

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

FERNANDA DE MELLO MATOS

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
DE RODOVIAS FEDERAIS E ESTADUAIS SOB A ÉGIDE DA LEI 8.987/95**

**FRANCA
2013**

FERNANDA DE MELLO MATOS

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
DE RODOVIAS FEDERAIS E ESTADUAIS SOB A ÉGIDE DA LEI 8.987/95**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

FRANCA

2013

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

Fernanda de Mello Matos. – Franca : [s.n.], 2013

188f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: José Carlos de Oliveira

1. Concessões administrativas - Rodovias. 2. Equilíbrio econômico. 3. Administração pública. 4. Pedágios – Reajustes. I. Título.

CDD – 341.397

FERNANDA DE MELLO MATOS

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
DE RODOVIAS FEDERAIS E ESTADUAIS SOB A ÉGIDE DA LEI 8.987/95**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração:
Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

1º Examinador(a): _____

2º Examinador(a): _____

Franca, _____ de _____ de 2013.

Dedico este trabalho aos meus pais que sempre foram exemplos de amor, união e alegria em minha vida. Ao meu irmão, pelo carinho e forte amizade que sempre tivemos. Ao meu amor, Danilo, pela emoção e alegria de viver.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor José Carlos de Oliveira, por toda a confiança em mim depositada, pela sincera amizade, pela convivência e pelos ensinamentos transmitidos.

Agradeço aos meus pais, Arlete e Valdemar de Matos, base sólida da minha vida e da minha formação, que me incentivam a crescer sempre e me ajudam diariamente para isso acontecer.

Agradeço ao Danilo, pelo nosso amor, que me faz uma pessoa melhor.

Agradeço à Concessionária de Rodovias Vianorte, por proporcionar-me esses onze anos de aprendizado e experiência em concessões de rodovias, em especial nas pessoas de Olga Maria Ulian Cotrim, a Dra. Flávia Tâmega e a Dra. Maria Michielin, pela constante presença e dedicação nas concessionárias de rodovias.

Agradeço, por fim, a todos os funcionários e professores do curso de pós-graduação em Direito da UNESP, e também a todos os colegas da turma de 2011, pela sempre pronta ajuda.

Muito obrigada a todos!

E eternamente a Deus...

MATOS, Fernanda de Mello. **O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de rodovias federais e estaduais sob a égide da Lei 8.987/95**. 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RESUMO

A presente dissertação se propõe à análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais e estaduais à luz da Lei 8.987/95. A Lei 8.987/95, conhecida como “Lei Geral das Concessões”, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. A partir da década de 80, houve a trajetória brasileira de “desestatização” de alguns serviços públicos, onde o Estado delegou a prestação de alguns serviços públicos à iniciativa privada, entre eles, serviços relacionados à infraestrutura, como no caso das rodovias. O Estado, assim, cada vez mais, vai assumindo um papel de “gestor” dos serviços públicos, através da regulação, que consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, não assumindo diretamente o exercício das atividades empresariais. Surge, portanto, o instituto da concessão de serviços públicos que visa disciplinar a relação entre Poder Concedente e concessionária na prestação de serviços públicos. O contrato de concessão de serviços públicos caracteriza-se quando ocorre a transferência do exercício de um serviço público à pessoa privada que aceita prestá-lo, em nome próprio e por sua conta e risco, remunerando-se pela própria exploração do serviço, basicamente mediante tarifa cobrada dos usuários do serviço. Em razão da longa duração desses contratos, geralmente, entre vinte e trinta anos, é vital para a própria continuidade do serviço público, a previsão de mecanismos que garantam para o concedente e concessionário a permanência das condições inicialmente pactuadas. A equação econômico-financeira do contrato traduz-se no equilíbrio entre as obrigações assumidas pelo concessionário, os encargos que serão suportados e a contraprestação devida pelo concedente, ou seja, a remuneração do concessionário. Entretanto, existe uma série de fatores que podem desequilibrar os contratos de concessão de rodovias, como a inclusão de novos investimentos, a incidência de novos tributos, a ocorrência de fatos supervenientes, entre outros. A pesquisa se destinará, portanto, a analisar de que forma a Administração Pública e os particulares, após firmarem um contrato de concessão de rodovias, podem viver de forma harmônica, respeitando seus interesses próprios, tendo por base a vinculação das condições do contrato inicialmente estabelecido.

Palavras-chave: concessão de serviços públicos. equilíbrio econômico-financeiro. contratos administrativos.

MATOS, Fernanda de Mello. **O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de rodovias federais e estaduais sob a égide da Lei 8.987/95**. 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the economic and financial balance of the concession of federal and state highways in the light of Law 8.987/95. The law 8.987/95, known as "General Law of Concessions", provides for the concession and permission of the provision of public services provided for in art. 175 of the Federal Constitution. From the 80s, there was the Brazilian trajectory of "privatization" of public services, where the state has delegated the provision of public services to the private sector, including services related to infrastructure, such as highways. The State thus increasingly takes on a role of "manager" of public services, through regulation, which is the preferred option of indirect intervention by the State, not directly assuming the exercise of business activities. Arises, therefore, the institute of public service concessions which aims to regulate the relationship between the state and the concessionaire in providing public services. The concession of public services is characterized when competing cumulatively transfer the exercise of a public service to the private person who accepts rendering it, in his own name and at your own risk, paying them by the actual operation of the service, basically fee charged by the service users. Due to the long duration of these contracts, usually between twenty and thirty, is vital for the continuity of public service, the prediction of mechanisms to ensure the grantor and dealer for the permanence of conditions originally agreed. The economic-financial equation of the contract reflected in the balance between the obligations assumed by the concessionaire, the charges that will be incurred and consideration for the granting authority, or the remuneration of the concessionaire. However, there are a number of factors that can disrupt the concession of highways, such as the inclusion of new investments, the incidence of new taxes, the occurrence of subsequent events, among others. The research will be dedicated, therefore, to examine how public administration and the private, enter into a contract after the toll road, can live in harmony, respecting its own interests, based on the binding conditions of the agreement initially established.

Keywords: concession of public services. economical-financial balance. administrative contracts.

LISTA DE SIGLAS

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ARTESP	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
IGPM	Índice Geral de Preços de Mercado
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
PED	Programa Estadual de Desestatização
PER	Programa de Exploração Rodoviária
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPP	Parceria Público Privada
PROCOFE	Programa de Concessões de Rodovias Federais no Brasil
RPI-X	<i>Retail Price Index Minus X</i>
TIR	Taxa Interna de Retorno
VPL	Valor Presente Líquido

LISTA DE QUADROS

Quadro 1- Contratos de Concessão referentes à 1ª Etapa do PROCOFE	118
Quadro 2- Contratos de Concessão referentes à 2ª Etapa, fase 1, do PROCOFE .	119
Quadro 3- Contrato de Concessão referente à 2ª Etapa, fase 2, do PROCOFE ...	120
Quadro 4- Contratos de Concessão referente à 3ª Etapa, fase 2 do PROCOFE....	120
Quadro 5- Percentuais relativos a aplicação do Fator X	130

LISTA DE ILUSTRAÇÃO

Ilustração 1- Prazo da concessão	65
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	16
1.1 A desestatização no Brasil	16
1.2 O Estado Regulador	21
1.3 Conceito de concessão de serviço público	23
1.4 Características dos contratos de concessão de serviços públicos	29
1.4.1 A mutabilidade no contrato de concessão	29
1.4.2 As cláusulas exorbitantes	31
1.4.3 Cláusulas contratuais e cláusulas regulamentares	35
CAPÍTULO 2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	39
2.1 Origem histórica.....	39
2.2 O equilíbrio econômico-financeiro no direito brasileiro	42
2.3 Conceito de equilíbrio econômico-financeiro.....	50
2.4 Princípios do equilíbrio econômico-financeiro	51
2.5 Finalidades e características do equilíbrio econômico-financeiro	53
2.6 Distribuição de riscos nos contratos de concessão.....	56
2.6.1 Álea ordinária e álea extraordinária.....	60
2.7 A equação financeira	63
CAPÍTULO 3 FATORES DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	68
3.1 A quebra da equação econômico-financeira	68
3.2 Alteração unilateral dos contratos de concessão.....	71
3.3 Fato da Administração.....	74
3.4 Fato do príncipe	75
3.5 Teoria da imprevisão.....	81
3.6 Caso fortuito e força maior.....	91

CAPÍTULO 4 MECANISMOS DE REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	94
4.1 Reajuste contratual	97
4.2 Revisão de preços.....	102
4.3 Prorrogação do prazo contratual	106
4.4 Aporte de recursos públicos	111
4.5 Alteração de encargos contratuais.....	113
4.6 As receitas acessórias e a modicidade tarifária.....	114
CAPÍTULO 5 A EVOLUÇÃO DA REPARTIÇÃO DOS RISCOS E DOS MÉTODOS DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DO PROGRAMA DE CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS NO BRASIL (PROCOFE) E NO PROGRAMA DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO	117
5.1 O Programa de Concessões de Rodovias Federais no Brasil (PROCOFE).....	117
5.1.1 Análise dos contratos de concessão	121
5.1.2 A presença das cláusulas exorbitantes nos contratos de concessão e sua relação com o equilíbrio econômico financeiro.....	122
5.1.3 O instituto do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão das rodovias federais	123
5.1.3.1 Contratos referentes à primeira etapa do PROCOFE	123
5.1.3.2 Contratos referentes à segunda etapa, fase 1, do PROCOFE.....	124
5.1.3.3 Contrato referente à segunda etapa, fase 2, do PROCOFE	126
5.1.3.4 Contrato referente à terceira etapa, fase 2, do PROCOFE	128
5.1.3.5 Minuta do contrato referente à terceira etapa, fase 3, do PROCOFE	131
5.1.4 Hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual.....	133
5.1.5 Critérios para a recomposição do equilíbrio contratual	134
5.1.6 Meios para a recomposição do equilíbrio contratual	136
5.1.7 Prazo da concessão e possibilidade de prorrogação	137
5.1.8 Riscos da concessionária.....	138
5.1.9 Riscos do poder concedente	139
5.1.10 Arredondamento da tarifa.....	142
5.1.11 Reajuste da tarifa	143
5.1.12 Revisão da tarifa	144

5.1.13 Existência de procedimento para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro	146
5.1.14 Receitas acessórias e modicidade tarifária nos contratos de concessão de rodovias federais	148
5.2 O Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo	148
5.2.1 Análise dos contratos de concessão das rodovias estaduais	151
5.2.2 Prazo da concessão e possibilidade de prorrogação	151
5.2.3 Riscos da concessão.....	152
5.2.4 O instituto do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão das rodovias estaduais	152
5.2.5 Meios para a recomposição do equilíbrio contratual.	154
5.2.6 Procedimento para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro...	156
5.2.7 Reajustamento da tarifa de pedágio.....	157
5.2.8 Casos de força maior e equilíbrio econômico-financeiro	158
CONSIDERAÇÕES FINAIS	160
REFERÊNCIAS	163
APÊNDICE	
APÊNDICE A – QUADRO COMPARATIVO- CONTRATOS DE CONCESSÃO DE	
RODOVIAS FEDERAIS	172

INTRODUÇÃO

As concessões de serviços públicos constituem tema de grande importância e atualidade, sobretudo a partir da década de 1990, com a instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND), que teve por objetivo reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades anteriormente exploradas exclusivamente pelo Poder Público.

Através do instituto da concessão de serviços públicos, o Estado transfere a um terceiro a prestação de um serviço público, cabendo ao Estado a tarefa de fiscalizar e controlar a prestação do serviço. O regime jurídico para as concessões de serviços públicos foi disciplinado pela Lei nº 8.987¹, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei Geral das Concessões.

A equação econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público caracteriza-se pelo equilíbrio entre as obrigações assumidas e as importâncias a serem recebidas pelo concessionário. Se alterada a equação econômico-financeira do contrato, surge a necessidade de se reequilibrar essa relação contratual, para que possa haver a continuidade da prestação do serviço público e o interesse dos particulares em contratar com a Administração Pública.

Assim, a observância do equilíbrio econômico-financeiro é de fundamental importância durante toda a vigência do contrato de concessão para que se assegurem os interesses concessionários e também para garantir a continuidade e boa prestação do serviço público.

A presente pesquisa procurará explorar a relação entre a Administração Pública e os concessionários de serviços públicos de rodovias federais, no tocante ao equilíbrio econômico-financeiro, a partir do Programa de Concessões de Rodovias Federais no Brasil (PROCOFE) e do Programa de Concessões Rodoviárias do Governo do Estado de São Paulo.

¹ BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 fev. 1995a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 2013.

Em primeiro lugar, será analisado o fenômeno da desestatização no Brasil, bem como as principais características do instituto da concessão de serviços públicos sob a égide da Lei n. 8.987/95.

Em segundo lugar, a pesquisa se destinará a analisar o equilíbrio econômico-financeiro dentro dos contratos de concessão, suas origens históricas, sua evolução na legislação brasileira, seus conceitos e princípios e ainda a relação entre a distribuição de riscos nos contratos de concessão e o equilíbrio contratual.

Também serão analisados os fatores de desequilíbrio econômico-financeiro, em que se procurará abordar os eventos que ensejam a quebra da equação econômico-financeira, como a alteração unilateral do contrato pela Administração, o “fato do príncipe”, a teoria da imprevisão, entre outros.

Em seguida, se passará para análise dos mecanismos de reposição do equilíbrio econômico financeiro. Serão analisadas as figuras do reajuste contratual e revisão de preços, bem como a possibilidade de extensão do prazo contratual, aporte de recursos públicos e alteração de encargos do concessionário para o reequilíbrio contratual. Também será analisada a possibilidade do recebimento de receitas acessórias e sua vinculação com o princípio da modicidade tarifária.

E por fim, a pesquisa irá avaliar a evolução da repartição dos riscos e dos métodos de equilíbrio econômico-financeiro de todas as etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais no Brasil (PROCOFE) e do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo.

CAPÍTULO 1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1A desestatização no Brasil

O Programa Nacional de Desestatização (PND) foi instituído pela Medida Provisória n. 155¹, de 15 de março de 1990, tendo sofrido várias reedições até a sua conversão em lei. Em 12 de abril de 1990, foi promulgada a Lei n. 8.031² que cria o Programa Nacional de Desestatização.

De acordo com a Lei n. 8.031/90, posteriormente substituída pela Lei n. 9.491/97³, o PND tem como objetivos fundamentais: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; (iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (iv) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; (v) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais, entre outros.

O então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luis Carlos Bresser Pereira, apresentou, em 26 de julho de 1996, a sua exposição de

¹ BRASIL. Medida Provisória n. 155, de 15 de março de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/155.htm>. Acesso em: 2013.

² Id. Lei n. 8.031, de 15 de março de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/155.htm>. Acesso em: 2013.

³ Id. Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm#art35>. Acesso em: 2013.

motivos sobre a Reforma da Administração Pública no Senado Federal ⁴, aduzindo que:

A reforma do Estado, que se tornou tema central nos anos 90 em todo o mundo, é uma resposta ao processo de globalização em curso, que reduziu a autonomia dos Estados de formular e implementar políticas e principalmente à crise do Estado, que começa a se delinear em quase todo o mundo nos anos 70, mas que só assume plena definição nos anos 80. No Brasil, a reforma do Estado começou nesse momento, em meio a uma grande crise econômica, que chega ao auge em 1990 com um episódio hiperinflacionário. A partir de então ela se torna imperiosa. O ajuste fiscal, a privatização e a abertura comercial, que vinham sendo ensaiados nos anos anteriores são então atacados de frente. A reforma administrativa, entretanto, só se tornou um tema central no Brasil em 1995, após a eleição e a posse de Fernando Henrique Cardoso. Nesse ano ficou claro para a sociedade brasileira que essa reforma tornara-se condição, de um lado, da consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro e, de outro, da existência no país de um serviço público moderno, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos. A crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo; a globalização, o imperativo de redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, os Estados podiam ter como um de seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades do Estado de continuar a exercer esse papel diminuíram muito. Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infraestrutura - uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial. A diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social democrática está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de coordenar adequadamente a economia.

Vê-se assim, que entre os objetivos fundamentais do PND encontra-se a necessidade de se reordenar a posição estratégica do Estado bem como permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. Brasília, DF: Ministério da Administração Pública Federal e Reforma do Estado, 1997. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno03.PDF. Acesso em: 2013.

O Programa Nacional de Desestatização foi dos principais mecanismos do processo de reforma do Estado. Desde então, vem sendo transferidos à iniciativa privada não só as empresas exploradas pelo Estado sob o regime de direito privado (siderúrgicas, petroquímicas, fertilizantes etc.), mas em especial os empreendimentos constitucionais ou legalmente qualificados de serviços públicos.⁵

A constatação de que o Estado não tinha recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, era um péssimo administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos.⁶ Os serviços que estavam sendo prestados pela Administração Pública, naquela época, eram precários e deficitários.

Conforme afirma Fernando Herren Aguillar⁷:

As estradas estaduais e federais encontravam-se em estado de deterioração acentuada. Faltavam recursos para expandir a rede eletrificada, a rede de saneamento básico, entre outras. Nesse contexto, promoveu-se um extenso processo de desestatização, iniciado ainda no governo militar com medidas de desburocratização, e acelerado nos governos Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso.

A Lei 8.031/90, em seu artigo 2º, § 1º⁸, trouxe três formas de desestatização. Entre elas, considera-se desestatização “[...] a transferência para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade [...]”.

⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.19.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 293, jul./set. 2002.

⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

⁸ De acordo com a Lei n. 8.031/90, art. 2º, § 1º, considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Dentre as diversas modalidades operacionais que pode se valer a Administração Pública para desestatizar os seus serviços, encontra-se a possibilidade de desestatização através do instituto das concessões e permissões de serviços públicos.

Almiro do Couto e Silva ⁹ afirma que “[...] a onda de privatizações provocou no Brasil um renascimento ou uma revivência da concessão de serviço público [...]”. Através da concessão de serviço público, ocorre a transferência da gestão de uma atividade tipicamente pública: em outras palavras, a moderna concepção de Estado não exige dele a execução direta dos serviços públicos e sim que assegure a sua prestação satisfatória a todos.

O Poder Público deve concentrar-se no planejamento e controle das atividades, delegando a particulares, por meio de concessões e permissões previamente licitadas, a execução do serviço e a obtenção da respectiva remuneração pela cobrança de tarifas módicas; esta é a opção que se pretende utilizar para a exploração da telefonia, celular móvel, satélites, melhoria das estradas de ferro, conservação das estradas, distribuição de energia elétrica, água e tratamento de esgotos, transporte terrestre e aquaviário, etc. ¹⁰

Fala-se, portanto, em uma “reengenharia do Estado”, por meio do qual não se cuida apenas, da redução do tamanho da máquina estatal, mas principalmente, de um redimensionamento do Estado à luz de suas novas funções numa sociedade moderna. ¹¹

Nas palavras de Eugenia Cristina Marolla ¹²:

A “reforma do Estado” trouxe o contrato para o centro das relações entre o Estado e os particulares, que os autores chamam de “contratualização”, termo utilizado “para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores”, buscando-se o consenso na atividade da Administração, com relações fundadas na

⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 55, out./dez. 2002.

¹⁰ SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed.rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 132.

¹¹ Ibid., p. 131.

¹² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público**: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 18.

discussão entre os interessados, no qual o acordo substitui os atos unilaterais de vontade.

O processo de desestatização dos serviços públicos assumiu especial relevância com a edição da Lei 8.987/95, conhecida como Lei Geral das Concessões¹³. Sobre esse assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ¹⁴ afirma que:

O fato é que o objetivo é mudar a feição que o Estado havia assumido no período do Estado social. A ideia é liberá-lo da prestação de inúmeras atividades, deixando-as nas mãos da iniciativa privada. Em consequência, ele diminui o tamanho do seu aparelhamento administrativo. Além disso, ele ajuda, subsidia, incentiva a iniciativa privada de interesse público. O Estado continua a exercer as mesmas funções administrativas que já exercia antes: serviço público, polícia, intervenção e fomento. Porém, alteram-se as prioridades, muda-se a política pública, substitui-se a forma de gestão. Onde havia serviço público prestado diretamente pelo Estado, passa a haver a delegação ao particular, por variadas formas; onde havia intervenção direta, pelo exercício de atividade econômica pelo Estado, devolve-se à iniciativa privada, que fica sob a intervenção indireta do Estado, em seu papel regulador e fiscalizador; onde havia a prestação de serviços públicos sociais pelo Estado, passa a haver serviços sociais de interesse público prestados por particulares, com a ajuda do Estado. Diminui a prestação de serviço público pelo Estado e cresce a atividade de fomento. A colaboração do particular com o poder público intensifica-se por meio de variadas formas de parceria.

Conforme se observa, o Programa Nacional de Desestatização foi a força motriz para a retomada das concessões de serviços públicos no país. Surge a necessidade, a partir daí, de se criar mecanismos para a regulação e fiscalização dos serviços concedidos a fim de se garantir a efetiva prestação de serviços públicos adequados.

¹³ Como observa Dinorá Musetti Grotti, “O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas a concessão com o objetivo de privatizar é nova. A concessão renasceu com algumas modificações importantes, porque, no passado, em suas origens, a concessão de serviço público esteve fortemente ligada à outorga para certos empreendedores que queriam implantar o serviço monopólico.” GROTTI, Dinorá Musetti apud ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 565.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003. p. 420.

1.2 O Estado Regulador

Com a desestatização dos serviços públicos, surgiu uma nova função atribuída ao Poder Público, qual seja, a de regular os serviços concedidos. Isso porque, o Poder Público, que antes prestava diretamente os serviços públicos, passou a fiscalizar a prestação dos serviços geridos pela concessionária. Com isso, o serviço concedido continua sendo um “serviço público”, cuja titularidade, permanece com o Poder Público e apenas a sua execução é transferida à iniciativa privada.

Marçal Justen Filho ¹⁵ conceitua regulação econômico-social como sendo “[...] a atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.” Para o eminente jurista¹⁶:

A regulação revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção aos objetivos eleitos.

