTRELEVANCIA%20desc,NUMATOINT%20desc/0/%20?uuid=4f190400-54a4-11e9-9909-63a5e353bdba. Acesso em: 02 de fev. de 2021;

CAPODEFERRO, Morganna Werneck; SMIDERLE, Juliana Jerônimo. A resposta do setor de saneamento no Brasil à COVID-19. **Revista de Administração Pública** [online]. 2020, v. 54, n. 4, pp. 1022-1036. Epub 28 Ago 2020. ISSN 1982-3134. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220200324> <https://doi.org/10.1590/0034-761220200324x> . Acessado em: 12 de ago. de 2021;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015;

_____, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/>. Acesso em: 23 mar. 2021;

CECCHETTI, S. G.; SCHOENHOLTZ, K. L. Bank Runs and Panics: a Primer. **Money Banking**. 02 mar. 2020. Disponível em: <https://www.moneyandbanking.com/commentary/2020/3/1/bank-runs-and-panics-a-primer#:~:text=A%20bank%20promises%20its%20clients,not%20rolling%20over%20their%20loans>. Acesso em: 02 fev. 2021;

CORREIA, S.; LUCK, S.; VERNER, E. Pandemics depress the economy, public health interventions do not: evidence from the 1918Flu. **SSRN**, June 5, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561560. Acesso em: 02 fev. 2021;

COSTA, Simone da Silva. Pandemia e desemprego no Brasil. **Revista de Administração Pública** [online]. 2020, v. 54, n. 4, pp. 969-978, 28 Ago 2020,. ISSN 1982-3134. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220200170> <https://doi.org/10.1590/0034-761220200170x>. Acesso em: 15 de ago. 2021;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/>. Acesso em: 12 mar. 2021;

_____, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias Administração Pública**. 32 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986599/>. Acesso em: 19 mar. 2021;

DIEESE. Brasil em crise. Qual será o futuro?. Departamento Intersindical de estatísticas e Estudos Socioeconômicos. **Boletim de Conjuntura**. São Paulo, n. 23, julho/agosto de 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2020/boletimConjuntura023.html>. Acesso em: 16 de ago. 2021;

_____. Longa crise sanitária e econômica no radar. Departamento Intersindical de estatísticas e Estudos Socioeconômicos. **Boletim de Conjuntura**. São Paulo, n. 25, novembro/2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2020/boletimConjuntura025.html>. Acesso em: 16 de ago. 2021;

_____. Crise sanitária e econômica persiste e se intensifica. Departamento Intersindical de estatísticas e Estudos Socioeconômicos. **Boletim de Conjuntura**. São Paulo, n. 27, março de 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2021/boletimconjuntura27.html>. Acesso em: 16 de ago. 2021;

FERREIRA JUNIOR, Reynaldo Rubem; RITA, Luciana Peixoto Santa. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Caderno de Prospecções**, Salvador, v. 13, n. 2, p. 459-476, abril de 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/36183>. Acesso em: 02 fev. 2021;

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil**. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Portugal, 2019;

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; GOMES, Lucas Thevenard. As agências reguladoras em resposta à crise da COVID-19. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 874-897, Agosto de 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400874&lng=en&nrm=iso. Acessado em 02 fev. 2021;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2003;

_____. Efeitos jurídicos da crise sobre as contratações administrativas. *In*: JUSTEN FILHO, M. et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020, p. 8-22;

LIMA, Gregório Costa Luz de Souza; CARVALHO, Gabriel Stumpf Duarte de; FIGUEIREDO, Miguel Zobarán. A incompletude dos contratos de ônibus nos tempos da COVID-19. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 994-1009, Agosto de 2020.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400994&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 02 de fev. 2021;

Lima, G. C. L. S., Schechtman, R., Brizon, L. C., Figueiredo, Z. M. Transporte público e COVID-19. O que pode ser feito?. Rio de Janeiro. **Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas (FGV CERI)**. Abril de 2020. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/transporte-publico-e-covid-19-o-que-pode-ser-feito>. Acessado em: 02 de fev. de 2021;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 159, p. 193-194, julho/setembro, 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/884>. Acesso em: 24 mar. 2021;

MATOS, Fernanda de Mello. **O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais e estaduais sob a égide da lei 8.987/95**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2013;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

_____; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 45 ed. São Paulo: Malheiros, 2016;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015;

MENDES, G. F.; SANTANA, H. L.; AFONSO, J. R. **Governance 4.0 Para Covid-19 no Brasil**. Coimbra: Grupo Almedina, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270869/>. Acesso em: 16 de ago. 2021;

MOREIRA, Antônio Júdice, et al. **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. Coimbra: Grupo Almedina, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270678/>. Acesso em: 24 ago. 2021;

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviços públicos**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005;

PEREIRA, C.; SCHWIND, R. Pandemia de Covid-19 e o equilíbrio econômico- financeiro das concessões. *In*: JUSTE FILHO, M. et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020, p. 55-64;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991333/>. Acesso em: 12 mar. 2021;

OLIVEIRA, José Carlos de; MATOS, F. M. Mecanismos de Reequilíbrio econômico-financeiro nos Contratos de Concessão de Serviço Público. **Revista de Contratos Públicos - RCP**, v. 5, p. 01-29, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018;

MARTY, Frédéric; TROSA, Sylvie; VOISIN, Arnaud. **Les partenariats public-privé**. Paris: La Découverte, 2006;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (18ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1000404-61.2020.8.26.0607. Relator (a): Helio Faria; Foro de Tabapuã - Vara Única; **Diário da Justiça**: 07/06/2021; DJe: 11/06/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14712028&cdForo=0>. Acessado em: 11 de Ago. 2021;

SCHAEFER, Bruno Marques et al . Ações governamentais contra o novo coronavírus: evidências dos estados brasileiros. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1429-1445, Outubro de 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000501429&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 02 fev. 2021;

SCHWIND, Rafael Wallbach. Reflexões sobre a Lei 13.979 e o Decreto 10.282: descabimento de restrições a serviços essenciais sem prévia articulação com o poder concedente e a agência reguladora. *In*: JUSTE FILHO, M. et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020, p. 99-110;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas**. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005;

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

TONIN, Mayara Gasparoto. Os efeitos da pandemia da covid-19 nos acordos judiciais celebrados por empresas. *In*: JUSTE FILHO, M. et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020, p. 175-185;

XAVIER, Olmo Borges; KNEIB, Erika Cristine. Transporte público por ônibus no Brasil e a Covid-19: rumo ao colapso dos sistemas? *In*: 34ª Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte da ANPET. **Anais eletrônicos do 34ª Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte da ANPET**. P. 282- 293. Disponível em: https://www.anpet.org.br/anais34/documentos/2020/Aspectos%20Econ%C3%B4micos%20Sociais%20Pol%C3%ADticos%20e%20Ambientais%20do%20Transporte/Planejamento%20dos%20Transportes%20I/3_270_AC.pdf. Acessado em: 11 de Ago 2021.