Jacques Chevallier equipara a noção pós-moderna de intervenção do Estado na economia ao “Estado Regulador”, que atua mais como estrategista, não como um piloto. Não dirige a economia, mas acompanha fenômenos sobre os quais sabe não ter muito controle, tentando prevenir ou mitigar alguns dos efeitos negativos dos fatos econômicos¹⁷.

Para exercer essa nova função, qual seja, a de regular os serviços públicos concedidos, foram criadas as agências reguladoras, tanto na esfera federal quanto nas demais esferas de poder.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 679.

¹⁶ Ibid., p.679.

¹⁷ CHEVALLIER, Jacques apud ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45.

Vê-se assim, que a insuficiência de recursos provenientes do Estado para investimentos necessários ao desenvolvimento de serviços públicos no país, bem como o mau gerenciamento da Administração Pública dessas atividades, conduziram o Poder Público ao processo de transferência para a iniciativa privada da execução de grande parte dos serviços públicos. A transferência para a iniciativa privada dos serviços públicos demandou a criação de mecanismos de fiscalização e regulação desses serviços, razão pela qual foram instituídas as agências reguladoras.

Nas palavras de Antônio Carlos Cintra do Amaral¹⁸

[...] a agência reguladora tem por função básica articular e coordenar as ações do poder concedente e da concessionária, harmonizando os vários interesses envolvidos, sempre com a finalidade precípua de garantir a prestação de 'serviço adequado' ao usuário.

O novo papel do Estado, enquanto regulador implica na redução da atuação direta do Estado. Essa redução da atuação direta não pode implicar qualquer tipo de supressão dos valores fundamentais buscados pelo Estado. Para Marçal Justen Filho¹⁹:

A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia da realização de direitos fundamentais, mas apenas à modificação do instrumental para tanto. Somente se admite a privatização na medida em que existam instrumentos que garantam que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados por meio da atuação da iniciativa privada.

Dessa maneira, entende-se que a contrapartida da desestatização dos serviços públicos é a criação de instrumentos regulatórios que permitam e garantam a efetividade dos valores buscados pelo Estado na prestação desses serviços que passarão a ser executados pela iniciativa privada.

¹⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 161.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 682.

1.3 Conceito de concessão de serviço público

A Constituição Federal de 1988 ²⁰ prevê em seu art. 175, que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos²¹, de forma direta ou sob o regime de concessão ou permissão.

Muito embora não seja a pretensão deste trabalho discorrer sobre o debate doutrinário envolvendo a temática específica acerca de serviços públicos, faz-se necessário apresentar breves considerações sobre o tema, uma vez que para se entender concessões de serviços públicos é preciso anteriormente ter breves noções acerca de serviços públicos.

Nesse sentido, a prestação de serviços públicos é dever do Estado e tem por finalidade a satisfação das necessidades essenciais dos indivíduos, figurando-se como excelente instrumento para a concretização dos direitos fundamentais e realização dos princípios e objetivos fundamentais da república. ²²

Celso Ribeiro Bastos ²³ conceitua que:

O serviço público consiste no conjunto de atividades que a Administração presta visando o atendimento de necessidades que surgem exatamente em decorrência da vida social, própria do homem, embora também atendam interesses individuais. Trata-se, portanto, fundamentalmente da satisfação de algo que emerge da vida em sociedade.

Para Helly Lopes Meirelles²⁴, tem-se que o “[...] serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: set. 2013.

²¹ A França foi o berço da noção de serviço público. No começo do século XX, com Duguit e Jèze, formou-se a chamada Escola do Serviço Público e se alicerçou no ordenamento francês, expandindo-se para o mundo ocidental, a noção de serviço público. Para Duguit, “[...] serviço público é toda atividade cuja realização dever ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental.” DUGUIT apud MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 215.

²² BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 116.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 254.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 378.

estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

Serviço público, portanto, é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalecente no Direito Público.²⁵

Os serviços públicos, de titularidade do Poder Público, podem ser por este exercidos direta ou indiretamente, neste caso mediante concessão ou permissão.²⁶

Entretanto, não há na Constituição Federal, formulação conceitual sobre o instituto da concessão. O regime jurídico para as concessões de serviços públicos foi alcançado com a edição da Lei 8.987/95, conhecida como Lei Geral das Concessões.

Segundo os termos normativos da Lei n. 8.987/95²⁷, considera-se “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”.

Além da Lei n. 8.987/95, outras leis versam acerca do instituto da concessão de serviços públicos.

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81.

²⁶ Muito interessante a visão de Egon Bockmann Moreira sobre os serviços públicos. Segundo o referido autor, “[...] os serviços públicos do dia a dia não são só serviços públicos, mas sim concessões e permissões de serviços públicos. A técnica concessionária invadiu o cotidiano das cidades: todos os dias as pessoas acendem a luz ao acordarem; tomam banho com uso do aquecedor (a gás ou elétrico); bebem água tratada; fazem o café da manhã com alimentos que vieram de portos e foram transportados por aviões, trens ou em rodovias; têm o lixo removido de suas residências; conversam com amigos e fazem negócios na telefonia móvel; andam de ônibus; metrô e aviões; usam a Internet por meio da banda larga de sua TV a cabo ou telefone. Em maior ou menor grau, as concessões e permissões já tomaram conta da nossa vida urbana (considerações à parte, os dramáticos problemas de exclusão social).” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 14.

²⁷ Lei n. 8.987/95, art.2, inc. II.

A Lei n. 9.074/95²⁸ e a Lei n. 11.079/04²⁹ se aplicam ao instituto das concessões, bem como as normas referentes à Lei n. 8.666/93³⁰.

Neste trabalho, delimitaremos as discussões com relação às concessões de serviços públicos denominadas “concessões comuns”, regidas pela Lei n. 8.987/95. Isso porque existem as chamadas “concessões especiais”, que abrangem os conceitos de “concessões administrativas” e “concessões patrocinadas”, também conhecidas como “parcerias público-privadas” (PPP’s).

Arnold Wald³¹ expressa a origem etimológica da palavra “concessão”, explicando os fundamentos da atuação do Estado como co-participante na prestação dos serviços públicos concedidos:

Certo é que, com a outorga da concessão, o Estado não se desobriga do seu dever constitucional de realizar o serviço público, nem abdica da titularidade da sua prestação, mas delega a sua execução ao particular, que a assume com todos os riscos empresariais envolvidos, mas sob a supervisão e a cooperação do poder público. Conforme se verifica pela etimologia da palavra, concessão é uma cessão na qual o Estado continua a atuar como participante, sendo que o prefixo co também é encontrado em outras palavras com sentido análogo, como é o caso de condomínio cooperação, colaboração etc.

Nesse sentido, o contrato de concessão é instrumento utilizado pela Administração Pública para atendimento de uma necessidade da coletividade e, como consequência, o interesse público na sua execução é indisponível, cabendo, em última instância, à Administração assegurar sua prestação.³²

²⁸ BRASIL. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 jul. 1995b. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 2013.

²⁹ Id. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 2013.

³⁰ Id. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 2013.

³¹ WALD, Arnold. Das atribuições e responsabilidades do poder concedente e da concessionária frente às situações de interferência urbana provocadas por boicote ao pedágio de rodovia objeto de concessão. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.228, p. 292, abr./jun. 2002.

³² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 57.

Com isto se afirma que o contrato de concessão é na realidade, um acordo administrativo, com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente.³³

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Vê-se, portanto que no contrato administrativo de concessão de serviço público, o que se transfere não é a titularidade do serviço, mas apenas o seu exercício. Assim, o Estado ainda permanece como sendo o titular do serviço público, tendo delegado através de um contrato, apenas a execução do mesmo.

Concessão é assim o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

Lúcia Valle Figueiredo³⁵ considera que

[...] concessão de serviço público é espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco.

Assim, o serviço público pelo fato de passar a ser gerido por uma entidade privada não perde a sua natureza. O concessionário ao desempenhar uma função pública, passa a ser um colaborador da Administração na realização dos

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 441.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 717.

³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100.

interesses gerais e deverá ter sempre presentes os ditames próprios do serviço público³⁶.

No entendimento de José Carlos de Oliveira ³⁷:

A concessão de serviço de interesse público é ato complexo através do qual o Estado outorga a alguém a prestação de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do poder concedente sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado. O concessionário presta o serviço outorgado por sua conta e risco e remunera-se com a exploração do mesmo através da cobrança de tarifas. Diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro.

A Lei Geral de Concessões é clara nesse sentido ao consignar que a finalidade do contrato de concessão é a prestação do serviço adequado aos usuários conforme estabelecido na Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

Mas o que é o serviço adequado a ser prestado pelos concessionários? De acordo com a Lei n. 8.987/95, art. 6º, § 1º, “[...] serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

No entanto, é cada contrato de concessão que irá detalhar tecnicamente quais serão as obrigações contratuais a serem cumpridas pelos concessionários para se atingir a finalidade da prestação do serviço público adequado³⁸.

³⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100.

³⁷ OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: EDIPRO, 1996. p. 62.

³⁸ A adequação do serviço é avaliável individualmente no que respeita a cada um dos contratos de concessão, de acordo com as peculiaridades do serviço e do modo de sua prestação. Mais ainda – e como defende Letícia Guimarães – a configuração de um serviço adequado depende da ponderação e respectiva compatibilização dos requisitos previstos em lei: “Por exemplo, o possível conflito entre a exigência de atualidade do serviço e a modicidade das tarifas. A lei impõe a aplicação de técnicas, instalações e equipamentos modernos, assim como a melhoria e a expansão do serviço. Entretanto, a implementação dessas exigências implica um aumento no preço das tarifas, podendo, inclusive, comprometer a sua modicidade. A adequação do serviço é, portanto, uma constante busca, a ser feita com esforço e persistência.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 251.

Portanto, pode-se concluir que a configuração do “serviço adequado” dá-se caso a caso, nos termos do respectivo regime estatutário, edital, proposta e contrato.³⁹

Sob a égide da Lei n. 8.987/95, existem duas formas de concessão de serviço público⁴⁰. Existe a concessão de serviços públicos, delineada no art. 2º, inc. II, onde o poder concedente transfere apenas a execução da prestação dos serviços à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, sempre mediante licitação na modalidade de concorrência.

E existe a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, prevista no art. 2º, inc. III, que prevê a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 251.

⁴⁰ Há na França as seguintes espécies básicas de delegação de serviços públicos: (a) *Concession de servisse public*: modelo-tipo da delegação de serviço público, é o contrato em virtude do qual o concedente, pessoa pública, encarrega um concessionário, pessoa pública ou privada, de explorar um serviço público por sua conta e risco. A concessionária é remunerada pela exploração do serviço, ou seja, por meio da receita que auferir dos usuários. Ele pode, todavia, receber do poder concedente certas participações, que podem ter a forma de garantias de empréstimo, de subvenções para equipamentos ou para o equilíbrio do contrato, ou ainda através de indenizações de recomposição da equação econômico-financeira. (b) *Affermage*: muito próxima da concessão, se diferencia dela apenas em razão de o objeto da delegação ser apenas a prestação em si do serviço, sem a construção de infraestrutura, que já é entregue pelo poder público ou por um concessionário anterior, que construíra a infraestrutura. Como o *fermier* fica livre dos ônus da criação da infraestrutura (*frais de premier établissement*) e o Estado continua responsável pela eventual expansão da infraestrutura, geralmente ele deve pagar ao poder concedente certa quantia pelo exercício do direito delegado; (c) *Régie Intéressé*: situada entre a delegação e a mera terceirização, é pela maioria (mas não pela totalidade) da doutrina francesa ainda considerada como um tipo daquela. O delegatário presta um serviço a partir de uma infraestrutura já fornecida pelo poder concedente, que mantém a sua propriedade ao longo de todo o contrato. Deve realizar apenas pequenas obras de manutenção e, naturalmente, a prestação do serviço. O serviço é pago pelos usuários, mas diretamente ao Estado, que, por sua vez, paga orçamentariamente ao régisseur valor calculado de acordo com a quantidade de usuários e a qualidade do serviço prestado; (d) *Bail emphytéotique administratif*: Por ele o particular faz determinados investimentos em imóvel público (ou colocado à disposição do Estado), que servirão à prestação de determinado serviço público, remunerando-se através da exploração de outras instalações por ele construídas no imóvel (ex.: constrói um hospital e um shopping). ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 616.

Na modalidade concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, o concessionário deverá executar as obras necessárias (ou parte delas) para depois prestar o serviço e se remunerar da atividade a ser prestada por ele.

Quem pode conceder um serviço público é primariamente aquela pessoa a quem a norma jurídica confere a respectiva titularidade. De acordo com a Lei n. 8.987/95, art. 2º, considera-se poder concedente, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão. Utiliza-se a expressão “poder concedente” para a unidade administrativa que figura no pólo ativo do contrato de concessão ou que detém a titularidade de determinado serviço público.

Assim, apenas aquelas pessoas, com personalidade de direito público, podem ser titulares de serviços públicos e se autorizadas por lei, têm poderes para outorgar sua prestação a terceiros.

O concessionário deve cumprir as obrigações dispostas na Lei Geral de Concessões e normas setoriais pertinentes, bem como os regulamentos administrativos e ao contrato administrativo de concessão.

1.4 Características dos contratos de concessão de serviços públicos

1.4.1 A mutabilidade no contrato de concessão

Os contratos de concessão são celebrados por longos períodos de tempo. No transcorrer do contrato, surge invariavelmente a necessidade de se adaptar as obrigações contratuais com a nova realidade que se apresenta. O concessionário tem como obrigação prestar um serviço adequado. O concedente, tem como obrigação informar quais são os deveres dos concessionários, em cada época, para se alcançar a prestação do serviço adequado aos usuários.

De acordo com Caio Tácito ⁴¹, “[...] a mutabilidade do contrato administrativo consiste em reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas do serviço, adaptando as estipulações contratuais às necessárias e conveniências públicas.”

Nas palavras de Edmir Neto de Araújo ⁴², trata-se de um dever-poder do Estado:

Doutrinariamente a mutabilidade consiste em reconhecer a supremacia da Administração quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas do serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas. Como se sabe, tal faculdade de alterar (e até mesmo rescindir unilateralmente) é inerente à Administração, e pode ser exercitada ainda que não prevista expressamente em norma jurídica, ou consignada em cláusula contratual, constituindo preceito de ordem pública, que gera tal poder-dever para o Estado, destinado a assegurar a operosidade do princípio da continuidade do serviço público. Por isso os particulares, ao contratar com a Administração, não adquirem qualquer direito à imutabilidade do ajuste ou ainda à sua execução integral, ou mesmo às suas vantagens *in specie*, pois não é possível subordinar o interesse público ao interesse do particular contratado.

Pode-se concluir, portanto que a mutabilidade do contrato administrativo é o poder-dever do Estado de alterar uma ou várias de suas cláusulas contratuais em razão de interesse público.

Nesse sentido, a possibilidade de alteração de determinadas obrigações contratuais pelo concedente é essencial para assegurar a prestação de um serviço adequado aos usuários. Para o jurista argentino, Roberto Dromi ⁴³, o princípio da mutabilidade está implícito em todos os contratos administrativos:

El principio de mutabilidad es una condición exorbitante del derecho privado. No necesita ser incluido expresamente en los contratos administrativos para que tenga plena existencia; debe considerárselo siempre implícitamente incluido. Sin embargo, las partes pueden estipular en cada contrato el modo y la forma de su ejercicio y los efectos que podrá producir en la relación contractual y aun en su subsistencia.

⁴¹ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 205.

⁴² ARAÚJO, Edmir Neto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

⁴³ DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 348.

A mutabilidade é inerente ao contrato de concessão, como a todos os contratos administrativos. Mas a alteração deve respeitar determinadas limitações, como a natureza do objeto, o interesse público e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Assim, desde que exista comprovadamente interesse público para se utilizar determinada prerrogativa da Administração, o contrato poderá ser alterado em função do princípio da mutabilidade dos contratos administrativos, mas, ao mesmo tempo, deverá ser mantido e assegurado seu equilíbrio econômico-financeiro.⁴⁴

Portanto, em contrapartida à essa mutabilidade inerente aos contratos administrativos, existe o direito ao particular à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que o contratado não é obrigado a suportar essas circunstâncias que possam prejudicar a sua remuneração.⁴⁵

1.4.2 As cláusulas exorbitantes

Uma das características do contrato administrativo é a existência de cláusulas exorbitantes. Nesse sentido, preceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁶:

O contrato administrativo se caracteriza pela presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, assim chamadas porque estão fora da órbita (*ex orbita*) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular; assim são as cláusulas que asseguram o poder de alteração unilateral do contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas e tantas outras analisadas além.

⁴⁴ Marcelo Caetano conclui o assunto, aduzindo que “Em resumo ou conclusão: a Administração pode, nos contratos administrativos em que seja parte, impor ao outro contraente modificações nas prestações convencionadas ou alterar por sua autoridade as condições jurídicas e técnicas de execução do contrato; estas modificações e alterações são feitas no exercício administrativos definitivos e executórios, e obrigam por força da cláusula especial de sujeição do contraente particular, mas como é da essência do contrato administrativo que a sujeição do particular seja voluntária e remunerada, ao acto do Poder que autoritariamente afecte o equilíbrio financeiro inicial deve em principio corresponder a revisão das cláusulas de remuneração para procurar restabelecer as condições normais de risco.” CAETANO, Marcello. **Tratado elementar de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra, 1943. v. 1. p. 338.

⁴⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 139.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012 .p. 259.

Mas o que são cláusulas exorbitantes? Quando diz que uma cláusula é exorbitante ou derogatória, significa dizer que em relação do direito comum, mais precisamente, com relação ao direito civil, essa cláusula revela uma posição de “superioridade”, de um dos contratantes. Assim, a cláusula exorbitante seria a que não pode ser utilizada pelo contrato civil e que, inserida em um contrato, derroga (ou revoga) as regras contratuais de direito comum.⁴⁷

Para José Cretella Júnior⁴⁸, enquanto a cláusula do direito comum estabelece a horizontalidade entre os contratantes, as cláusulas exorbitantes, estabelecem um caráter de verticalidade, desnivelando a Administração e o particular. Nesse sentido:

A cláusula exorbitante é a que sai da órbita do Direito Privado e passa a gravitar na órbita do Direito Administrativo; “cláusula derogatória” é aquela “que substitui”, “que fica no lugar” da “cláusula do Direito Privado”, precisamente porque está na esfera do Direito Público. Enquanto a cláusula do Direito comum estabelece a horizontalidade dos contratantes, nivelando-os, a cláusula exorbitante acentua a verticalidade, desnivelando “para mais” a Administração e “para menos” o particular, revelando que o Estado ingressa no contrato “como Estado”, com toda a sua *puissance publique*, assinalando o traço contínuo de “diretor” do particular, na execução do contrato. Não raro, a potestade pública é, em parte, “transferida” ou “delegada” ao particular contratante, *ad usum certum*.

As normas exorbitantes são as que expressam um privilégio da Administração, ou seja, refletem a posição de superioridade que a Administração continua a manter diante do particular.⁴⁹ Dessa forma, a Administração se reserva o poder de alterar certas cláusulas contratuais toda vez que o atingimento da finalidade pública o exigir.

São também consideradas as “cláusulas de privilégios”⁵⁰, cláusulas de prerrogativas ou “cláusulas derogatórias” que conferem à Administração uma posição de supremacia dentro do contrato administrativo.

⁴⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 677.

⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 3. p. 36.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 210.

⁵⁰ “Cláusulas de privilégios”, “cláusulas de prerrogativas”, cláusulas exorbitantes”, ou cláusulas derogatórias” são as que permitem à Administração, “dentro do contrato”, assumir inegável posição de supremacia, de desnível verticalizando o Estado em relação ao particular contratante. Mostram ao intérprete que, ao contratar, a Administração, “não desce”, não se nivela” “não se privativa”, não abdica de sua potestade pública” (*puissance publique*), mas, ao contrário, “dirige” o

Na concepção de Roberto Dromi ⁵¹,

Cláusulas exorbitantes son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían “ilícitas”, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las civiles o comerciales. En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etc.

Na realidade, em função das cláusulas exorbitantes, tem a Administração o poder de instabilizar unilateralmente a relação negocial em nome da satisfação do interesse público, implícitas ou explícitas, dentro do contrato administrativo.

No conceito de Hely Lopes Meirelles ⁵²:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque du droit public*.

As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas. As principais são as que se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de

contratante, fiscaliza-lhe os atos, concede-lhe benefícios; outorga-lhe privilégios, como, por exemplo, o de promover expropriações, aplica-lhe penalidades, baixa instruções, transfere-lhe alguns dos privilégios de que é detentora, impõe-lhe “sujeições”, sempre fundada no interesse público, do qual é guardiã ininterrupta. CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 3. p. 35.

⁵¹ DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 315.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 257.

preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato, na ocupação provisória; na aplicação de penalidades contratuais e na possibilidade de se aplicar a tais contratos a teoria da imprevisão.

Assim, tais cláusulas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Outrossim, não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia em relação ao contratado.⁵³

Vê-se assim que as cláusulas exorbitantes são aquelas consideradas em função do direito civil, e seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.

A esse respeito, existem severas críticas feitas por renomados doutrinadores como Arnold Wald, José Cretella Júnior e Edmir Netto de Araújo.

Arnold Wald⁵⁴ assim explica:

Dizer que cláusula exorbitante é a que não pode figurar no contrato de Direito Civil, sem desnaturá-lo, é o mesmo que afirmar “cláusula exorbitante” é “a que não é cláusula privada”. Assim também, esclarecer que cláusula derogatória é a que substitui a cláusula privada é o mesmo que dizer: cláusula derogatória é a que fica em lugar da cláusula civil. Tais afirmações nada acrescentam ao esclarecimento do tema, configurando estéril tautologia. Nem elucida também a afirmação que diz: cláusula exorbitante é a inabitual contratos privados, por “ilícita”, nestes [...] A verdade é que o Direito Civil, importante e tradicional ramo da ciência jurídica, não é nem raiz, nem tronco principal da árvore o cadinho comum, em que se misturam os ingredientes jurídicos, a principiar pela nomenclatura; é o ramo que despontou em primeiro lugar, que cresceu mais depressa e que se projetou no tempo. Nunca, entretanto, o tronco-mestre, do qual se foram desgalhando os outros ramos.

Na visão de Edmir Netto de Araújo⁵⁵, “[...] não há praticamente cláusula alguma inserida nos contratos administrativos que não possa ser, em princípio, inserida em contrato de direito privado.”

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 257.

⁵⁴ WALD, Arnold. O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do Professor Caio Tácito. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 370.

⁵⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.

José Cretella Júnior⁵⁶, também se posiciona pela crítica à expressão “cláusula exorbitante”, preferindo denominá-las por cláusulas de prerrogativa ou cláusulas de privilégio:

A nosso ver, como dissemos, a expressão “cláusula exorbitante”, embora expressiva, é criticável porque residual. Não é denominação válida, em si e por si, mas tomada com referência ao direito civil, ao chamado “direito comum”. Melhor seria denominá-la “cláusula de privilégio”, “cláusula vertical”, “cláusula de prerrogativa”, sem reportá-la, terminologicamente, ao direito privado, “por exclusão”, residualmente, em relação de minuendo-subtraendo-resto: cláusula exorbitante é a que não pode estar no contrato privado. “Inabitual”, “inusual”, não empregada no contrato privado, se neste fosse introduzida, atentaria contra a ordem pública, por causa de seu caráter de “ilicitude”. Introduzida em contrato privado, não o transformaria em “contrato administrativo”, mas seria “corpo estranho”, repellido pelo direito.

De toda forma, o particular, mesmo sabendo da existência das cláusulas exorbitantes ou cláusulas de privilégio existentes nos contratos de concessão, manifesta sua vontade de contratar com o Estado. Qual a razão?

O interesse dos particulares em contratar com o Estado, mesmo com a existência das cláusulas exorbitantes, inerentes ao contrato administrativo, é consubstanciado pela garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, ao longo de toda sua duração, mesmo no caso de instabilização do vínculo mediante alteração do pactuado ou rescisão da avença unilateralmente pelo Poder Público, entre outras, como veremos.

1.4.3 Cláusulas contratuais e cláusulas regulamentares

Nos contratos administrativos de concessão de serviço público existem duas espécies de cláusulas contratuais. As chamadas cláusulas regulamentares e as cláusulas contratuais ou cláusulas financeiras. As cláusulas regulamentares são aquelas que disciplinam a organização e o funcionamento do serviço, já as cláusulas financeiras, ou contratuais, disciplinam os direitos do contratante com relação à

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 161, p. 18, jul./set. 1985.

remuneração prevista no contrato e a equação financeira a ser mantida durante toda a execução do contrato.

Na lição de Hely Lopes Meirelles⁵⁷:

Assim em todo contrato administrativo coexistem duas ordens de cláusulas: as econômicas e as regulamentares do serviço, da obra ou do fornecimento. Aquelas são inalteráveis unilateralmente, porque fixam a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e estabelecem a equação financeira a ser mantida durante toda a execução do contrato; estas - as regulamentares ou de serviço - são alteráveis unilateralmente pela Administração segundo as exigências do interesse público que o contrato visa a atender. A variação do interesse público é que autoriza a alteração do contrato e até mesmo sua extinção, nos casos extremos em que sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade.

A doutrina denomina as cláusulas que consagram as prerrogativas da Administração em prol do interesse público, de cláusulas “regulamentares”, e as cláusulas que protegem o contratante particular com relação à remuneração e ao equilíbrio contratual, de cláusulas “contratuais”. A concessão, portanto, tem cláusulas regulamentares, estabelecidas unilateralmente pela Administração, e cláusulas financeiras concernentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁵⁸

São consideradas normas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado. Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram as cláusulas regulamentares as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão por ato exclusivo do Estado.

O Poder Público, na condição de titular do serviço público, que deve ditar para o concessionário a maneira pela qual o serviço deve ser prestado ao usuário. Dessa maneira, se faz necessário que a organização e o funcionamento do serviço delegado, mesmo passando a ser executado por um particular, não perca as suas características de generalidade, essencialidade, de continuidade, de modicidade, de relevância, de ser prestado de forma igual para todos os usuários e de ter por fim a satisfação de uma necessidade coletiva.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

Conforme afirma José Carlos de Oliveira ⁵⁹:

O poder concedente detém a prerrogativa legal de introduzir todas as modificações que julgue necessárias para alcançar uma melhor organização e funcionamento do serviço, além de exigir do concessionário adaptações para acomodar o serviço às novas demandas e conveniências para os usuários.

Entende-se, portanto que apenas à parte regulamentar é suscetível de alteração unilateral pela Administração Pública, dentro dos limites atinentes à estrutura do contrato e mediante a contrapartida do reajuste financeiro, se assim for o caso. Por outro lado, ao passo que existem as cláusulas regulamentares, existem as cláusulas que regem a parte de natureza econômica da concessão. Nesse sentido, Edmir Netto de Araújo ⁶⁰ entende que:

Deve-se entender por cláusula econômica não só a que dispõe sobre a remuneração do contratante privado, mas também a que se reflete sobre sua remuneração ou lucro, não podendo também ser alterada ao alvedrio a Administração, pois em certos casos sua alteração poderá tornar inviável ou impossível a execução do contrato, não só do ponto de vista econômico-financeiro, mas até mesmo sob o aspecto técnico.

Exatamente em contrapartida a tais prerrogativas de instabilização da Administração Pública, segue-se o aspecto contratual da concessão, que relaciona-se diretamente com a equação econômico-financeira.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro ⁶¹:

Não há dúvida de que na concessão de serviço público se estabelece uma relação contratual entre concedente e concessionário, na qual este último tem os interesses especulativos próprios de qualquer empresário; daí a razão de ter-se construído toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujo objetivo é garantir que o concessionário, durante toda a execução do contrato, tenha assegurada a percepção de remuneração que lhe permita manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato. Daí também o fato de ser esse equilíbrio estabelecido por meio de cláusulas contratuais, que não podem ser unilateralmente alteradas pela Administração. Trata-se das chamadas **cláusulas**

⁵⁹ OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: EDIPRO, 1996. p. 78.

⁶⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2010. p. 675.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 77. (grifo do autor).

financeiras, que compreendem as referentes à tarifa e outras fontes de receita, além de qualquer outra que possa dizer respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Isso significa que, a parte “imutável”, via de regra, do contrato de concessão de serviços públicos encontra-se nas cláusulas contratuais ou financeiras. Assim, as cláusulas financeiras, que correspondem à chamada parte contratual, são substancialmente inalteráveis.

Portanto, não é qualquer cláusula de um contrato de concessão que pode ser modificada pelo poder concedente.⁶² O poder de alteração unilateral das cláusulas dos contratos de concessão restringem-se exclusivamente à cláusulas regulamentares. Todavia, como veremos, ao instabilizar o vínculo contratual, com a alteração unilateral das cláusulas regulamentares, a Administração deverá recompor a equação econômico-financeira inicial do contrato.

⁶² Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira: “[...] não é qualquer cláusula que pode ser alterada unilateralmente. Ou, mais propriamente, não é o conteúdo de qualquer cláusula que pode ser modificado, mas sim aquelas cuja substancia diga respeito ao objeto do contrato e à forma de sua execução. São passíveis de modificação as cláusulas que disciplinem as prestações atribuídas ao concessionário: o objeto do contrato, entendido como a execução da atividade substancial definida pelo ato de outorga: a materialização da obra, a gestão do serviço concedido e sua prestação aos usuários.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 381.

CAPÍTULO 2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

2.1 Origem histórica

O instituto do equilíbrio econômico-financeiro tem origem no Direito Francês. A primeira decisão que versa sobre esse assunto foi proferida no ano de 1910, na jurisprudência do Conselho de Estado da França, órgão de cúpula da jurisdição administrativa. Trata-se do célebre caso envolvendo a *Compagnie Générale Française des Tramways* e o então Prefeito do Departamento de Bouches-du-Rhône.

A *Compagnie Générale Française des Tramways* era uma concessionária que prestava serviços de transporte de passageiros através de bondes na cidade de Marselha. Na primeira década do século XX, o prefeito, exigiu desta concessionária maior frequência dos veículos para atender às necessidades dos usuários no período do verão. Isso porque, na época do verão, aumentava-se em muito o volume de passageiros. Além disso, o prefeito exigiu que a concessionária ampliasse a sua rede de trilhos a fim de atender populações de demais localidades. O prefeito, assim, visando atender ao interesse da população, exigiu da concessionária o aumento de encargos até então não previstos no contrato de concessão firmado com a *Compagnie Générale Française des Tramways*.

O caso foi levado até o Conselho de Estado Francês ⁶³ e apreciado pelo comissário do governo Léon Blum há época, que afirmou que deveria ser mantida, entre as partes contratantes, o que ele denominou de “*equivalence honnête*”. E essa “equivalência honesta” seria assegurada justamente pela manutenção das bases do acordo, pela equivalência financeira e comercial que foi inicialmente consagrada no momento da contratação.

⁶³ Eugênia Cristina Cleto Marolla, afirma que “[...] o Conselho de Estado admitiu assim, um poder de modificação unilateral do contrato em benefício da administração, poder este consagrado de maneira mais clara no aresto *Compagnie Générale Française des Tramways*”. De acordo com a autora “eles julgaram nessa oportunidade, que a administração tinha o direito de impor ao seu concessionário o aumento no número de ramos em serviço, mesmo que esse número resultasse em aumento de encargos, ‘por assegurar, no interesse público, a prestação normal do serviço’.” MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 40. (nota de rodapé n. 74).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ⁶⁴, reproduz um trecho traduzido da referida decisão administrativa:

É da essência mesma do contrato de concessão buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se concedem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre benefícios prováveis e as perdas previsíveis. Em todo contrato de concessão está implícito, como um cálculo, a **honesta equivalência** entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige. É o que se chama equivalência comercial, a equação financeira do contrato de concessão.

Portanto, ficou consagrado na doutrina francesa e posteriormente em nossa doutrina pátria, que essa “equivalência honesta” entre o concedente e o concessionário é a base do instituto da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

Com relação à decisão proferida no caso da *Compagnie Générale Française des Tramways*, Léon Blum, sustentou que o Estado, pelo contrato, não abdica do seu poder regulamentar, que é independente e tem por finalidade garantir o funcionamento normal do serviço público. Por outro lado, o concessionário, sob esse aspecto, teria direito à equivalência financeira que essa alteração unilateral impactar.

Segue abaixo trecho da decisão ⁶⁵, referente ao assunto:

Havendo o Estado concedido uma linha de bondes, tem o prefeito, pelo art.33 do Regulamento da Administração Pública de 6 de agosto de 1881, o direito de tomar uma decisão que impõe à Companhia concessionária, no que se refere ao número e ao horário de partidas de comboios, um serviço diferente daquele que havia sido previsto pelo protocolo de encargos? – Salvo a faculdade da Companhia pedir uma indenização em reparação do prejuízo que lhe teria sido causado por um agravamento assim trazido em função da exploração.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 97. (grifo do autor).

⁶⁵ Texto original: *L'État ayant concédé une ligne de tramways, le préfet tient-il de l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 le droit de prendre un arrêté imposant à la Compagnie concessionnaire, en ce qui touche le nombre et les heures de départ des trains, un service différent de celui qui avait été prévu par le cahier des charges? - Sauf la faculté pour la Compagnie de demander une indemnité en réparation du préjudice qui lui aurait été causé par une aggravation ainsi apporté aux charges de l'exploitation.* (Tradução de Rodrigo Rossi Horochovski). apud CELLA, José Renato Gaziero. **Contrato administrativo**: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2009. p. 157.

De acordo com Marcus Bittencourt ⁶⁶, sob este aspecto histórico ficou consagrado que “[...] nesses contratos há uma garantia contratual de manutenção da equação econômico-financeira. Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o lucro, em contrapartida, o Estado procura a adequada prestação do serviço.”

Anos mais tarde, em 1916, houve um segundo julgado do Conselho de Estado Francês que versa sobre o tema equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviços públicos. Trata-se do caso envolvendo a *Compagnie Générale D’Eclairage de Bourdeaux* e a cidade de Bourdeaux. Nesse caso, reconheceu-se a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão de serviço público. ⁶⁷

Sobre a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, iremos abordar o assunto no terceiro capítulo deste trabalho.

⁶⁶ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 140.

⁶⁷ Eugênia Cristina Cleto Marolla, afirma que: “Pelo caso *da Compagnie Générale d’Eclairage de Bourdeaux*, o Conselho de Estado desenvolveu a teoria da imprevisão, a qual permitiu assegurar a manutenção dos contratos administrativos em caso de desordem econômica temporária, ou acontecimentos que as partes não puderam prever. A *Compagnie Générale d’Eclairage de Bourdeaux* procurou obter da cidade de Bourdeaux que ela suportasse o sobrecusto resultante do grande aumento do preço do carvão, multiplicado por cinco entre a assinatura da concessão de iluminação e o ano de 1916. Com efeito, em razão da guerra, a maior parte das regiões produtoras de carvão foram ocupadas pela Alemanha e o transporte por mar se tornava a cada dia mais difícil. Nessa oportunidade, o Conselho de Estado decidiu que a variação do preço das matérias-primas em razão das circunstâncias econômicas constituía uma álea do mercado que deveria ser assumida pelo concessionário. De outro lado, como no caso a economia do contrato se encontra absolutamente alterada, pois o aumento do custo de fabricação do gás decorreu do fato do preço do carvão ter ultrapassado os limites do que poderia ser previsto pelas partes, o concessionário não poderia ser compilado a assegurar o funcionamento do serviço nas condições previstas na origem. Convinha, para por fim as dificuldades temporárias procurar uma solução que levasse em conta que o interesse geral exigia a continuidade do serviço, mas também das circunstâncias particulares. Assim, o Conselho de Estado decidiu que a companhia deveria assegurar o serviço, mas que ela teria direito de ser indenizada pelas consequências pecuniárias da situação de força maior que excedia a álea econômica normal.” MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público**: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 40. (nota de rodapé n. 75).

2.2 O equilíbrio econômico-financeiro no direito brasileiro

As primeiras manifestações de garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão podem ser encontradas nas cláusulas de garantia de juros e na cláusula-ouro.⁶⁸

Eugênia Cristina Cleto Marolla traz a seguinte contribuição sobre as referidas cláusulas⁶⁹:

A cláusula de garantia de juros foi expediente utilizado nos contratos de concessão para oferecer, aos capitais privados, garantia de juros mínimos, cobertos por subvenções temporárias, a serem ressarcidas quando a receita do serviço fosse superavitária [...].

A cláusula-ouro visava prevenir oscilações cambiais, por meio da substituição da dívida em dinheiro por dívida em valor (ouro), de forma a garantir a equivalência das prestações, tendo como base a remuneração do capital investido.

Entretanto, as cláusulas de garantia e as cláusulas-ouro foram extintas na década de 30, com a expedição do Decreto n.º 23.501⁷⁰, de 27 de novembro de 1933, que declarou nulas quaisquer estipulações em ouro, ou em determinada moeda estrangeira, que importassem em recusa ou restrição ao curso livre da

⁶⁸ Segundo Caio Tácito: “As concessões de serviço público, nascidas entre nós no último quartel do século passado, se formalizaram como típicas relações contratuais, conferindo ao concessionário a liberdade na captação de receita pelos serviços oferecidos ao público. Como porém a implantação de tais serviços de utilidade pública comportava uma fase de maturação com a incipiente abertura de mercados de escassa ou duvidosa rentabilidade inicial, ofereceu-se aos capitais privados, como atrativo, a garantia de juros mínimos, na ordem de 5% ou 7%, cobertos por subvenções temporárias, a serem ressarcidas quanto superavitária a receita do serviço. Este foi o critério da autorização em Lei n. 641, de 26 de junho de 1852, para a construção da estrada de ferro, que iria se consolidar no Decreto n. 2.450, de 24 de setembro de 1873. [...] Outro sistema preventivo de equilíbrio financeiro encontrou acolhida, principalmente nos contratos de concessão relativos ao fornecimento de energia elétrica e de gás, de forma a prevenir contra as oscilações cambiais os investimentos estrangeiros, consistente na estipulação de cláusulas ouro como base total ou parcial da remuneração do capital investido.[...]. Ambas as garantias, a dos juros mínimos e a estipulação da cláusula ouro, eram, em suma, a síntese, ainda que sumária, do princípio do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos.” TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica – Tarifas - Equilíbrio econômico financeiro. Parecer, **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 203, p. 407, jan./mar. 1996. No mesmo sentido, OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1996. p. 20. (nota de rodapé n. 4).

⁶⁹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 52.

⁷⁰ BRASIL. Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1933. Declara nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil réis papel, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 27 nov. 1993b. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=23501&tipo_norma=DEC&data=19331127&link=s>. Acesso em: 2013.

moeda nacional. E, além disso, o art. 142, da Constituição Federal de 1934⁷¹, vedou à União, aos Estados e aos Municípios dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos.

Foi na Constituição Federal de 1934, que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro começa de fato a tomar forma. O art. 37⁷² da Constituição de 1934 previa que a lei federal deveria regular a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços concedidos, para que o “lucro” dos concessionários não excedessem a justa remuneração do capital, que lhes permitisse atender às necessidades públicas bem como a expansão e melhoramento dos serviços.

Apesar de não se fazer menção específica à expressão “equilíbrio econômico-financeiro”, existia, portanto, na Constituição de 1934, o reconhecimento no plano constitucional da “justa remuneração do capital” dos concessionários de serviços públicos para que houvesse o atendimento às necessidades públicas e à possibilidade de expansão de tais serviços.

Também na Constituição Federal de 1937⁷³, o comando reaparece novamente, no art. 147⁷⁴. De acordo com o referido artigo, fala-se em retribuição justa e adequada ao atendimento regular da prestação dos serviços.

Para Marolla⁷⁵, “[...] a principal mudança observada com relação à Carta de 1934, estava no fato de que essa garantia a justa remuneração do lucro, já àquela falava em justa remuneração do capital.”

⁷¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: set. 2013.

⁷² Ibid., art. 137: “A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.” (grifo nosso).

⁷³ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: set. 2013.

⁷⁴ Ibid., art. 147: “A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.” (grifo nosso).

⁷⁵ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 52.

Da mesma forma, na Constituição Federal de 1946 ⁷⁶, o preceito se reproduz de maneira equivalente ⁷⁷, revelando que o “lucro dos concessionários” não poderia exceder à justa remuneração do capital.

Como bem assevera Caio Tácito ⁷⁸, em todas essas Constituições “[...] o texto constitucional revela a dupla função da tarifa: retribuir o capital investido e propiciar recursos para a expansão e melhoramento dos serviços.”

Foi na Constituição de 1967 ⁷⁹, art. 160 ⁸⁰ e na Constituição de 1969 ⁸¹, art. 167, que o texto constitucional apresenta a expressão “equilíbrio econômico-financeiro”. De acordo com o art. 160, inc.II ⁸² da Constituição Federal de 1967, as tarifas cobradas dos usuários deveriam permitir às concessionárias, a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e ainda deveriam assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

José Anacleto Abduch Santos ⁸³ expõe com propriedade que:

Surge pela primeira vez no ordenamento constitucional a referência expressa ao equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual da concessão de serviço público, bem como ficam expressamente

⁷⁶ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ. 25 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: set. 2013.

⁷⁷ Ibid. Art. 151: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, **a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital,** lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”.

⁷⁸ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica – Tarifas - Equilíbrio econômico financeiro. Parecer, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 407, jan./mar. 1996.

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF. 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: set. 2013.

⁸⁰ Ibid. Art. 160: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; **II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;** III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”. (grifo nosso).

⁸¹ Id. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF. 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: set. 2013.

⁸² Ibid. Art. 167: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; **II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;** e III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.” (grifo nosso).

⁸³ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 43.

estipulados os requisitos fundamentais do regime de concessão, denotando grande preocupação com a figura do cidadão usuário ao preceituar obrigações essenciais ao concessionário, como a de manter o serviço adequado; e ao Poder Concedente, como a de assegurar a tarifa justa em relação aos encargos contratuais e à fiscalização permanente do serviço prestado. Este assento constitucional constituiu um avanço considerável em razão de que a Constituição, ao expressamente consignar noções jurídicas relativas à concessão, estabeleceu um parâmetro de elaboração legislativa e de interpretação de todo o arcabouço normativo infraconstitucional já existente. Isto significa que determinados aspectos da relação jurídica de concessão, que até então estavam disponíveis para as partes quando da contratação, passam a ter observação obrigatória naquele sentido imposto constitucionalmente.

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos não está expressa na Constituição Federal de 1988, como estava nas Constituições de 1967 e na Emenda Constitucional n.1, de 1969.

Na Constituição Federal de 1988, dois dispositivos podem ser considerados quando se trata do assunto. O primeiro é o art. 175⁸⁴ da Constituição Federal. O referido dispositivo constitucional dispõe que “Incube ao Poder Público a prestação de serviços públicos de forma direta ou ainda sob o regime de concessão ou permissão”, devendo para isso observar o “caráter especial” desses contratos. Além disso, fala-se em adoção de política tarifária e a obrigação de se manter o serviço adequado.

Entretanto, a maior parte da doutrina⁸⁵, entende que o regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no direito brasileiro contemporâneo encontra guarida no art. 37 da Constituição Federal de 1988⁸⁶. Tal dispositivo constitucional, aplicável não somente aos contratos de concessão, mas à

⁸⁴ Constituição Federal de 1988, art. 175: 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. Parágrafo único. A lei disporá sobre :I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, **o caráter especial de seu contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. (grifo nosso).

⁸⁵ Marçal Justen Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros.

⁸⁶ Constituição Federal de 1988, art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifo nosso).

todos os contratos administrativos de maneira geral, dispõe que deve-se “manter as condições efetivas da proposta” dos contratos firmados com o Poder Público.

Mas o que significa “manter as condições efetivas da proposta”?

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁷, manter as condições efetivas da proposta significa manter a íntegra da equação econômico-financeira inicial. Para o referido autor:

É evidente que, para serem mantidas as efetivas condições das propostas (constantes da oferta vencedora do certame licitatório que precede o contrato), a Administração terá de manter íntegra a equação econômico-financeira inicial. Ficará, pois, defendida tanto contra os ônus que o contratado sofra em decorrência de alterações unilaterais, ou comportamentos faltosos da Administração, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda provocado por inflação, em todos os contratos que se perlongam no tempo.

Vê-se, portanto, que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro transitou por diversas Constituições Brasileiras, até a atual. Ainda que a Constituição de 1988, não tenha se referido expressamente ao termo “equilíbrio econômico-financeiro” é pacífico na doutrina que tal garantia tem sede constitucional.

Nas palavras de Caio Tácito⁸⁸:

Primeiramente, é inequívoco e flagrante que, há mais de sessenta anos, transita pelas Constituições sucessivas, [...] o princípio de garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público que resguarda, ao mesmo tempo, a economia dos concessionários e o interesse dos consumidores, com a finalidade precípua de manter a capacidade de prestação de serviço adequado, tanto em termos imediatos como para a necessária expansão e melhoria da atividade concedida.

Com relação à evolução histórica da normatização infraconstitucional do instituto do equilíbrio econômico-financeiro, surge em 1961, a expedição do Decreto n.º 309⁸⁹, que autorizava, nos contratos de obras públicas com prazo

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 638.

⁸⁸ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica – Tarifas – Equilíbrio econômico financeiro. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 413, jan./mar. 1996.

⁸⁹ BRASIL. Decreto do Conselho de Ministros n. 309, de 6 de dezembro de 1961. Estabelece normas para revisão de preços de contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. 6 dez. 1961. Disponível em:

previsto superior a seis meses, a inserção da cláusula de revisão de preços por alteração das condições econômicas, em razão de fatos supervenientes e ainda em razão de ônus superveniente excessivo decorrente de ato do Estado.

No ano de 1986, com o Decreto-Lei n. 2.300⁹⁰, de 21 de novembro de 1986, se garantiu expressamente o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. O referido decreto dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal e garantia em vários de seus dispositivos a necessidade do equilíbrio econômico-financeiro⁹¹.

Segundo Arnold Wald e Marina Gaensly⁹²:

Quando elaborado o texto do Decreto-lei nº 2.300/86, o Consultor Geral da República, Dr. Saulo Ramos, salientou na exposição de motivos que nele se consagrava o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, afirmando que: “Os poderes de controle e direção da Administração Pública, na execução dos contratos, constituem um aspecto expressivo que atende à necessidade de satisfazer os interesses coletivos, tornando o particular contratado um real colaborador do serviço público. Assim, o projeto dispõe sobre a alteração unilateral da situação jurídico-contratual, no que pertine às cláusulas regulamentares ou de serviço, respeitada, sempre, equação econômico-financeira do contrato, vale dizer, ‘a equivalência razoável entre as obrigações, atendida álea ordinária do contrato’”.

Também no Decreto n. 94.002⁹³, de 04 de fevereiro de 1987, que dispunha sobre a concessão de obra pública para a construção e exploração de

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decmin/1960-1969/decretodoconselhodeministros-309-6-dezembro-1961-355451-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: set. 2013.

⁹⁰ BRASIL. Decreto- Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. 25 nov. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86impressao.htm>. Acesso em: set. 2013.

⁹¹ Ibid., art. 55: “Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes; [...] d) 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 inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato[...]**.”(grifo nosso).

⁹² GAENSLY, Marina; WALD, Arnold. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (Org.). **Contratos de concessão de rodovias: artigos e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009. p. 88. (nota de rodapé n. 21).

⁹³ BRASIL. Decreto n. 94.002, de 4 de Fevereiro de 1987. Dispõe sobre a concessão de obra pública, para construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. 5 fev. 1987. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-94002-4-fevereiro-1987-444599-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: set. 2013.

rodovias federais, se assegurava em seu art. 4⁹⁴, o equilíbrio econômico-financeiro das relações jurídico-contratuais pertinentes ao objeto da concessão.

Atualmente, o princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro está reafirmado na legislação ordinária, mais especificamente na Lei 8.666/93 e Lei 8.987/95, Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e Lei Geral das Concessões, respectivamente.

A Lei n. 8.666/93 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública. Em seu artigo 58⁹⁵, a referida lei dispõe que a Administração tem a prerrogativa de modificar unilateralmente os contratos administrativos para melhor adequação às finalidades de interesse público, devendo ser revistas as cláusulas econômico-financeiras do contrato para que se mantenha o equilíbrio contratual. Além disso, o referido dispositivo ainda prevê que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não podem ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

Na mesma lei, o art. 65, que versa sobre a possibilidade de alteração dos contratos administrativos, aventa-se a aplicação do princípio do equilíbrio econômico-financeiro para os casos abrangidos pela “teoria da imprevisão”, pelo

⁹⁴ Decreto n. 94.002/ 1987 - art. 4º: “O contrato de concessão, a que aludem os artigos anteriores, além das cláusulas necessárias estipuladas no Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, deverá estabelecer bases e critérios objetivos para a fixação e o reajustamento das tarifas, decorrentes da cobrança de pedágio, com o objetivo de: I - garantir a justa remuneração do capital investido na construção das rodovias e obras rodoviárias federais; II - permitir o melhoramento e expansão dos equipamentos vinculados à obra explorada; **III - assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das relações jurídico-contratuais pertinentes ao objeto da concessão.**” (grifo nosso).

⁹⁵ Lei 8.666/93, art. 58: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. **§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado; § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.**” (grifo nosso).

“fato do príncipe” e pela “alteração unilateral do contrato” por parte da Administração⁹⁶.

E por fim, a Lei 8.987/95, conhecida como “Lei Geral das Concessões”, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços prevê a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos. De acordo com o art. 9, § 2º os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas para o fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro⁹⁷.

E da mesma forma, como prevê a Lei 8.666/93, a Lei 8.987/95, também prevê que a criação e alteração de impostos após a apresentação da proposta implicará em revisão de tarifas para mais e para menos, conforme o caso. Da mesma maneira, quando houver a alteração unilateral do contrato, que afete o equilíbrio contratual garante-se o seu restabelecimento concomitante à tal alteração. Por fim, a Lei 8.987/95, assenta em seu art. 10 ⁹⁸, a ideia de que “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

⁹⁶ Lei 8.666/93, art. 65: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I- unilateralmente pela Administração; [...] II- por acordo das partes: [...] d) 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 consequências 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. [...] § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso; § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

⁹⁷ Lei 8.987/95, art. 9: “A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

⁹⁸ Ibid., art. 10: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

2.3 Conceito de equilíbrio econômico-financeiro

Segundo a doutrina de Marçal Justen Filho ⁹⁹ a “equação econômico-financeira é a relação entre encargos vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato”.

Um dos primeiros doutrinadores sobre esse assunto no direito brasileiro, Caio Tácito¹⁰⁰, afirma que “o equilíbrio financeiro do contrato é [...] um ‘direito fundamental da teoria dos contratos administrativos’ e deve ser respeitado como ‘elemento determinante do contrato’”.

José dos Santos Carvalho Filho ¹⁰¹ igualmente expõe que:

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.

Vale dizer, o equilíbrio econômico-financeiro é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. ¹⁰²

Neste sentido também Celso Antônio Bandeira de Mello ¹⁰³ sustenta que:

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 427.

¹⁰⁰ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 203.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 197.

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 216.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 121.

A expressão “equação econômico-financeira” significa igualdade, equivalência. Corresponde ao termo de equilíbrio que se definiu na conformidade do que os contratantes estipulam quando definiram suas recíprocas obrigações. Esta noção de equivalência, de igualdade que deverá persistir, fica muito bem esclarecida nas seguintes expressões com que Marcel Waline a descreve: “Assim, o equilíbrio econômico e financeiro do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação”, desde então esta equivalência não mais pode ser alterada”.

É indubitoso, portanto, que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro é um dos pilares da teoria do contrato de concessão de serviços públicos. Isso porque, quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes, a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma ele for rompido.¹⁰⁴

2.4 Princípios do equilíbrio econômico-financeiro

A teoria do equilíbrio econômico-financeiro baseia-se em diversos princípios, sejam eles princípios gerais do ordenamento jurídico ou ainda princípios relacionados ao direito administrativo. Cada autor relaciona o princípio do equilíbrio econômico-financeiro a determinados princípios.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁵ lembra que:

A teoria do equilíbrio econômico baseia-se em princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo: o **princípio da equidade**, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra; o **princípio da razoabilidade**, que exige proporção entre o custo e o benefício; o **princípio da continuidade do contrato administrativo**, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato; o **princípio da indisponibilidade do**

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 801.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 98. (grifo do autor).

interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração, a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A tutela à equação econômico-financeira deveria do princípio da isonomia¹⁰⁶. Nesse sentido caso não houvesse a tutela ao equilíbrio econômico-financeiro, toda a comunidade iria se apropriar de um benefício à custa de um particular específico, o que fere o princípio da isonomia.

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro também se relaciona com o princípio da lealdade e da boa-fé. Eugênia Cristina Marolla¹⁰⁷ apresenta a seguinte contribuição sobre o assunto:

A Administração deve atuar em seus contratos com a mais absoluta lisura e respeito aos legítimos interesses econômicos do concessionário. Como alerta Agustín Gordillo: “Se diz, portanto, que os contratos administrativos são essencialmente de boa-fé, o que leva a que a Administração não deva atuar como se tratasse de um negócio lucrativo, nem tratar de obter vantagens ilegítimas às custas do contratado, nem aproveitar-se de situações legais ou fáticas que a favoreçam em detrimento do contratado.”

O princípio da continuidade do serviço público também se relaciona com o equilíbrio econômico-financeiro. É o princípio da continuidade que justifica a aplicação das teorias pertinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (teoria da imprevisão, “fato do príncipe” e fato da Administração), que têm por objetivo permitir ao contratado a continuidade do serviço.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Para Renata Faria Silva Lima: “O equilíbrio econômico-financeiro, é fruto do consagrado princípio da isonomia (CF/88, arts. 1º e 5º, caput), o qual garante a repartição igualitária do ônus e do bônus da *res publica*: a ninguém é dado suportar desigualmente um encargo necessário à consecução do interesse público. Se o interesse é de toda a coletividade, todos os seus membros devem concorrer de forma isonômica, com graus equivalentes de sacrifício, para sua persecução, o mesmo princípio da repartição igualitária dos encargos públicos encontra-se na base da responsabilidade objetiva do estado. Caso o contratado seja obrigado a suportar, sozinho, o ônus necessário ao atendimento ao interesse público, sem co-participação de toda a coletividade no custeio destes ônus, haveria manifesta violação ao princípio da isonomia. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro originário, constitui, pois, essencialmente manifestação específica no princípio maior da isonomia a impedir o enriquecimento sem causa da coletividade a custa do sacrifício individual do contratado.” LIMA, Renata Faria Silva Lima. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual**: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. p. 64.

¹⁰⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público**: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 57.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

Vale ressaltar ainda a relação entre o equilíbrio econômico-financeiro e o direito à propriedade e ao princípio do enriquecimento sem causa. Ora, não pode a Administração Pública se apropriar de patrimônio privado sem a prévia e justa indenização. Nesse sentido, é vedado à Administração Pública beneficiar-se do patrimônio do particular para a consecução de um interesse público, sem que exista a prévia e justa indenização.

A respeito da relação entre o equilíbrio econômico-financeiro e o princípio do enriquecimento sem causa, assim ensina Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁰⁹:

Sem qualquer tipo de receio, podemos afirmar que a manutenção da equação econômica é pressuposto mesmo do instituto da concessão. Afinal, se a concessão se apoia na perspectiva do poder público obter uma melhoria para a coletividade sem desembolsar recursos orçamentários, qualquer desequilíbrio havido nesta relação implicaria em que a Administração amealhasse bens, patrimônio, em detrimento do concessionário. Cabal restaria o enriquecimento desprovido de causa por parte da Administração contratante, o que não pode ser admitido.

Demais princípios relacionam-se com o equilíbrio econômico-financeiro, como o princípio da razoabilidade que garante a proporção entre o custo e o benefício na prestação do serviço, o princípio da eficácia administrativa que exige que a Administração Pública desembolse o menor valor possível nas suas contratações e ainda o princípio da adequação do serviço que garante a qualidade, a atualidade e a prestação do serviço adequado aos usuários.

2.5 Finalidades e características do equilíbrio econômico-financeiro

A concessão de serviços públicos tem que ser interessante tanto para a Administração Pública bem como para o particular que pretende contratar com a Administração. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a não só a garantir aos particulares uma “segurança” quanto ao objeto do contrato, bem como para beneficiar à própria Administração.

¹⁰⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 106, jan./mar. 2002.

Nas palavras de Marçal Justen Filho ¹¹⁰:

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 inocorressem, 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.

Portanto, por um lado, a tutela ao equilíbrio financeiro resulta em menos custo para o poder público. Por outro lado, a intangibilidade da equação econômico-financeira é a garantia ofertada ao particular de que não ocorrerá risco quanto a eventos futuros, incertos e excepcionais. Essa proteção produz a redução geral dos preços pagos pelo Estado no conjunto global de suas contratações. ¹¹¹

Isso significa que ao tutelar a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão garante-se propostas mais vantajosas ao Poder Público. Caso contrário, os particulares, na elaboração de suas propostas, iriam considerar todos os possíveis riscos incertos e futuros do empreendimento, o que aumentaria os custos e impactaria na tarifa a ser cobrada dos usuários ¹¹².

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 776.

¹¹¹ Id. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 428.

¹¹² Nesse sentido, adverte Alexandre Nester: “Não fosse assim, o risco assumido pelos particulares que contratam com o Poder Público seria de tal ordem que inviabilizaria a formulação de propostas condizentes com os preços concorrentes de mercado. Toda contratação administrativa abrangeria a álea extraordinária. A busca da Administração pelo preço mais vantajoso restaria frustrada pela provável postura defensiva (e legítima) dos particulares, que formulariam propostas com preços tão elevados quanto necessário para evitar, além dos riscos normais às atividades empresariais e ao mercado (álea ordinária), os riscos extraordinários e imprevisíveis. Haveria um acréscimo automático e indesejado nos custos de transação.” NESTER, Alexandre Wagner. A variação cambial e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: comentários ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3, jan./mar.2003.

E em razão disso que na doutrina de Caio Tácito ¹¹³ “[...] o equilíbrio financeiro, ou, conforme a terminologia consagrada, o princípio da equação financeira dos contratos tem a função dinâmica de garantir, mediante o justo regime de tarifas razoáveis, a continuidade e melhora do serviço concedido.”

Para Alexandre dos Santos Aragão¹¹⁴, o equilíbrio econômico-financeiro é uma via de mão dupla:

O equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, inclusiva de todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes. Se as áleas extraordinárias em questão ocorrerem desonerando o concessionário, o contrato deve ser revisto em benefício do poder concedente ou dos usuários. Não se trata de sanção ou gravame para o concessionário, mas apenas da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, da mesma forma que ocorreria, caso a álea extraordinária estivesse onerando o concessionário. O que se visa em ambos os casos é evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes. O equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, uma garantia de mão-dupla, razão pela qual os reguladores também devem estar constantemente atentos pra eventuais desequilíbrios em favor dos concessionários.

Portanto, a equação entre os encargos e a remuneração constitui a causa da concessão, tanto para o concessionário como para o concedente ¹¹⁵.

Dessa forma, ocorrendo o evento que desequilibre a relação contratual em favor da Administração Pública, a recomposição da equação inicial deve ocorrer. Por outro lado, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração Pública não constitui gravame ou sanção para o concessionário, mas apenas a aplicação das normas jurídicas ao contrato por ele firmado, mantendo-se os termos econômicos iniciais. ¹¹⁶

¹¹³ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica – Tarifas – Equilíbrio econômico financeiro. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 408, jan./mar. 1996.

¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 637.

¹¹⁵ TÁCITO, Caio. **Direto administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 233.

¹¹⁶ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 51.

José Anacleto Abduch Santos sustenta que o objetivo do princípio do equilíbrio econômico-financeiro é assegurar a permanência da situação jurídica original. Para o referido autor¹¹⁷:

O que se impõe, apenas, é que todas as adequações da equação econômico-financeira sejam realizadas de forma a perseguir o ideal de justiça, em face do interesse público posto sob tutela da Administração Pública. O produto de qualquer recomposição econômico-financeira não deve ensejar situação mais vantajosa, tampouco mais onerosa, para o concessionário, em relação à situação jurídica originalmente definida no contrato de concessão. Igualmente, o poder concedente não deve ser prejudicado, nem auferir vantagens não estabelecidas originalmente em face de qualquer modificação das condições econômico-financeiras da relação contratual. O objetivo do princípio do equilíbrio econômico-financeiro é, então, assegurar a permanência da situação jurídica original.

O objetivo, portanto, do princípio do equilíbrio econômico-financeiro é assegurar a permanência da situação jurídica original, mantendo assim “as condições efetivas da proposta” conforme previsão contida no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

2.6 Distribuição de riscos nos contratos de concessão

De acordo com a Lei 8.987/95, considera-se concessão de serviço público ¹¹⁸ “[...] 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.”

Salienta-se, que a Lei de Concessões, utiliza a expressão, “por sua conta e risco” ¹¹⁹. Ou seja, o delegatário passará a executar determinado serviço

¹¹⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 236.

¹¹⁸ Lei 8.987/95, art. 2, inc.II.

¹¹⁹ Para Fernanda Schuhli Bourges, “A expressão ‘por conta e risco do concessionário é apta a gerar concepções distintas, que podem causar equívocos. De um modo geral, a característica ‘por conta e risco’ é entendida como a ausência de remuneração por parte do poder concedente. Ela decorre da exploração empresarial da atividade, e, se o concessionário for bem sucedido lucrará, se não, arcará com os prejuízos. Importante considerar, no entanto, que o serviço público concedido continua sendo público, desse modo, ele também é prestado por conta do poder concedente, muito embora o concessionário assuma direitos e obrigações em nome próprio, pois o serviço continua

público, por sua conta e risco. Entretanto, faz-se necessário apresentar o que significa tal expressão dentro de uma concessão de serviços públicos e qual a sua relação com o instituto do equilíbrio econômico-financeiro.¹²⁰

Isso porque, a repartição dos riscos é um elemento essencial das convenções de delegação de serviço público e é um elemento determinante do equilíbrio contratual.¹²¹

Para isso, é preciso distinguir os riscos a serem cobertos pelo poder concedente daqueles e os riscos que correrão por conta do concessionário¹²². De acordo com os ensinamentos de Marcos Augusto Perez¹²³:

É que a Lei nº 8.987/95, ao estabelecer que a concessão se dá “por sua conta e risco” referindo-se à esfera de responsabilidades do concessionário, na verdade não transfere normativamente todos os riscos da concessão ao concessionário, mas tão somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer.

Na realidade, é o contrato de concessão que vai estabelecer quais os riscos estão a cargo do concessionário e quais os riscos estão a cargo do concedente.

É o edital de licitação que estabelece, em sua essência, os riscos que serão atribuídos às futuras partes contratantes naquele projeto concessionário. E

sob o regime de direito público e sob a titularidade estatal.” BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 170.

¹²⁰ De acordo com Iggor Gomes Rocha, sobre a definição de risco: “Será imprescindível, além disso, traçar um conceito jurídico operativo de risco para que se possa cumprir o objetivo proposto. Nesse quesito, há uma flagrante ausência no sistema jurídico pátrio da materialização de uma definição de risco. Há na legislação nacional diversas menções, em contextos distintos, aos riscos inerentes aos contratos administrativos, entretanto, não há uma definição legal ou mesmo a estipulação de critérios normativos para a sua identificação. Tal empreitada fica a cargo da própria prática no direito contratual público, da jurisprudência, e, por óbvio, da doutrina.” ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada – da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord). **Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 99.

¹²¹ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 149.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 706.

¹²³ PEREZ, op.cit., p. 131.

com base em todos os riscos envolvidos, que os licitantes apresentarão sua proposta no certame.¹²⁴

Vale dizer, a definição dos riscos no contrato de concessão está intimamente ligado com os custos que serão apresentados à Administração Pública. Por essa razão, os riscos devem ser conhecidos e estimados: isso é imposto a ambos os contratantes (concedente e concessionário), em prol da estabilidade do projeto.¹²⁵

Marcos Augusto Perez¹²⁶ sustenta que:

O correto planejamento da concessão deve ter como um de seus objetivos a identificação dos riscos a ela inerentes para que estes riscos obtenham tratamento contratual expresso. Melhor dizendo, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial não só para a verificação de sua viabilidade econômica e financeira, como também deve conduzir, do ponto de vista estritamente jurídico, à previsão expressa dos riscos contratuais, dos mecanismos de atenuação contratual destas áleas e dos mecanismos contratuais de solução de eventuais conflitos entre as partes (divisão de ônus, inclusive), que sejam relacionados à superveniência de situação fática identificada com os riscos previstos nos estudos prévios à contratação.

Portanto, o contrato de concessão deve estabelecer a correta alocação dos riscos de determinado projeto concessionário, a fim de mitigar seus efeitos. O planejamento da concessão, quanto aos riscos a serem alocados, é de fundamental importância para a própria preservação dos fins da concessão e a solução de controvérsias.

¹²⁴ Marçal Justen Filho no mesmo sentido salienta que: “A exteriorização mais direta do risco do concessionário relaciona-se com tarifa. O risco é ‘precificado’ não apenas na acepção de comportar uma avaliação financeira, mas também no sentido de integrar-se no valor da tarifa. Isso significa que, quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa. A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em custos de transação, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entram sua atividade. Tal evidencia que a ampliação do risco do concessionário é incompatível com a realização do objetivo da tarifa módica. Se uma das finalidades essenciais da delegação é assegurar a prestação do serviço público mediante tarifas módicas, uma decorrência inafastável é a ponderação do risco a ser atribuído ao concessionário.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 78.

¹²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 115.

¹²⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 139.

Existem tipos de riscos existentes no contrato de concessão: os riscos endógenos e os riscos exógenos. De acordo com Carvalho e Oliveira¹²⁷:

Os riscos endógenos são aqueles que podem ser reduzidos pela identificação e atribuição de seu controle às partes que possuam o incentivo adequado para diminuir ao máximo a sua exposição a eles (riscos de construção e de financiamento). Os riscos exógenos são aqueles que não podem ser controlados pelas partes envolvidas em um contrato, isto é, a origem dos riscos não pode ser alterada pela ação direta dos envolvidos no empreendimento.

Nesse sentido, qualquer alteração, seja ela exógena ou endógena, unilateral ou circunstancial, deve respeito à equação econômico-financeira definida pelas condições contratuais.¹²⁸

O projeto de concessão de serviço público deve ser construído com a avaliação objetiva de todos os riscos envolvidos, sejam eles endógenos e exógenos. Entretanto, não há como se prever a ocorrência dos riscos. Há que se elencar os possíveis eventos que possam ocorrer e desenvolver, a partir daí, instrumentos que protejam a relação contratual, como a previsão de contratos de seguros para determinadas situações, procedimentos de reequilíbrios, entre outros.¹²⁹

Ou seja, 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.

¹²⁷ CARVALHO, Antonio Gledson de; OLIVEIRA, Roberto Guena. **Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias de São Paulo**. Local: FIPE, 2001.

¹²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 390.

¹²⁹ Iggor Gomes Rocha afirma que “[...] com base nisso, não se sustenta mais a prática da contratação pública baseada em modelos, costume no país. Há que se elaborar uma adequada identificação da matriz de risco específica adaptada a sua situação e ao seu contexto. Tarefa árdua, sem dúvida, mas que da qual não se pode fugir”. ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada- da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 122.

2.6.1 Álea ordinária e extraordinária

De acordo com a conceituação de José Cretella Júnior ¹³⁰, “[...] as áleas são acontecimentos futuros que influem na economia dos contratos administrativos.” Como os contratos de concessão, são contratos firmados para serem executados em longo prazo, pode haver acontecimentos futuros, que possam interferir na execução dos contratos.

Quando o particular contrata com a Administração Pública fica sujeito a dois tipos de áleas: a álea ordinária (empresarial) e a álea extraordinária¹³¹, que compreende as chamadas álea administrativa e a álea econômica.

A álea ordinária ou empresarial compreendem os riscos normais a serem suportados pelo próprio concessionário.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello ¹³²:

Com efeito, uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas por sua conta, risco e perigos, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, certo risco. Pode, portanto, ser como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou mal-sucedido em suas expectativas legítimas de sucesso econômico. É necessário, então, distinguir entre os riscos a serem cobertos pelo poder concedente. Para proceder a tal distinção é comum recorrerem os autores à doutrina francesa, em que se discrimina a álea ordinária, correspondente aos riscos normais, a serem suportados pelo concessionário [...].

Isso significa que existe um risco empresarial assumido pelo concessionário no momento da sua contratação com o Poder Público. Essa álea

¹³⁰ Cretella Júnior ainda afirma que “[...] em nossa língua, o adjetivo aleatório, da mesma raiz que o nome de que deriva, significa: sujeito a acontecimentos ou contingências imprevistas, dependente de circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis, fortuito, casual.” CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 65.

¹³¹ Para Marçal Justen Filho, “[...]a distinção entre ordinariiedade e extraordinariiedade se relaciona com a probabilidade da ocorrência dos eventos. O critério diferencial não é a mera possibilidade do evento, o que tornaria inútil a distinção: todo evento possível seria previsível e, por isso, integraria a área ordinária. Logo comporiam a álea extraordinária apenas os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 755.

ordinária, que é assumida pelo concessionário, não é passível de reequilíbrio econômico financeiro, na eventualidade da sua ocorrência.¹³³

A álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado e sendo previsível, por ele responde o particular. Por outro lado, existe a álea extraordinária que compreende a álea administrativa e a álea econômica.¹³⁴

A álea administrativa é caracterizada como álea extraordinária uma vez que decorre de atos da própria Administração Pública que interfere na execução do contrato de concessão. Tais atos podem interferir na execução do contrato por razões de interesse público, por normas emanadas de autoridades públicas que incidam sobre o contrato, ou ainda por ações ou omissões da Administração que tenham repercussão direta sobre as atividades do concessionário.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³⁵ afirma que:

Álea administrativa, que abrange três modalidades: uma decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela reponde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido; a outra corresponde ao chamado “fato do príncipe”, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido; a terceira constitui o fato da Administração, entendido como toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o co-contratante particular, a execução do contrato ou, de forma mais completa, é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução.

¹³³ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “[...] no direito francês a álea ordinária, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também as hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações normais dos preços de mercado, insuficiente afluxo de usuários, ou promana de adoção de medidas gerais, exaradas pela Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruinosa a exploração do serviço.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 709.

¹³⁴ Para Marcus Vinicius Bittencourt “Tanto o direito francês, assim como o brasileiro delimitam a álea ordinária, equivalente aos riscos normais de qualquer empreendimento, a serem suportados pelo concessionário, da álea extraordinária, que se reparte em álea administrativa e álea econômica. A questão principal consiste em que somente é possível identificar a ordinariedade ou extraordinariedade do risco em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento.” BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 142.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 283.

A álea econômica, também caracterizada como álea extraordinária, “corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato”. A álea econômica abrange acontecimentos, portanto, que não decorrem da vontade de nenhuma das partes.¹³⁶

Caio Tácito¹³⁷, no mesmo sentido, conceitua que:

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências. A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais (terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (controle econômico, bloqueio de preços) que induzem a greve e inesperada rotura do equilíbrio financeiro do contrato.

Portanto, sempre que o contrato de concessão for influenciado por incidência de fatores imprevisíveis, extremamente onerosos, que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se está diante da álea econômica extraordinária.¹³⁸

Na prática, há uma dificuldade muito grande em se “enquadrar” determinada situação ou acontecimento na teoria das áleas. Para Marçal Justen Filho¹³⁹:

A diferença entre álea extraordinária e álea ordinária somente é simples quando se examinam situações extremas. À medida que o grau de ordinariade se reduz, aumenta o grau de extraordinariade - e vice-versa. Mas é impossível estabelecer um

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 283.

¹³⁷ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 210.

¹³⁸ Sobre esse assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “A álea econômica na França concerne aos riscos derivados de situações anômalas, excepcionais e imprevisíveis – como crises econômicas, bloqueio econômico, desvalorização da moeda pelo Governo ou até acidentes naturais, tais um terremoto, uma grande inundação – que afetam violentamente o equilíbrio da equação e lavariam à ruína do concessionário. Os prejuízos derivados de tais acontecimentos configurados de álea econômica são, de acordo com a doutrina e jurisprudência francesa, partilhados entre o concedente e o concessionário. Em relação a eles é que se invoca a teoria da imprevisão.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 707.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

limite exato, em que certa situação deixaria de integrar uma categoria e passaria a compor outra.

Nesse sentido, como afirma Egon Bockmann Moreira¹⁴⁰, “a classificação genérica entre álea ordinária e álea extraordinária é pouco útil nas concessões”.

E o que acaba acontecendo, na maioria das vezes é que a aplicação da teoria das áleas ordinária e extraordinária não resulta em solução do problema jurídico concreto, mas, ao contrário, gera novos impasses, insegurança e, algumas vezes, cria, até mesmo, novos problemas.¹⁴¹

2.7 A equação econômico-financeira

Como já exposto, o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da celebração do contrato, ente um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, dando-se o nome de equação.¹⁴²

O momento de formação da equação econômico-financeira inicia-se com a elaboração do edital de licitação e se formaliza a partir da efetiva apresentação e o aceite da proposta oferecida pelo licitante vencedor do certame.¹⁴³ Entretanto, passa a produzir seus efeitos apenas após a assinatura do contrato de concessão. De acordo com Marçal Justen Filho¹⁴⁴:

A equação econômico-financeira delinea a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está

¹⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 401.

¹⁴¹ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 115.

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 613.

¹⁴³ Conforme preceitua Egon Bockmann Moreira “[...] afinal, o negócio firmado entre concedente e concessionária advém da integração entre as previsões abstratas da lei e do edital com os termos concretos da proposta vencedora. Esta é que confere determinação e certeza ao contrato – inclusive definindo seu equilíbrio econômico-financeiro.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 229.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 775.

consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito.

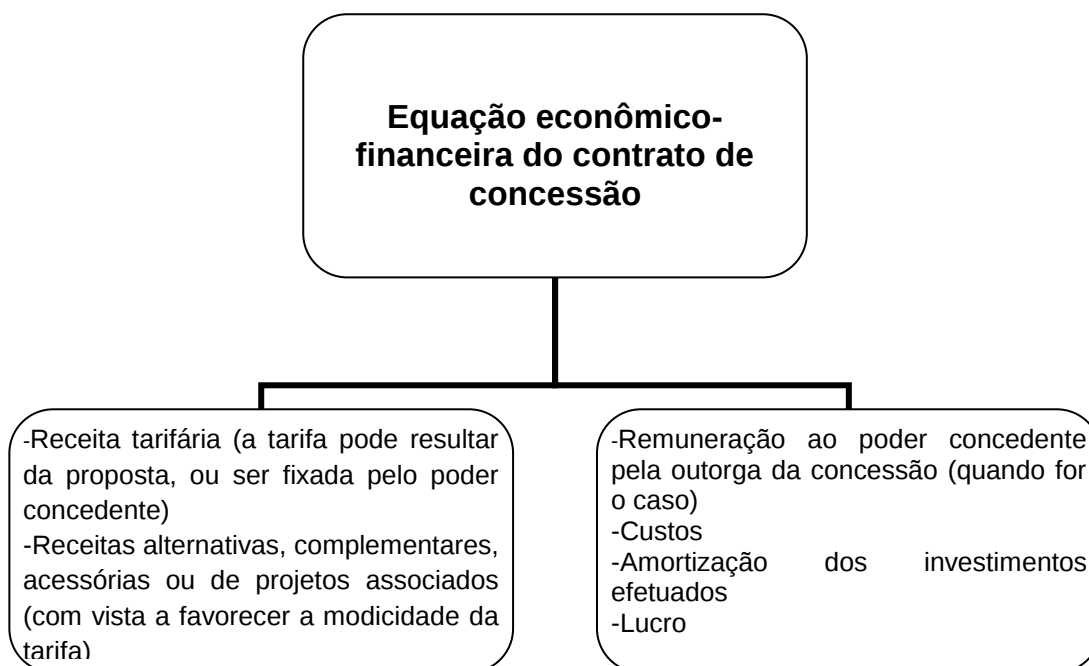
É de extrema importância se definir o momento da formação da equação econômico-financeira, pois a partir deste instante, se estabelecem os direitos e deveres dos contratantes quanto aos riscos estabelecidos naquela concessão. A Lei 8.987/95, em atendimento do disposto no art. 175, inc. III da Constituição Federal estabelece a política tarifária das concessões de serviços públicos.

Conforme expõe Antônio Carlos Cintra do Amaral ¹⁴⁵:

A política tarifária estabelecida pela legislação repousa na equação econômica do contrato de concessão, que abrange, de um lado, a receita tarifária e as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vista à modicidade da tarifa (art. 11 da Lei 8.987/95), e, do outro, os custos, o ônus da concessão (no caso de licitação de maior oferta), a amortização dos investimentos efetuados pela concessionária e o lucro. Tudo isso está relacionado com o prazo da concessão, que se não integra é, pelo menos, parâmetro para a fixação da equação econômica do contrato. Essa situação pode ser assim graficamente exposta:

¹⁴⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Parecer. Consulta formulada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias- ABCR sobre a legalidade do Edital de Concorrência n. 001/2008, da Agência Nacional de Transportes Terrestres- ANTT, que tem por objeto a concessão para exploração do Sistema Rodoviário das BR's 116 e 324, no Estado da Bahia. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP Editora, 2009. p. 101.

Figura 1 - Prazo da concessão



Fonte: AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Parecer. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias:** artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP Editora, 2009. p. 101.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁶ ensina que:

Há uma necessária relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança fixam uma igualdade de equilíbrio. É este equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente mas deve, ainda, procurar preservar.

Dessa maneira o que deve ser preservado é a relação estabelecida entre os encargos e a remuneração pactuada entre os contratantes na proposta. É, portanto, a proposta oferecida pelo particular contratado que vincula a sua relação com a Administração Pública.

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 754.

Nesse sentido, Eugênia Cristina Cleto Marolla¹⁴⁷, também explica que:

Para serem mantidas as efetivas condições da proposta (constantes da oferta vencedora do certame licitatório que precede o contrato), a Administração terá de manter íntegra a equação econômico-financeira inicial. Ao aceitar a proposta apresentada pelo concessionário, a Administração Pública a considera idônea para cobrir os custos da prestação do serviço e para garantir ao concessionário uma margem de lucro, anuindo com a relação entre encargos e vantagens apresentadas. Após a celebração do acordo, essa relação passa a produzir efeitos e a remuneração do concessionário deve assegurar “os termos econômicos que as partes assumiram ao compor o ajuste da equação econômico-financeira, traduzido na proposta aceita ao cabo da licitação”.

Diferentemente do contrato de direito privado em que o equilíbrio contratual se estabelece em relações do tipo $a=b$, ou seja a obrigação de “a” corresponde a obrigação “b”, o equilíbrio contratual nos contratos administrativos, pode ser entendida da seguinte maneira, na concepção de Georges Péquignot¹⁴⁸:

O equilíbrio do contrato de direito privado é estático, do tipo $a=b$, na qual a equivale à obrigação assumida e b equivale à remuneração pactuada. Já o contrato administrativo constitui uma proporção do tipo $a/b=a'/b'$. A prestação e remuneração a e b assumidas contratualmente pela parte em um contrato de direito privado deverão permanecer inalteradas no curso da relação contratual, ao passo que no contrato administrativo, se a Administração substitui uma obrigação a' pela obrigação original, a remuneração original b deverá ser substituída pela remuneração b' visando manter o equilíbrio do contrato.

E indaga-se, porque se utiliza a expressão equilíbrio “econômico” e “financeiro” para se referir ao equilíbrio contratual que deve ser mantido nas concessões de serviço público?

Conforme afirma Arnold Wald:

[...] não obstante a doutrina e a jurisprudência nacional dominantes considerarem que as duas formas de equilíbrio se identificam, deve ser ponderado que o legislador – e especialmente o constituinte – não usa palavras inúteis e que, no Brasil, havia razões especiais para usar uma terminologia que abrangesse tanto os aspectos econômicos como os financeiros da equação contratual”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 54.

¹⁴⁸ PEQUIGNOT, Georges apud SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 135.

¹⁴⁹ WALD, Arnold. O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do Professor Caio Tácito. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 89.

Mario Henrique Simonsen esclarece que enquanto a equação econômica se refere à rentabilidade global do contrato, a equação financeira significa a manutenção das entradas (receitas) e saídas (desembolso) de recursos financeiros do concessionário, na forma e no ritmo inicialmente previstos pelo contrato.¹⁵⁰

O equilíbrio econômico relaciona-se com a rentabilidade global do negócio. Isto significa que o contratante pode sofrer prejuízo durante um ou alguns meses, se os demais lhe proporcionarem lucros tais que o compensem plenamente, resultando em que o contrato tenha sido, na verdade, lucrativo como um todo, a despeito dos meses desfavoráveis. É isto que se espera do concessionário: que formule proposta que lhe assegure resultado econômico satisfatório na soma final do contrato.¹⁵¹

Já o equilíbrio financeiro, por sua vez, corresponde ao suficiente fluxo de recursos financeiros, sem os quais a concessionárias não consegue prover, adequadamente, o serviço que lhe foi outorgado.¹⁵²

Veja-se ainda que o lucro a ser obtido pelo concessionário encontra-se na equação financeira estabelecida entre as partes no momento da execução do contrato. Conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁵³

O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público.

Vale lembrar, entretanto, que “[...] o lucro dos concessionários não devem ficar aquém ou além da justa remuneração do capital.”¹⁵⁴

¹⁵⁰ SIMONSEN apud WALD, Arnold. O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do Professor Caio Tácito. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 90.

¹⁵¹ TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 184.

¹⁵² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 196.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 613.

¹⁵⁴ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2. p. 253.

CAPÍTULO 3 FATORES DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

3.1 A quebra da equação econômico-financeira

Vários são os fatores que podem romper o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão. Tais fatores vão desde a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública visando atender ao interesse público até a fatores externos e imprevisíveis que possam repercutir no equilíbrio contratual.

Fato é que nem todo fator de desequilíbrio contratual gera o direito de reequilíbrio. Como vimos, existe a álea ordinária, ou seja, a álea cuja qual os riscos são integralmente assumidos pelo concessionário decorrentes do negócio. A álea extraordinária, em sua essência, gera o direito ao reequilíbrio contratual, pois são riscos não assumidos pelo concessionário no momento do oferecimento da sua proposta.

Nesse sentido, é preciso, portanto, que o desequilíbrio contratual seja “juridicamente qualificado” para incidir o direito à sua recomposição dentro da economia do contrato. Nas palavras de Iggor Gomes Rocha ¹:

Em outras palavras: é necessário que o desequilíbrio seja qualificado pelo ordenamento jurídico. Ele pode existir sem que daí decorra um dever do contratante de recompor a equação inicial do contrato, e um correspondente direito do contratado a essa recomposição. O desequilíbrio é sempre econômico-financeiro, mas pode decorrer do risco do negócio, hipótese em que a concessionária não tem direito à revisão contratual, para restabelecer a equação econômico-financeira inicial. O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico.

Isso significa que o contrato pode estar com o equilíbrio econômico-financeiro em total desequilíbrio, sem que surja o dever jurídico de ser reequilibrado

¹ ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada – da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 110.

pela parte beneficiada, e o correspondente direito da parte prejudicada solicitar tal recomposição.

Assim, apenas se houver a ampliação ou redução dos encargos e vantagens originalmente previstas em contrato ou ainda se advirem fatos supervenientes e imprevisíveis e de efeitos incalculáveis, as partes podem requerer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original.

Conforme se verá o desequilíbrio somente se caracteriza como “jurídico” se tiver sido causado pela “alteração unilateral do contrato” pela Administração Pública, por um “fato da Administração”, pelo “fato do príncipe” ou por determinado fato incluído na “teoria da imprevisão”.

Dessa forma, o ordenamento jurídico estabelece determinadas hipóteses em que o desequilíbrio ocasionado por um desses fatores gera o direito e o dever de se estabelecer o respectivo reequilíbrio contratual.

Conforme preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello ²:

Em suma: a lei prevê o dever de se restaurar a equação econômico-financeira tanto nos casos em que a Administração, para atender a conveniência públicas, valendo-se de suas competências contratuais, modifica o inicialmente ajustado, afetando o equilíbrio inicial, quanto nos hipóteses em que, valendo-se de competência extracontratual, expede providência que repercute sobre a equação original de maneira gravosa para o contratado, como, afinal, em outros casos nos quais ditos efeitos danosos não provém da ação de quaisquer das partes, mas de força maior ou de eventos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis.

Uma vez ausentes os pressupostos necessários para a caracterização do rompimento do reequilíbrio econômico-financeiro, não há que se falar em reequilíbrio contratual.

Assim, por exemplo, se ficar evidenciado que não houve a ampliação ou redução dos encargos previstos originalmente, ou ainda que determinado evento ocorreu antes da formulação da proposta, ou que era perfeitamente previsível a ocorrência de determinado fato, não se justifica o reequilíbrio econômico-financeiro.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 190.

De toda forma, não se relaciona o equilíbrio econômico-financeiro com as margens de lucros das partes envolvidas no contrato. Conforme já ressaltado, o que se visa é preservar é a situação jurídica original que motivou a contratação.

Nas palavras de Marçal Justen Filho³:

Não é suficiente alegar que o contratado possuiria margens de lucro suficientemente elevadas para arcar com o prejuízo. Nem caberia argumentar que o contratado, em ocasiões anteriores, obteve grandes vantagens nem contratações administrativas ou que, diante de eventos semelhantes, não pleiteou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Todos esses argumentos são impertinentes. Se a proposta consignava margem de lucro muito elevada, a Administração poderia tê-la desclassificado por ser excessiva. Se não o fez e homologou o resultado, reconheceu formalmente a vantajosidade dela. Os eventos passados e atinentes a outras contratações não interferem sobre o contrato afetado pelo equilíbrio.

Além disso, não importa se o evento causador do desequilíbrio causou excessiva onerosidade ou não. Se tal evento impactou no equilíbrio do contrato, tal evento é passível de reequilíbrio⁴.

Além disso, o reequilíbrio contratual deve ser concomitante ao evento desequilibrador. De acordo com o art. 9, § 4º da Lei nº 8.987/95, estabelece-se que “[...] para casos em que há a alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 777.

⁴ Conforme ensina Renata Faria Silva Lima: “Em relação à onerosidade excessiva, também entendemos que o direito subjetivo do contratado dela prescinde, quaisquer que sejam as teorias aplicáveis para fins de reequilíbrio. Exige-se como pressuposto apenas ‘o agravamento da posição do particular’, ‘a elevação dos seus encargos’, em função das áleas extraordinárias (administrativa ou econômica) ou, ainda, de caso fortuito ou de força maior. O princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve assegurar ‘as condições efetivas da proposta’. Não importa perquirir se os encargos do contratado foram majorados de forma ínfima ou de forma insuportável. O particular tem o direito subjetivo à correlação entre os encargos e a sua remuneração. Por óbvio, qualquer alteração dos encargos, por menor que seja, implicará necessariamente o desequilíbrio desta equação, a autorizar o seu reequilíbrio. O princípio visa, sobretudo, à correlação entre encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos.” LIMA, Renata Faria Silva Lima. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual**: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 150.

Logo, prevê o ordenamento jurídico que o restabelecimento da equação financeira deve ser realizada simultaneamente ao evento que ensejou o desequilíbrio contratual.⁵

3.2 Alteração unilateral dos contratos de concessão

A Lei 8.666/63 (Lei Geral de Licitações) estabelece em seu art. 65, §6º, que “em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

Além disso, a Lei 8.987/95 (Lei Geral das Concessões) também estabelece em seu art. 9º, § 4º que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico é claro em reconhecer que nos contratos administrativos de concessão de serviço público, a alteração unilateral desses contratos promovida pela Administração Pública que impacte no equilíbrio econômico-financeiro inicial enseja o respectivo dever de reequilíbrio.

O poder de alteração unilateral confere à Administração a possibilidade de adequar o serviço às exigências do interesse público. Na realidade, quem irá adequar o serviço às necessidades públicas é o particular contratado, o concessionário, não devendo caber a ele os encargos de tal adequação.⁶

⁵ Egon Bockmann Moreira, afirma que “É de se frisar que pouco ou nada valerá ao projeto concessionário o prestígio à ideia de que o desequilíbrio atual possa ser recomposto por decisão judicial transitada em julgado 10, 20 ou 30 anos depois (muitas vezes depois de encerrado o contrato). [...] Num cenário péssimo, a prestação do serviço público será prejudicada e o concessionário ficará detentor de um precatório. É evidente que nada disso atende ao interesse público estampado na Lei Geral de Concessões.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 219.

⁶ Na concepção de Maria João Estorninho “Nestas situações em que, por alterações introduzidas pela Administração, por motivos de interesse público, o contraente particular vier a suportar encargos superiores aos que ele tinha previsto, a Administração é obrigada a rever a própria cláusula de remuneração ou a pagar a justa indenização. Nestes casos, a Administração não se responsabiliza com fundamento na culpa mas sim no fato de sobre ela recaírem, em primeira linha, os encargos da satisfação das necessidades coletivas. Não seria justo que tais encargos se viessem a repercutir exclusivamente na esfera do particular que contrata com a Administração e que, assim, o interesse público fosse realizado à sua custa.” ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

A alteração unilateral dos contratos de concessão pela Administração Pública faz parte da álea extraordinária administrativa. Isso porque, a satisfação das necessidades coletivas não deve recair exclusivamente na esfera do concessionário, daí a necessidade de se reequilibrar econômica e financeiramente os custos de tal alteração contratual pretendida pela Administração Pública.

Conforme afirma Eugenia Cristina Cleto Marolla ⁷, “[...] o poder de alteração unilateral das cláusulas contratuais é uma das cláusulas exorbitantes, conferida à Administração pelo ordenamento jurídico, em razão da cura do interesse público que é a finalidade última da atividade administrativa.”

Como vimos, o poder de alteração unilateral dos contratos administrativos relaciona-se exclusivamente às cláusulas regulamentares, ou nas palavras de Edmir Netto de Araújo ⁸:

Esse poder de alteração unilateral é manifestação do princípio da supremacia da ordem pública, mas só alcança, como se viu, as cláusulas regulamentares, pois o equilíbrio contratual não pode ser desvirtuado. Representa, ainda, a mais comum caracterização das cláusulas exorbitantes, que possibilita à Administração, em nome do interesse público, acompanhar as inovações científicas e tecnológicas em relação ao objeto do contrato, modificar o regime de execução do contrato e suas quantidades nos limites legalmente permitidos, observando o equilíbrio contratual, e até mesmo, pôr fim prematuramente ao contrato que se revele inconveniente, inoportuno, ou inadequado à finalidade e ao interesse público que determinaram a contratação.

A alteração unilateral do contrato deve ser motivada por razões de interesse público⁹. O concessionário, por sua vez, não pode deixar de cumprir as determinações advindas da Administração Pública, cabendo-lhe apenas o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro na proporção dos aumentos dos encargos gerados pela a medida estabelecida pelo Poder Público.

⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011.p.35.

⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.57.

⁹ Pedro Gonçalves explica que “[...] ainda a propósito dos limites do poder de modificação, interessa referir que a intangibilidade do objeto não pretende apenas proteger os interesses (privados) do concessionário, que, aliás, com uma remuneração adequada poderiam ser conveniente atendidos. Deve entender-se que esse limite também serve os interesses da transparência, da objectividade e da neutralidade que regem o procedimento administrativo tendente à adjudicação da concessão. Um ilimitado poder de modificação poderia traduzir-se numa completa desfiguração do contrato celebrado e, desse modo, pôr em crise o sentido do procedimento contratual enquanto momento de determinação transparente e aberta do objeto do contrato.” GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessionária**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 259.

Assim, ao alterar unilateralmente o contrato, surge para a Administração o dever de reequilibrá-lo, sob pena da própria extinção da concessão. Conforme ensina Egon Bockmann Moreira¹⁰:

A manutenção do equilíbrio é a condição para se alterar unilateralmente o contrato – caso contrário a modificação poderá extinguir a concessão (o ato trará consigo o vício do desvio de função). Daí a exigência de estudos comprobatórios de que a alteração efetivamente preserva o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Afinal, o desrespeito ao equilíbrio fere de morte o contrato de concessão.

Entretanto, o poder de modificação unilateral do contrato de concessão, não é ilimitado. Em primeiro lugar, a modificação unilateral limita-se àquelas cláusulas regulamentares do contrato, não podendo incidir, portanto, sobre as chamadas cláusulas financeiras. Além disso, deve ser verificada a competência do agente da qual emana determinado ato. E ainda, a motivação de interesse público deve ser a razão principal e fundamental da alteração contratual¹¹. E por fim, a simultaneidade do reequilíbrio contratual deve ser preservada para se garantir os direitos do contratante.

As condições, portanto, para a alteração unilateral dos contratos de concessão, funda-se em pelo menos quatro requisitos, sendo eles: a incidência sobre as cláusulas regulamentares; a competência do agente; a motivação de interesse público e a simultaneidade do reequilíbrio contratual¹².

Como se vê, quem dá causa a alteração unilateral do contrato é a própria Administração Pública, por razões de interesse público. Caso essa alteração ocasione a alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deverá a Administração Pública restabelecer integralmente os custos ou encargos gerados ao concessionário.

Portanto, é pacífico na legislação e na doutrina que a alteração unilateral dos contratos de concessão pela Administração Pública enseja a

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 383.

¹¹ Ibid., p. 382. Ensina que “[...] dá-se o nome de motivação à explanação dos motivos (de fato e de direito) que levam à prática do ato. A motivação tem efeitos externos ao ato: uma vez tornada pública, a Administração não pode retroceder e desfazer os motivos. Tampouco poderá praticar novo ato que porventura contradiga o outrora consignado. Trata-se de Teoria dos Motivos Determinantes.”

¹² Ibid., p. 380.

obrigação da entidade pública de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro na proporção dos encargos gerados por tal alteração.

Além disso, a legislação estabelece que a recomposição da equação econômico-financeira deve ser concomitante à alteração promovida pela Administração Pública. Isso significa que ao passo que a Administração Pública pretenda alterar os ajustes estabelecidos inicialmente, ela deve ao mesmo tempo promover a restaturação do equilíbrio econômico-financeiro por sua própria iniciativa.

3.3 Fato da Administração

Celso Antônio Bandeira de Mello ¹³ conceitua fato da Administração como “[...] o comportamento irregular do contratante governamental, que nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avançado.” Trata-se de agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, sendo caracterizada com um ato de violação contratual.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro ¹⁴, “[...] o fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico.”

Cumpre-se dizer que, para a citada autora, o fato da Administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando-se escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.

O fato é que sendo ou não ato de violação contratual, se a ação ou omissão íltica praticada pelo Poder Público afetar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, gera para este, o dever de reequilibrar. E por ter sido praticada pela Administração Pública, a recomposição do equilíbrio contratual deve ser integral.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 661.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 284.

Vale ressaltar que tais violações contratuais geram ainda para o contratado o direito pelas perdas e danos sofridos em razão do inadimplemento da Administração Pública.

Já para Marçal Justen Filho ¹⁵, sobre a prática de ilícito contratual pela Administração Pública, alega que a expressão “fato da Administração” é “destituída de qualquer fundamento lógico jurídico”. Isso porque para o referido autor, ainda que o inadimplemento da Administração gere a quebra da equação econômico-financeira, o tratamento a ser dado a casos de inadimplemento deve estar relacionado com a obrigação da Administração Pública indenizar o particular por perdas e danos.

Nas palavras de Marçal Justen Filho ¹⁶:

O ato ilícito contratual praticado pela Administração gera o dever de indenizar o particular por perdas e danos. Essa solução jurídica não se confunde com o efeito gerado pela quebra da equação econômico-financeira, que se traduz na ampliação das vantagens ou na redução dos encargos do particular.

Nesse sentido, não seria possível enquadrar o ilícito contratual praticado pela Administração como uma das causas da quebra da equação econômico-financeira, por terem naturezas distintas. Para Marçal Justen Filho ¹⁷, “[...] as perdas e danos consistem numa importância em dinheiro a ser paga à parte inocente, e não se confundem com a alteração do valor original a ela devido.”

3.4 Fato do príncipe

De acordo com José Cretella Júnior ¹⁸, “príncipe” significa autoridade pública, Administração, Poder Público, Estado. Há uma infinidade de conceitos acerca da teoria do “fato do príncipe”. As principais discussões a respeito do tema, giram em torno das seguintes questões: seria o “fato do príncipe” uma medida de

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 557.

¹⁶ Ibid., p. 558.

¹⁷ Idem.

¹⁸ José Cretella Júnior explica que “[...] dava-se outrora o nome de ‘fato do príncipe’ a toda medida arbitrária com caráter de violência e que repousava sobre a força coercitiva de que dispunha o detentor da autoridade”. Vigorava, então, o regime que agradava ao soberano, ao príncipe. Por extensão de sentido, e levando-se em conta a metamorfose dos regimes políticos, nos modernos Estados de direito, ‘príncipe’ significa autoridade pública, administração Poder Público, Estado.” CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 49.

ordem geral relacionadas especificamente ao contrato ou não? A medida deve ser emanada do próprio poder concedente ou de qualquer órgão da Administração Pública em geral que repercuta na equação do contrato? Trata-se de atos lícitos ou ilícitos? A responsabilidade pela ocorrência do “fato do príncipe” seria contratual ou extracontratual?

Serão explanados a seguir, os conceitos dos principais autores sobre essas questões. Entretanto, o fato indiscutível é que o “o “fato do príncipe” se caracteriza por ser um evento imprevisível e extraordinário, emanado da Administração Pública, que provoca o desequilíbrio na equação “econômico-financeira do contrato”.¹⁹

Caio Tácito²⁰ explica que, “[...] primitivamente, a teoria do ‘fato do príncipe’ abrangia todo e qualquer ato de autoridade pública, que viesse a onerar, direta ou indiretamente, os encargos de exploração do concessionário, fora dos riscos normais e previsíveis.”

José Cretella Júnior²¹ também equipara “fato do príncipe” ao fato da Administração, entendendo-os como “[...] toda e qualquer providência da iniciativa dos Poderes Públicos que torna mais onerosa a situação das partes que contratam com o Estado.”

Nesse sentido, não haveria diferença entre “fato do príncipe” e fato da administração, uma vez que poder-se-ia entender que o “fato do príncipe” se aplicaria tanto em casos que a Administração atue diretamente na execução do contrato, onerando a situação do concessionário, bem como medidas de ordem geral que também afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Ou seja, uma vez que a medida tenha sido emanada da Administração

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 211.

²⁰ Conforme explica o autor Caio Tácito, “O Conselho de Estado da França, a partir de 1949, a propósito de contratos de concessão de serviço público, limita a aplicação da teoria do ‘fato do príncipe’ às medidas tomadas pela própria administração concedente, e remete para a teoria da imprevisão a hipótese em que o prejuízo é oriundo de ato de autoridade estranha ao contrato.” TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 208.

²¹ Para o autor, “O ‘fato do príncipe’ tem por finalidade, quando influi na situação econômica do contratante, outorgar-lhe o direito de exigir a reparação definitiva do prejuízo causado pela Administração sob o aspecto de uma complementação do preço. Exige a equidade que o contratante não sofra prejuízo, nem mesmo a diminuição de sua renda, em consequência de medida tomada pela Administração. O ‘fato do príncipe’ é, em última análise, uma aplicação da teoria da reparação equitativa do dano causado por iniciativa alheia.” CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 3. p. 53.

Pública, contratual e ou extracontratualmente, afetando a equação inicialmente estabelecida, estaríamos diante de um evento caracterizado como “fato do príncipe”.

Roberto Dromi ²², na mesma linha de pensamento, também entende que para se caracterizar “fato do príncipe”, o ato lesivo pode ser emanado de qualquer órgão da Administração Pública, seja ela a entidade contratante ou não. Basta que a decisão seja proveniente da Administração Pública que onere a execução do contrato, afetando o seu equilíbrio inicial.

Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello ²³, entende que o “fato do príncipe” seria “[...] agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença.”

Concordamos com a ideia de José dos Santos Carvalho Filho ²⁴, que entende que independe do órgão da qual emanou o ato. O príncipe é o Estado e qualquer de suas manifestações internas, assim, uma medida emanada da União Federal que atinja um contrato celebrado entre um Estado-membro e um concessionário caracteriza-se “fato do príncipe”.

Para Marçal Justen Filho ²⁵ a questão não se encontra determinada acerca da entidade contratante, mas sim na lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito que onere o concessionário. Nas palavras do autor:

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

²² Assim define o referido autor: “*Cuando la ecuación económico-financiera del contrato administrativo se altera por un acto imputable al Estado, da lugar al denominado hecho del príncipe. [...] El acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho del soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar desarrollo del contrato. El teoría del príncipe se manifiesta através de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, lesionando los derechos del contratista.*” DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 362.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 658.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 211.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 431.

objeto de indenização. Essa solução decorre de uma valoração produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação.

Exemplo de “fato do príncipe” é a criação de tributos que incidam sobre a atividade do concessionário. Assim, ao elaborar sua proposta, o concessionário, previu em seu fluxo de caixa a incidência de determinados tributos, vigentes à época da licitação. Não poderia o concessionário prever, ou supor, a criação de determinados tributos que poderiam incidir sobre o seu negócio. Logo, a criação de tributos que onerem a atividade do particular contratado, deve ser reequilibrada pela Administração Pública. Da mesma forma, que caso deixe de incidir determinados tributos sobre aquela atividade concessionária que havia sido prevista na proposta do licitante, caberá o reequilíbrio em face da Administração Pública.

Portanto, para caracterizar um determinado como “fato do príncipe”, devem estar presentes alguns requisitos. Em primeiro lugar, como se trata de um desequilíbrio econômico-financeiro em um contrato administrativo, é imprescindível, em primeiro lugar, a existência deste. Além disso, faz-se necessário a existência de uma medida emanada pela Administração Pública, que cause impactos no equilíbrio contratual, que não esteja prevista na álea ordinária daquele contrato. E por fim, que a medida emanada pela Administração Pública tenha sido posterior a formulação da proposta.

A grande discussão travada na doutrina é acerca da responsabilidade do Estado pelo restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro na ocorrência do “fato do príncipe”.

Determinados autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendem que a responsabilidade do Estado, na ocorrência do “fato do príncipe”, é extracontratual, uma vez que se trata de medida de ordem geral que incide reflexamente no contrato administrativo firmado. Ou seja, difere da responsabilidade que é atribuída ao Estado quando se está diante de uma alteração unilateral do contrato ou o fato da Administração, que são situações em que decorrem da própria relação contratual, cuja responsabilidade seria contratual.

Para Di Pietro²⁶, “no caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico- financeiro do contrato repousa na mesma ideia da equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado”.

Também é este o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷ que entende que a responsabilidade do Estado pelos agravos econômicos resultantes de medidas gerais tomadas pela Administração Pública que repercutam na equação financeira dos contratos, seria extracontratual. Nesse sentido, o autor ressalta 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 meneio de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular.

Identificar se a responsabilidade pela ocorrência do “fato do príncipe” é contratual ou extracontratual, é inócua no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não há distinção legal entre ambas para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro²⁸. Assim, ocorrendo determinado evento caracterizado como “fato do príncipe”, responde a Administração pelo reequilíbrio contratual.

Caio Tácito²⁹ é categórico em afirmar que seria irrelevante avaliar se a Administração Pública atuou de forma direta ou indireta na relação contratual. Para o autor:

É irrelevante se a administração concedente lesou a equação financeira em virtude de modificação direta de uma estipulação

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 284.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 658.

²⁸ Marçal Justen Filho explica que “[...] na França somente se aplica a teoria do fato do príncipe quando a modificação for proveniente da mesma esfera estatal que aquela que figura no contrato, porque se trata de uma modalidade de indenização. Não se pode encontrar um fundamento jurídico para que o ente estatal participe do contrato arque com os efeitos de ato que não praticou. Neste caso, haverá dois sujeitos estatais, aquele que editou o ato que produz efeitos onerosos, e aquele que é parte no contrato. Logo, a solução é aplicar a teoria da imprevisão, instrumento adequado a neutralizar os efeitos econômicos onerosos provenientes de fatos alheios à contratação. A distinção é relevante na França porque os efeitos da teoria da imprevisão são diferentes daqueles do fato do príncipe. Na última hipótese, os direitos do particular são mais intensos do que os reconhecidos em vista da teoria da imprevisão.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 553.

²⁹ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 208.

contratual ou do caderno de encargos, ou se apenas indiretamente atingiu as condições de execução do contrato, desde que sobre ele ocorreu a incidência especial do ato administrativo. Em ambos os casos, a teoria do “fato do príncipe” resguarda a estabilidade financeira do outro contratante.

A teoria do “fato do príncipe” como um evento desequilibrador da equação econômico-financeiro está consubstanciada na Lei Geral de Licitações, Lei 8.666/93 e também na Lei 8.987/95.

Conforme estabelece o art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, os contratos administrativos poderão ser alterados 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 consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou “fato do príncipe”.

A Lei 8.987/95 estabelece em seu art. 9º, §3º, que ressalvados os impostos sobre a renda ³⁰, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Além disso, o ordenamento jurídico não discrimina qual deve ser a identidade do sujeito responsável pela medida emanada do Poder Público, para a caracterização de eventos abrangidos pela teoria do “fato do príncipe”, ou seja, se deveria ser emanada pela autoridade contratante ou não.

Mas como deve ser o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro na ocorrência do “fato do príncipe”? De acordo com a doutrina de Celso

³⁰ Egon Bockmann Moreira explica a razão da ressalva acerca dos impostos sobre a renda. Para o autor “[...] a ressalva dos impostos sobre a renda pode ser explicada porque não se está diante de impacto endógeno à execução do contrato (com reflexo nos deveres e obrigações), mas com repercussão na distribuição dos ganhos empresariais aos acionistas do concessionário. O imposto sobre a renda incide sobre o produto do capital ou do trabalho (ou da combinação de ambos), cuja base de cálculo é o lucro – a receita menos a despesa. Não incide diretamente nos custos do projeto concessionário e não gera impacto endógeno à prestação do serviço ou obra. São dados externos à equação que compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desta forma, caso as variações do imposto sobre a renda tivessem efeito para o reequilíbrio contratual, estar-se-ia diante de violação ao princípio da isonomia por meio da instituição de privilégio desarrazoado e desproporcional a determinada categoria de contribuintes.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 372.

Antônio Bandeira de Mello, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, em decorrência do “fato do príncipe”.³¹

No mesmo sentido, entende Caio Tácito³², que o restabelecimento dos prejuízos decorrentes do “fato do príncipe” deve ser realizado de maneira integral. Assim, afirma que:

Podendo agravar os encargos do concessionário, à revelia de seu consentimento ou previsão, fica, no entanto, o poder concedente obrigado a indenizar integralmente o prejuízo causado. É constante, nesse sentido, a jurisprudência do Conselho de Estado, segundo a teoria do “fato do príncipe”.

Roberto Dromi³³, adotando o mesmo entendimento de Caio Tácito, também considera que “[...] *la aplicación de la teoría del hecho del príncipe obliga a la Administración Pública, al Estado, a indemnizar integralmente al contratista por los perjuicios que e lacto estatal le haya causado al alterar el contrato.*”

Desta maneira, entende-se que os encargos impostos ao concessionário, correspondentes à hipótese de aplicação da teoria do “fato do príncipe” enseja a recomposição integral da equação econômico-financeira.

3.5 Teoria da imprevisão

Os contratos de concessão de serviços públicos geralmente envolvem a prestação de serviços públicos essenciais à comunidade, tais como prestação de serviços de fornecimento de água, eletricidade, saneamento, entre outros. Tais serviços garantem à população condições dignas de sobrevivência, razão pela qual a interrupção do fornecimento de tais serviços acarretam em prejuízos para seus usuários.

³¹MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 658.

³²TÁCITO, Caio. **Direto administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 207.

³³DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 363.

Tais contratos, em razão de serem firmados por longos períodos de tempo, podem ser afetados por situações imprevisíveis, ou ainda previsíveis de efeitos incalculáveis que acabam por onerar uma das partes contratantes.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico, em prol da continuidade da prestação dos serviços públicos, ao lado da possibilidade de alteração unilateral dos contratos, da teoria do “fato do príncipe”, estabelece a teoria da imprevisão, como um dos fatores de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Ocorre a teoria da imprevisão quando, no curso do contrato, sobrevêm eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertem a equação econômico-financeira do pacto.³⁴

A teoria da imprevisão abrange situações incapazes de ser previstas por ambas as partes no momento da celebração do contrato, onerando a sua execução.

Eduardo Garcia de Enterría, afirma que³⁵:

Esse maior ônus sobrevivendo capaz de colocar o contratante em uma situação insustentável pode resultar também, à margem da conduta da Administração e com independência da boa gestão daquele, em acontecimentos imprevisíveis e imprevisíveis no momento de celebrar o contrato. Quando estes acontecimentos se produzem, a Administração titular do serviço público se vê colocada em uma difícil situação. Certamente, nada a obriga a compensar o concessionário, já que os fatos causantes do desequilíbrio contratual são absolutamente alheios e independentes da atividade administrativa, nada se opõe tampouco à aplicação taxativa e rigorosa da *lex contractus* e, em consequência, à resolução do contrato com perda da fiança prestada pelo contratante, no caso de que este se veja obrigado ao descumprimento do pactuado. Sucede, não obstante, que esta solução em nada beneficia ao interesse público que, pelo contrato, ficará insatisfeito ao interromper-se bruscamente a gestão do serviço. A lógica do *contractus lex*, que postula a rescisão por descumprimento, se enfrenta assim à lógica do serviço público, que advoga em prol de uma solução que garanta a continuidade do mesmo. Deste conflito nasce a teoria da imprevisão ou do risco imprevisível, segundo a qual a Administração deve, nestes casos, acudir também em ajuda do concessionário, compartilhando com ele os riscos, que de forma imprevista hajam podido surgir, com o fim de evitar o colapso total do serviço concedido.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 210.

³⁵ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 657.

Assim, a fim de garantir à lógica do serviço público que visa preservar a continuidade da prestação dos serviços públicos, para determinados eventos imprevisíveis e transitórios, aplica-se a teoria da imprevisão a fim de se evitar a rescisão contratual diante de todo e qualquer evento dessa natureza e a fim de evitar todo o “caos” de se interromper a prestação de serviço, além de todo o processo de contratação de novo concessionário.

Em razão disso, a teoria da imprevisão não se trata de uma garantia em benefício do concessionário, mas sim um mecanismo capaz de assegurar o fim público do contrato de concessão na ocorrência de circunstâncias anormais.³⁶ Portanto, a finalidade de se estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro na ocorrência de fatos imprevisíveis é garantir o fornecimento de serviços públicos ainda que na ocorrência de situações não previstas, ou impossíveis de se prever, no contrato de concessão, que oneram a sua execução, que podem ser ajustadas pelas partes no curso do contrato, sem a necessidade de rescisão contratual.³⁷

Os fatos imprevisíveis, ou ainda fatos previsíveis de efeitos incalculáveis, podem, como vimos impedir a execução total do contrato ou apenas tornar excessivamente onerosa o cumprimento da obrigação de uma das partes. No primeiro caso, estar-se-á diante da resolução contratual. No segundo caso estar-se-á diante de da teoria da imprevisão, que apesar de tal faculdade, não a visa resolução contratual, mas sim a compensação dos prejuízos causados em razão da elevação da contraprestação de uma das partes.

Para Marcello Caetano³⁸ “[...] o caso imprevisto será, por conseguinte, o facto imprevisível e estranho à vontade dos contratantes que, determinando a modificação das circunstâncias econômicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa do que caberia no seu risco normal.”

³⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 661.

³⁷ Sobre o assunto Roberto Dromi explica que “[...] *ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del contratista, es obligación del Estado asistirlo para que pueda cumplir el contrato. Es la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos.*” DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 363.

³⁸ CAETANO, Marcello. **Tratado elementar de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra, 1943. v. 1. p. 339.

Ocorrendo o caso imprevisto, o concessionário não fica exonerado da obrigação de cumprir o contrato. No entanto, pode lhe ser permitido pleitear uma indenização referente aos prejuízos ocorridos em decorrência de tal situação imprevista, pleitear a revisão das cláusulas de remuneração, ou até mesmo a rescisão contratual.³⁹

Isso porque, existem determinados fatos que não impedem totalmente a execução do contrato, mas apenas acarretam custos que não estavam previstos inicialmente. Ou seja, os casos imprevistos que impactam na manutenção das condições efetivas da proposta, devem ser reequilibrados.

A aplicação da teoria da imprevisão dentro do Direito Administrativo tem origem nas decisões do Conselho de Estado Francês⁴⁰, em especial na decisão proferida em 30 de março de 1916 envolvendo a *Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux*.

Neste caso, a *Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux* era a responsável pelo fornecimento de gás na cidade de Bordeaux. Para o fornecimento do gás, utilizava como matéria prima o carvão. Em razão da Primeira Guerra Mundial, que impactou no transporte marítimo e terrestre entre os países, houve o substancial aumento do preço de carvão que passou de 35 francos a tonelada em janeiro de 1915 para 177 francos em março de 1916. Com isso, o serviço prestado pela Companhia foi onerado excessivamente em razão do aumento do preço da matéria prima. Em razão disso, a empresa requereu ao Município de Bordeaux a autorização para o reajuste das tarifas, o que foi negado.

Diante da negativa da revisão das tarifas de gás em razão do aumento do preço do carvão, o caso foi levado ao Conselho de Estado Francês que declarou que o Município de Bordeaux tinha o dever de manter o contrato da companhia de gás e determinou o pagamento de uma indenização pelos prejuízos ocasionados pelo aumento do preço do carvão.

Na decisão do Conselho de Estado Francês, o aresto consignou que as partes poderiam optar, em substituição à indenização aduzida, pela celebração

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 3. p. 62.

⁴⁰ A decisão na íntegra do Conselho de Estado francês encontra-se em sua versão original e traduzida foi extraída do livro: CELLA, José Renato Gaziero. **Contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 161.

de um novo contrato em que se elevaria o preço das tarifas de gás, devendo esse reajuste ser suportado pelos usuários. A partir daí, consolidou-se a possibilidade do reequilíbrio contratual na ocorrência de casos imprevistos para assegurar a própria continuidade do serviço público.⁴¹

José Anacleto Abduch Santos⁴² destaca os requisitos dos eventos abrangidos pela teoria da imprevisão:

Pela doutrina do Conselho de Estado Francês, para que se possa invocar a teoria da imprevisão, deverão estar presentes na relação contratual os seguintes requisitos: deve tratar-se de uma relação contratual administrativa em curso de execução; deve haver a ocorrência de um acontecimento excepcional, absolutamente imprevisível e alheio à vontade das partes e que provoque alteração na economia do contrato; o acontecimento excepcional deve impor carga excessivamente onerosa para a execução do contrato, que exceda, pois, a álea ordinária e previsível; o concessionário não deve ter suspenso a execução do contrato; deve tratar-se de situação anormal, temporária e não definitiva.

José Cretella Júnior⁴³ considera que “[...] a teoria jurídica da imprevisão é destinada a permitir às partes, através de um *modus vivendi*, provisório, a possibilidade de sair de uma situação anômala para ingressar numa situação contratual.”

Isso significa que a relação contratual, bem como prestação do serviço público estará protegida das situações imprevistas. Uma vez identificada as situações imprevistas, as partes devem manter a relação contratual, desde que reste assegurado o reequilíbrio econômico-financeiro dos prejuízos ocasionados por tal situação.

Caso contrário, o concessionário iria à ruína. Isso porque, na maioria dos casos, as situações imprevistas atingem o concessionário, uma vez que a

⁴¹ José Anacleto Abduch Santos ressalta que “A decisão criou, paralelamente à concepção de morte contratual, típica da teoria da força maior, uma teoria de vida contratual, e que uma de suas características específicas foi a de não abranger a totalidade da perda ou dano contratual provocado pela alta da matéria-prima (diferença entre o lucro previsto contratualmente e aquele efetivamente obtido após o revés econômico), mas tão-somente consistiu ela em uma simples ajuda destinada um período difícil gerado por circunstâncias econômicas.” SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 171.

⁴² Ibid., p. 177.

⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 3. p. 67.

maioria dos encargos contratuais constituem obrigações pertencentes a este. Ao passo que a teoria da imprevisão surge para garantir a continuidade da prestação do serviço público sob condições imprevistas e anômalas, não seria possível que o concessionário arcasse sozinho com tais prejuízos, o que acarretaria, em última análise, na interrupção do serviço em razão da falência do concessionário.

Para se caracterizar a teoria da imprevisão o fato deve ser imprevisível, ou ainda pode ser previsível, porém com consequências incalculáveis. E ainda há que se considerar a onerosidade causada por tal situação bem como a não participação das partes para a ocorrência do evento.

Conforme preceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro ⁴⁴:

Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária, a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só 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. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes: se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas consequências de seu ato; se decorrer da vontade da Administração, cai-se nas regras referentes à álea administrativa (alteração unilateral e teoria do fato príncipe).

A Lei 8.666/93, Lei Geral das Licitações, prevê em seu art. 65, II, d, a possibilidade de alteração dos contratos administrativos para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências 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.

Além disso, a Lei 8.987/95, Lei Geral das Concessões, ainda que não estabeleça expressamente a possibilidade de reequilíbrio econômico financeiro, em razão de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, define em seu art. 10, que sempre que forem atendidas as condições do contrato,

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 289.

considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Veja-se, que no caso da ocorrência de um fato compreendido abrangido pela teoria da imprevisão, estará rompida as “condições do contrato”, cabendo, portanto, o direito do restabelecimento da equação econômico-financeira.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece expressamente a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Na concepção de Marçal Justen Filho ⁴⁵, a aplicação da teoria da imprevisão deriva da conjugação de quatro requisitos:

- a) Imprevisibilidade do evento;
- b) Inimputabilidade do evento às partes;
- c) Grave modificação das condições do contrato;
- d) Ausência de impedimento absoluto;

Dessa forma, o evento deve ser imprevisível, ou seja, o concessionário, no momento da apresentação de sua proposta, não teria condições objetivas de prever determinada situação, pois caso contrário, a situação ocorrida estaria dentro das previsões ordinárias do risco do negócio, caracterizando um risco abrangido pela álea ordinária.

Há que se ressaltar que a teoria da imprevisão abrange também eventos previsíveis de efeitos incalculáveis. Ainda que o evento seja previsível, e daí resulta que os licitantes poderiam apresentar seus custos baseados na hipótese da ocorrência de determinado fato, caso tais previsões superem demasiadamente as estimativas consideradas “normais” de determinada situação, o fato também pode ser caracterizado como uma situação abrangida pela teoria da imprevisão. ⁴⁶

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 779.

⁴⁶ Eugenia Cristina Cleto Marolla considera que “Se o fato era previsível, ele deveria ter sido considerado pelo concessionário na formulação de sua proposta. Assim, não há que se falar em quebra da equação econômico-financeira quando ocorre um evento previsível, pois ele corresponde a uma álea ordinária. Nesse caso, se o concessionário não tiver incluído a previsão da ocorrência do evento em sua proposta, deverá arcar de *per si* com as consequências do evento. Ao não levar em conta fato previsível, age com culpa exclusiva, não podendo imputá-la ao concedente. Cabe ao concessionário prever e empreender esforços para evitar a ocorrência de eventos previsíveis.” MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 79.

Além disso, nenhuma das partes pode ter dado causa à situação imprevista. Isso porque, caso uma das partes contratantes seja a causadora da situação, descaracteriza-se a “imprevisibilidade” de tal situação, devendo cada qual responder pelos prejuízos que causaram a outra parte. O comportamento das partes não podem ter sido a causa da ocorrência da situação que onerou a execução do contrato. O fato excepcional ou imprevisível deve ser estranho à vontade das partes e alterar profundamente as condições de execução do contrato.

E, por fim, a situação causadora do desequilíbrio contratual não deve impedir totalmente a execução do contrato, pois, descaracterizaria a situação “temporária” da instabilidade contratual. No caso do impedimento absoluto da execução do contrato, a situação daria ensejo à rescisão contratual, e não à teoria da imprevisão.

Para Arnold Wald ⁴⁷, o impacto deve ser significativo a ponto de colocar em risco a execução do próprio contrato:

Em suma, para que a teoria da imprevisão possa ser legitimamente aplicada, o fato econômico, além de ser imprevisível, inevitável e não decorrer da vontade das partes, deverá, também, causar profundo impacto na equação econômica do contrato. Em outras palavras, não basta que determinadas mudanças na economia tenham algum impacto no normal andamento do empreendimento. Tal impacto deve ser significativo a ponto de colocar em risco a execução do contrato a longo prazo, em decorrência da onerosidade excessiva imposta ao contratante privado. Seria o caso, por exemplo, da alta imprevisível, decorrente de fatores econômicos, de custos de determinados insumos essenciais à obra ou ao serviço público objeto do contrato administrativo. Ao contrário, as flutuações de mercado geradoras de diminuição de lucro, se previsíveis e evitáveis, devem ser arcadas pela concessionária do serviço, exatamente como no caso do risco de trânsito, atribuído à concessionária que explora rodovias ou pontes.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ⁴⁸ ensina que a álea econômica é o que dá ensejo à aplicação da teoria da imprevisão, afirmando que trata-se de “[...] todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contrato.”

⁴⁷ MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Arnold; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis 8.987/95 e legislação subsequente. 2. ed.rev.e.atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 182.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 286.

Geralmente, os eventos de natureza econômica dão ensejo à aplicação da teoria da imprevisão tais como crises econômicas, desvalorização da moeda ⁴⁹, aumento excessivo de insumos, matérias-primas, entre outros. Entretanto fenômenos de instabilidade social também podem ser as causas do estado de imprevisão, como greves, guerras, etc.

Assim, se durante a execução do contrato de concessão surgirem condições econômicas imprevisíveis e inesperadas, que onerem demasiadamente uma das partes, o contrato deverá ser reequilibrado. Mas como o contrato deverá ser reequilibrado se nenhuma das partes (concedente e concessionário) deu ensejo ao desequilíbrio contratual?

Como vimos, no caso de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, o reequilíbrio deve ser a favor do concessionário uma vez que se alterou o caderno de encargos estabelecidos pelo contrato, no caso de inclusão de novos encargos.

Da mesma forma, no caso do “fato do príncipe”, caso haja alguma medida geral administrativa que impacte nos custos do concessionário, este também deverá ser ressarcido pelos prejuízos econômico-financeiros advindos de tal situação.

E como ficaria o reequilíbrio econômico-financeiro no caso eventos abrangidos pela teoria da imprevisão?

No direito francês, a aplicação da teoria da imprevisão faz com que os prejuízos sejam partilhados entre o concedente e o concessionário, de forma a se evitar a ruína deste e, ao mesmo tempo, manter a prestação de serviço público concedido. ⁵⁰

⁴⁹ Segundo Alexandre Wagner Nester, “O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.” NESTER, Alexandre Wagner. A variação cambial e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: comentários ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17, jan./mar. 2003.

⁵⁰ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 78.

Na concepção de Eduardo Garcia de Enterría ⁵¹:

O jogo da teoria do risco imprevisível é, pois, duplo e pode atuar tanto a favor da Administração concedente como a favor do concessionário, segundo seja o sentido do desequilíbrio econômico produzido pelos eventos extraordinários acontecidos [...] A doutrina da imprevisão não se traduz, pois, em uma compensação integral dos prejuízos sofridos pelo concessionário ao longo de sua gestão, como ocorre no caso do *jus variandi*, senão em uma partilha, entre o ente concedente e concessionário, dos prejuízos (e benefícios) imprevisíveis e extraordinários, cujos termos haverão de determinar-se caso por caso, por eles mesmo, mediante o correspondente acordo ou, na falta deste, pelo juiz com base nas circunstâncias do momento e no contrato mesmo.

Dessa forma, alguns doutrinadores como Eduardo Garcia de Enterría e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵², entendem que o Poder Público deve arcar apenas parcialmente com os prejuízos que resultam de acontecimento imprevisível, uma vez que a Administração Pública também não poderia arcar integralmente com uma situação imprevisível, anômala e extremamente onerosa em prol da continuidade do serviço público.

Tanto a Lei 8.666/93 - Lei Geral de Licitações, como a Lei 8.987/95- Lei Geral de Concessões, não estabelecem o partilhamento de prejuízos na ocorrência de fatos imprevisíveis que oneram a execução do contrato de concessão. Nesse sentido, advogamos a tese de que não há que se falar em distribuição dos prejuízos para concedente e concessionário.

Em primeiro lugar, porque o concessionário poderá pleitear a rescisão do contrato, uma vez que tal fato impactará no equilíbrio contratual, deixando de haver a manutenção das “condições efetivas da proposta”. Em segundo lugar, porque o concessionário já assume determinados riscos contratuais estabelecidos

⁵¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 660.

⁵² De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “A teoria da imprevisão autoriza a Administração a rever as cláusulas financeiras do contrato, para restabelecer seu equilíbrio econômico-financeiro. Essa revisão o particular só pode pleitear quando der continuidade à execução do contrato; tal como é aplicada no direito francês, em que foi elaborada a teoria da imprevisão nos contratos administrativos, a compensação financeira pela Administração nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do co-contratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato. Essa repartição do prejuízo justifica-se pelo fato de a álea econômica (ao contrário da álea administrativa) não ser imputável a nenhuma das partes.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104.

na álea ordinária do contrato de concessão, prestando o serviço concedido “por sua conta e risco”.

A continuidade do serviço público deve ser preservada em benefício da coletividade, razão pela qual o ônus temporário decorrente das situações imprevisíveis devem ser suportadas pela Administração Pública.

Apenas no caso de previsão contratual expressa no contrato de concessão firmado entre as partes estabelecendo a possibilidade de compartilhamento de prejuízos advindos de fatos abrangidos pela teoria da imprevisão, poder-se-ia, ao nosso ver, haver a repartição dos prejuízos entre concedente e concessionário.

3.6 Caso fortuito e força maior

Caso fortuito e força maior são situações de fato que implicam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. São caracterizados como caso fortuito, eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, etc. E são caracterizados como força maior, eventos causados de alguma forma causados pela vontade humana, como é caso da greve, por exemplo.

O caso fortuito e a força maior se distinguem dos fatos abrangidos pela teoria da imprevisão. Ainda que apresentem os mesmos elementos como imprevisibilidade e inevitabilidade, a diferença está que na teoria da imprevisão ocorre um desequilíbrio de natureza econômica que afete a relação contratual, onerando a execução do contrato. No caso fortuito e força maior, verifica-se a impossibilidade absoluta para dar continuidade à execução do contrato.⁵³

Caso a Administração Pública entenda ser conveniente a continuidade do serviço público, deve arcar com ônus decorrente da teoria da imprevisão, uma vez que a execução do contrato não está totalmente comprometido. No caso do caso fortuito e força maior, há a impossibilidade da execução do contrato, razão pela qual as partes são liberadas da sua execução, sem responsabilidade pelo seu inadimplemento.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 289.

De acordo com o art. 78, XVII, da Lei 8.666/93, constitui motivo para a rescisão do contrato administrativo, a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

José Anacleto Abduch Santos ⁵⁴, ao analisar o aresto "*Messageries Maritimes*", proferido pelo Conselho de Estado Francês, de 29 de janeiro de 1909, em que se tratava de um caso de greve que obstava a regular atuação de prestadora de serviço público, consignou que será caso de força maior se: "i) ele é independente da vontade dos contratantes; ii) torna absolutamente impossível o cumprimento da obrigação contratual; iii) a parte não o poderia prever ou fazê-lo cessar."

A questão que se coloca é que se a ocorrência de casos de força maior e caso fortuito ensejam a aplicação da teoria do equilíbrio econômico-financeiro.

Em que pese o entendimento de que os fatos abrangidos pela teoria da imprevisão não se caracterizam como óbices ao prosseguimento do contrato, constituindo apenas em eventos de natureza econômica que repercutem no equilíbrio contratual e que casos de força maior e caso fortuito ensejam o impedimento absoluto do contrato, entendemos que podem haver hipóteses em que situações de caráter não econômico (ou seja, não abrangidas pela teoria da imprevisão) que repercutam no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, são passíveis de reequilíbrio contratual.

Isso porque, nem todo evento caracterizado como "caso fortuito" ou "força maior" impedem absolutamente o prosseguimento do contrato ⁵⁵. Mas podem

⁵⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 182.

⁵⁵ De acordo com os ensinamentos de Marçal Justen Filho "O evento deverá ser excepcional e imprevisível. Quando se trate de ocorrências usuais, comuns e previsíveis, não há força maior. Os envolvidos podem, de antemão, estimular a superveniência do evento, preparando-se para tanto. Se o evento era costumeiro e previsível, presume-se que o particular teve em vista sua concretização ao formular a proposta. Assim, por exemplo, a estação de chuvas, em determinados locais do país, inviabiliza a execução de certas atividades. Porém, a ocorrência de chuvas intensas é plenamente previsível e estimável de antemão. Assemelha-se à imprevisibilidade o caso que, embora previsível, tenha consequências que não possam ser evitadas. Isso se passa quando há possibilidade de prever o evento, mas inexistente providência alguma hábil a impedir concretização do fato e de suas consequências. Isso se passa com eventos catastróficos cuja concretização é prevista pela ciência com alguma antecedência. As pessoas podem adotar providências para monitorar os danos, mas não há forma de obstaculizar a ocorrência. Apenas se configura esse caso se a previsibilidade se configurar após formulada a proposta. Se o evento for previsível antes de formulada a proposta, não se configura a força maior." JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 779.

sim, causar prejuízos às partes, havendo a necessidade do reequilíbrio econômico-financeiro.

O ordenamento jurídico prevê não apenas a possibilidade de rescisão contratual em razão de caso fortuito e força maior (art. 78, XVII da Lei n. 8.666/93), mas também a possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro em razão dos mesmos eventos (art. 65, II, d, da Lei n. 8.666/93).

Assim estabelece o art. 65, II, d, da Lei n. 8.666/93, que admite a possibilidade de alteração dos contratos administrativos para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem eventos de força maior e caso fortuito configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Ainda que não seja possível atribuir a ocorrência da força maior e caso fortuito à nenhuma das partes contratantes, entendemos que aplica-se a tais eventos os mesmos preceitos aplicáveis à teoria da imprevisão com relação ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

CAPÍTULO 4 MECANISMOS DE REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão pode ser rompido em decorrência de diversos fatores, entre eles pela alteração unilateral do contrato, pelo fato da administração, pelo “fato do príncipe” e ainda por fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis. Uma vez rompido o equilíbrio econômico-financeiro, deve-se restabece-lo.

Reconhece-se, portanto, que em todo contrato de concessão, existe, implícita ou explicitamente o direito subjetivo de ambas as partes contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro.¹ Uma vez rompido esse equilíbrio inicial, em detrimento de uma das partes, esta possui direito ao restabelecimento deste reequilíbrio. Nesse sentido, abordaremos quais os mecanismos que podem ser utilizados para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

As Leis nº 8.987/95 e n.º 8.666/93 não estabelecem a responsabilidade de cada uma das partes com relação ao restabelecimento do reequilíbrio contratual. Ou seja, o ordenamento jurídico confere o mesmo tratamento caso o contrato esteja desequilibrado em razão de uma alteração contratual imposta pela Administração ou pela ocorrência de fatos imprevisíveis. Esse silêncio da lei quanto à responsabilidade pelo reequilíbrio econômico-financeiro gera profundas discussões entre concedente e concessionário na ocorrência de eventos que rompem a equação econômica financeira inicial.

Eugênia Cristina Marolla² afirma que:

A Lei n.º 8.666/93 conferiu proteção máxima ao concessionário em relação à equação econômico-financeira dos contratos administrativos, impondo à Administração Pública a responsabilidade integral por todos os ônus que alterem a equação econômico-financeira do acordo, advindos da álea econômica extraordinária, seja ela caso fortuito, força maior, “fato do príncipe” ou fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado.

¹ TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 167.

² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 86.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, entende que, “muito embora o ordenamento jurídico não estabeleça a responsabilidade pelo restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro na ocorrência de cada uma das hipóteses de desequilíbrio contratual, há que se ponderar a responsabilidade da Administração Pública.

Para a referida autora⁴, nos casos de “fato do príncipe” e “fato da Administração”, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro exige que a Administração suporte sozinha os ônus daí decorrentes, compensando inteiramente o concessionário, já que em ambas as hipóteses as causas do desequilíbrio são imputáveis ao poder concedente. Entretanto, para os casos abrangidos pela teoria da imprevisão, não poderia a Administração Pública arcar integralmente pelos prejuízos do concessionário, uma vez que à ela não se pode imputar a responsabilidade por tal fato. Se o fato era imprevisível, o era para ambas as partes contratantes, razão pela qual, não se poderia, responsabilizar a Administração pelo reequilíbrio contratual.

Nesse sentido, Di Pietro⁵ afirma que:

No caso da teoria da imprevisão, em que o desequilíbrio não é imputável a nenhuma das partes, entendo possível que o prejuízo se reparta, tal como ocorre no direito francês, uma vez que na concessão de serviço público, pela própria natureza do contrato, o concessionário assume um empreendimento por sua conta e risco.

Em que pese o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendemos que a Administração Pública deve suportar o ônus integral pela ocorrência de fatos imprevisíveis uma vez que, em primeiro lugar, o ordenamento jurídico assim não estabelece a repartição dos prejuízos, e em segundo lugar em razão da preservação do interesse público e a continuidade da prestação do serviço público.

Marçal Justen Filho⁶, afirma que não existem regras acerca do montante da indenização. Segundo o autor:

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 387.

Quando caracterizados os pressupostos de aplicação da teoria, a solução preferencial consistirá numa indenização pelo poder concedente em favor do concessionário. Ou seja, a solução imediata não reside na modificação da tarifa. Mas, como as partes deverão encontrar uma solução amigável a propósito, poderá resultar a elevação da tarifa. No impasse entre as partes, a fixação da indenização será atribuída ao magistrado, a quem cabe realizar uma avaliação dos resultados já obtidos pelo particular anteriormente e repartir entre as partes os efeitos dos fatos imprevisíveis. Não existem regras precisas acerca do montante da indenização. Em princípio, é usual que a indenização corresponda a 90% ou 95% dos danos extraordinários.

Eugênia Cristina Cleto Marolla ⁷ expõe com propriedade que:

[...] a continuidade do serviço público é dever da Administração Pública e decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, razão pela qual os ônus advindos das áleas econômicas extraordinárias deverão por ela ser suportados. Ao concessionário não pode ser imposto esse ônus se não houver a respectiva contraprestação.

Mas como se deve operar o processo de reequilíbrio contratual? Em linhas gerais, cada contrato de concessão, estabelece as formas pelas quais deverão ser tratados os casos de desequilíbrio econômico-financeiro.

De toda maneira, como já ressaltamos, há que em primeiro lugar se verificar as condições efetivas da proposta, ou seja, avaliar se determinado evento encontra-se na álea ordinária ou extraordinária. Uma vez sendo verificado que determinado prejuízo encontra-se dentro dos riscos atribuíveis exclusivamente ao concessionário, não há que falar-se em reequilíbrio contratual. Caso o fato desequilibrador do contrato, encontre-se dentro da álea extraordinária, é necessário verificar todos os custos originariamente previstos na proposta pelo licitante, aceita pela Administração Pública.

Em segundo lugar, é preciso verificar o que de fato aquele determinado evento (seja ele alteração contratual, “fato do príncipe”, teoria da imprevisão), impactou na equação econômico-financeira inicial, destacando-se os custos que estão onerando o particular ou Administração Pública em decorrência única e exclusivamente daquele evento.

⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 86.

É necessário ainda, caracterizar a natureza do evento que está onerando o contrato de concessão. Nesse sentido, faz-se necessário comprovar que determinado evento surgiu após a apresentação da proposta e ainda não poderia ter sido previsto pelas partes no momento da apresentação da proposta.

Uma vez reconhecido o desequilíbrio econômico-financeiro, as partes precisam adotar as providências necessárias para assegurar o equilíbrio contratual estabelecido inicialmente. Daí surgem os mecanismos de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, como veremos.

4.1 Reajuste contratual

Trata-se de um instrumento de recomposição da equação econômico-financeira em decorrência dos efeitos da inflação. Tal instrumento é consubstanciado no contrato de concessão, através de cláusulas de reajustes contratuais, utilizando-se índices de mercado que exprimem o valor da inflação. Geralmente, os reajustes são periódicos, anuais, aplicáveis sobre as tarifas cobradas dos usuários.

Marçal Justen Filho⁸ conceitua reajuste contratual de preços como:

[...] uma modalidade de indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática correspondente à flutuação de índices predeterminados. A variação dos índices produz uma espécie de presunção absoluta de ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro e acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à variação dos índices. [...] O reajuste é instituto jurídico cuja adoção e adequação se relacionam especialmente com a inflação.

Caso não houvesse tal mecanismo, ou seja, os valores das tarifas, que remuneram o projeto daquela concessão iriam ficar defasados com relação aos valores dos custos e insumos necessários para a prestação dos serviços públicos

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 403.

estabelecidos no contrato.⁹ Tal fato impactaria na equação econômico-financeira do contrato, desequilibrando-o.

Assim, de antemão, o ordenamento jurídico prevê que as variações dos preços dos insumos impactam no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que é necessário estabelecer mecanismos prévios para manter o equilíbrio contratual durante a avença.¹⁰

De acordo com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹:

O reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela.

Vê-se, portanto, que no reajustamento contratual, o valor da tarifa não se altera. Ou seja, trata-se apenas de atualização da tarifa, para recompor o seu valor nominal, em decorrência dos efeitos da inflação. Isso significa que o valor da tarifa no início da concessão, não será, de fato, o mesmo valor (numérico) a ser cobrado nos últimos anos da concessão, mas será o mesmo valor substancial.

⁹ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “Dê-se que se enraizou a consciência de que não se vivia em um mundo estável, em economia liberta de surpresas, os contratos administrativos passaram a conter cláusulas de reajuste de preços. Como disse Francis-Paul Bénéoit ‘a Administração e seus contratantes, instruídos pela experiência, passaram a se premunir no próprio contrato contra as oscilações econômicas. Isso significa que as disposições iniciais atinentes ao preço valem *rebus sic stantibus*, pois este deve ser reajustado *paripassu* com as alterações subsequentes que nele influem’ [...] É dizer: as partes acautelam o risco derivado das altas que, sobretudo no Brasil (é de há muito), assumiram caráter de plena normalidade. Portanto, as cláusulas de reajuste assumem explicitamente o propósito de garantir, com previdência, o equilíbrio econômico-financeiro assentado, pois acolhem a atualização do preço como um elemento integrante da própria avença.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124.

¹⁰ Para Marçal Justen Filho “O reajuste de preços é uma solução desenvolvida na experiência estrangeira, mas que recebeu aplicação muito intensa na prática contratual brasileira. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde longo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como ‘reajuste’ de preços. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. Usualmente, reputa-se que o reajuste somente poderá ser admitido se previsto no ato convocatório e no instrumento contratual.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 791.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 752.

Arnold Wald ¹² afirma que:

Os Tribunais do país são unânimes na orientação de que a correção não é pena nem acréscimo. É mera reformulação da dívida para que permaneça verdadeira em data futura. É a mesma moeda atualizada para que não sofra os efeitos nefastos da inflação. Sendo simples mecanismos de recuperação do valor de moeda, não eleva o débito ou crédito. Não é um *plus* em relação ao principal, mas o próprio débito ou crédito, com seu valor preservado em relação ao poder aquisitivo.

O reajuste periódico das tarifas dentro de um contrato de concessão, não se trata, portanto, de uma *benesse* da Administração aos concessionários ou ainda uma pena aos usuários de serviços públicos concedidos. Trata-se de um mecanismo contratual, estabelecido previamente, e conhecido pelas partes no momento da contratação para se manter o mesmo valor da tarifa ao longo do tempo. Ora, se os preços dos insumos sofrem variações de preços permanentes em decorrência da própria dinâmica do mercado, é necessário que haja um ajuste para que os concessionários possam prestar o serviço público utilizando-se os insumos necessários, sem haver o rompimento do equilíbrio contratual.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³:

Como a equação estabelecida entre as partes é uma relação de equivalência entre prestações recíprocas, fica entendido que ao custo de uma prestação (X) – que se compõe dos encargos econômicos por ela implicados e a margem de lucro remuneratório ali embutida – correspondem os pagamentos (y) que a acobertam. Esta relação de igualdade ideal, convencionada, deve ser mantida. Assim, se os custos dos insumos necessários à prestação (X) sofrem elevações constantes – como é rotineiro entre nós – os pagamentos (Y) têm de incrementar-se na mesma proporção, sem que a igualdade denominada “equação econômico-financeira” deixa de existir, decompõe-se.

O reajustamento contratual se efetiva através da aplicação direta de índice referente à variação dos preços no setor econômico em que se desenvolve o projeto concessionário ou através do emprego de fórmulas paramétricas, que

¹² MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Arnold; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis n. 8.987/95 e legislação subsequente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 195.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 648.

igualmente se valem de índice apurado por instituições oficiais.¹⁴ Cada contrato deverá prever o seu índice de reajuste ou as fórmulas que devem ser utilizadas para a atualização das tarifas.

De toda maneira, o índice estabelecido deve refletir a variação monetária dos insumos necessários para a prestação daquele serviço. Isso porque, cada atividade econômica recebe a influência de determinados fatores, cujos valores, oscilam no mercado. Em razão disso, existem vários índices de inflação no Brasil que se destinam a mensurar os efeitos inflacionários decorrentes de determinados setores da economia.

De acordo com Marçal Justen Filho¹⁵ “[...] os índices refletem a variação de preços e a inflação, sua variação produz a presunção absoluta de quebra do equilíbrio econômico-financeiro e a acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à variação dos índices.”

As cláusulas de reajuste contratual são atreladas a índices oficiais de inflação no Brasil. Em muitos contratos de concessão, se aplica ao valor das tarifas índices como o Índice Geral de Preços do Mercado (IGMP), Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), entre outros. Tais índices aplicados às tarifas refletem o valor real tarifa ao longo do tempo.

Portanto, o reajuste trata-se da alteração dos preços para compensar exclusivamente os efeitos das variações inflacionárias¹⁶. Isso significa que a tarifa que foi reajustada é exatamente a mesma tarifa anterior, com a aplicação dos índices que refletem os efeitos inflacionários do mercado.

A finalidade do reajustamento contratual é evitar que os concessionários apresentem de tempos em tempos pedidos de reequilíbrio contratual em decorrência dos efeitos de inflação. Dessa maneira, o concessionário não precisará demonstrar que houve aumento dos seus custos em razão dos efeitos inflacionários. O reequilíbrio contratual decorrente destes eventos está previamente inseridos no bojo do contrato de concessão.

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 357.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 436.

¹⁶ Id. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 791.

A Lei n.º 8.987/95 estabelece em seu art. 23, inc. IV, que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “[...] ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.” E ainda em seu art. 18, inc. VIII, que o edital de licitação deverá conter especialmente os “[...] os critérios de reajuste e revisão da tarifa.”

Nesse sentido, todo contrato de concessão deve prever cláusulas referentes ao reajustamento das tarifas, além dos critérios a serem utilizados pelo poder concedente e concessionária para a aplicação do referido reajuste.¹⁷

Uma vez estabelecidos os critérios a serem utilizados para aplicação do reajuste das tarifas, estejam eles estipulados no próprio contrato de concessão, ou ainda através de norma legal ou regulamentar do Poder Concedente, o concessionário faz jus ao reajuste das tarifas.

De toda forma, os cálculos das novas tarifas devem ser homologados pela Administração Pública. A Lei 8.987/95 prevê em seu art. 29, inc. V, que incumbe ao poder concedente “homologar reajustes”. Nesse sentido, o ato da Administração Pública restringe-se apenas a homologar, ratificar, conferir, os cálculos e metodologias apresentadas pelo concessionário ao Poder Público, para a aplicação das novas tarifas.

O ato de homologação, na concepção de Carlos Ari Sundfeld “[...] é vinculado não podendo a Administração Pública realizar qualquer apreciação subjetiva em relação ao reajuste. A homologação não é condição para o reajuste, mas simples reconhecimento de um direito existente.”¹⁸

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que “A obrigatoriedade de reajustes não depende de cláusula editalícia ou contratual. É consequência implícita do aludido princípio do equilíbrio econômico-financeiro, ou, mesmo que assim não entenda, de todo modo, no Brasil constitui-se em inarredável características do contrato administrativo, como resulta do supramencionado art. 37, XXI, da Constituição Federal do país. Logo, é inoperante disposição legal que os proíba e é prescindindo que o edital ou o contrato lhe façam explícita referência. Se os previrem, entretanto, é da mais esplendorosa obviedade que efetuar os reajustes constituir-se-á em ato inquestionável de simples aplicação do que estava expressamente estatuído. Por isso, também, nada importa que a previsão de reajustes houvesse sido feita (em época na qual estavam vedados) clausulando-se sua utilização para quando a legislação lhe permitisse operatividade, já que esta, consoante dito, existiria sempre: com ou sem autorização legal, com ou sem previsão editalícia ou contratual. Toda vez que efetivamente ocorresse discrepância entre as condições de preço real dos insumos vigentes à época da proposta e as vigorantes na ou nas épocas de pagamento da prestação.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 125.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari apud MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 110.

4.2 Revisão de preços

Para Marçal Justen Filho ¹⁹ a revisão, ou recomposição de preços “[...] consiste no exame dos custos e vantagens diretos e indiretos, contemplados nas propostas do particular, visando verificar sua alteração substancial e restabelecer, se necessário, a relação originariamente existente.”

A recomposição de preços se dá naqueles casos em que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não pode ser efetuada simplesmente pelos reajustes previamente estabelecidos, pois trata-se de considerar situações novas insuscetíveis de serem abrangidas pelo simples reajustamento contratual.

Celso Antônio Bandeira de Mello ²⁰ considera que:

A recomposição de preços não se confunde de modo algum com o reajustamento contratual de preços, pois este surge do consenso inicial das partes, para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante sua execução normal, ao passo que aquela, a recomposição, destina-se a restaurar esse mesmo equilíbrio, desfeito por eventos supervenientes e extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretam modificação anormal na situação fática existente na época da celebração do ajuste.

De fato, se a alteração provoca ônus para uma das partes contratantes, a equação econômico-financeira do contratado sofre maior ou menor rompimento na medida em que maior ou menor seja o encargo oriundo da alteração. E o mecanismo próprio para restaurar o equilíbrio rompido é a revisão de preços, de modo a que este passe a refletir agora a relação de adequação que consubstancia a garantia da equação.

A revisão de preços está prevista na Lei 8.666/93 e Lei 8.987/95. De acordo com o art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, os contratos administrativos poderão ser alterados mediante 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

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 559.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 651.

hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências 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.

Trata-se, portanto, do restabelecimento da relação que concedente e concessionário estabeleceram entre encargos *versus* remuneração. Nesse sentido, qualquer evento que altere essa relação, dará ensejo à revisão dos preços ajustados.

O art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, é claro em afirmar as hipóteses em que há a quebra do equilíbrio econômico-financeiro (tópico estudado no capítulo terceiro). Além disso, o art. 9º, § 2º da Lei 8.987/95 estabelece que “[...] os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.” E ainda o art. 10º da mesma lei, disciplina que “[...] sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

Reajustamento contratual e revisão de preços possuem naturezas diferentes. Enquanto o primeiro se destina a atualizar o valor da tarifa no tempo, o segundo destina-se a recompor eventuais desequilíbrios contratuais em decorrência de fatos supervenientes. Assim, enquanto no reajuste contratual a tarifa não sofrerá alterações, no caso da revisão de preços, haverá alteração do valor substancial da tarifa ²¹.

De acordo com Hely Lopes Meirelles ²²:

A revisão do contrato, ou seja, a modificação das condições de sua execução pode ocorrer por interesse da própria Administração ou pela superveniência de fatos novos que tornem inexecutível o ajuste inicial. A primeira hipótese surge quando o interesse público exige a alteração do projeto ou dos processos técnicos de sua execução, com aumento dos encargos ajustados; a segunda, quando sobrevêm atos do Governo ou fatos materiais imprevistos e imprevisíveis pelas partes que dificultam ou agravam, de modo excepcional, o prosseguimento e a conclusão do objeto do contrato, por obstáculos intransponíveis em

²¹ Para Marçal Justen Filho “[...] nada impede que se cumulem revisão e reajustes. Podem ocorrer variações extraordinárias elevadas em certos casos concretos, que ultrapassem largamente a variação dos medidores da inflação. Nesse caso, o particular poderia pleitear, além do reajuste, a revisão de preços. A concessão do reajuste não exaure o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 795.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 259.

condições normais de trabalho ou por encarecimento extraordinário das obras e serviços a cargo do particular contratado, que impõem uma recomposição dos preços ajustados, além do reajuste prefixado.

A revisão é mecanismo essencial à manutenção da equação econômico-financeira, sendo obrigatória a sua realização nas concessões de serviços públicos.²³

Isso porque, quando o equilíbrio contratual se rompe, certamente as obrigações de uma das partes podem se tornar mais onerosa, prejudicando a relação inicialmente estabelecida. Dessa forma, faz-se necessário recompor os preços inicialmente estabelecidos, ou ainda, recompor essa relação entre encargos e remuneração para a preservação da própria continuidade do serviço público concedido.

Como vimos, entre as causas que ensejam a revisão de preços encontram-se aquelas decorrentes da alteração unilateral do contrato pela Administração Pública. Tal hipótese encontra-se prevista no art. 9º, § 4º da Lei n.º 8.987/95 que estabelece que “[...] em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.” Trata-se, portanto, de uma das hipóteses de desequilíbrio contratual que enseja a revisão de preços.

A segunda hipótese de desequilíbrio contratual que enseja a revisão de preços é a superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público que agravam a equação inicialmente estabelecida entre os contratantes, também conhecida, como falamos, de “fato do príncipe”. A elevação de tributos é exemplo típico dessa modalidade de desequilíbrio contratual. O art. 9º, § 3º da Lei n.º 8.987/95 estabelece que ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. O referido artigo versa expressamente sobre a necessidade de se revisar a tarifa na ocorrência de criação, alteração ou extinção de tributos.

²³ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 112.

Além disso, a ocorrência de eventos imprevisíveis que afetem a equação econômico-financeira do contrato também enseja a revisão de preços.

No caso da revisão de preços, não há que se falar em homologação de novos valores de tarifas. Tal procedimento é complexo e demorado, e culmina em aditivo contratual em que se pactuam as novas condições contratuais diante do desequilíbrio então verificado.

Nas palavras de Marçal Justen Filho ²⁴:

A revisão de preços é figura complexa e demorada, inclusive pela dificuldade de determinar a formação do preço particular. Envolve a necessidade de produção de prova sobre a composição de custos, as variações ocorridas, as causas de desequilíbrio. Isso demanda tempo e exige, algumas vezes, a participação de profissionais altamente especializados, o que torna essa solução pouco desejável para ambas as partes.

A revisão de preços independente de previsão contratual específica. Basta a comprovação da existência do fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Para José dos Santos Carvalho Filho²⁵, são dois os fundamentos para tal conclusão: “primeiramente, cuida-se de direito oriundo diretamente do texto legal, que, obviamente, se situa acima do contrato; ademais, torna-se impossível qualquer previsão sobre fatos futuros que possam influir na relação contratual. Importante, pois, é a ocorrência do fato, e não sua formalização no contrato”.

Não necessariamente, a revisão de preços enseja apenas modificação dos valores de tarifa. Várias são as maneiras de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro através do mecanismo de revisão de preços. Essas possibilidades podem estar descritas no próprio contrato de concessão ou ainda podem estar previstas em normas legais e regulamentares que disciplinam as regras aplicáveis aos contratos de concessão do setor.

O aumento do valor das tarifas é apenas uma das formas de se equilibrar o contrato então afetado por um evento posterior e imprevisível que altere

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 559.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 199.

substancialmente o conteúdo ou a extensão das prestações impostas ao contratante. Além do aumento tarifário, concedente e concessionário podem estabelecer outras formas de ajustes contratuais para recompor a equação econômico-financeira, como veremos.

4.3 Prorrogação do prazo contratual

De acordo com o art. 2º, inc. II da Lei 8.987/95, os contratos de concessão de serviço público são contratos firmados entre o poder concedente e o concessionário por prazo determinado.

O prazo do contrato é elemento essencial nas concessões de serviço público, sendo imprescindível a sua determinação tanto no edital como no contrato de concessão. O art. 18, inc., da Lei 8.987/95, estabelece que “o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: I- o objeto, metas e prazo da concessão”.

Além disso, o art. 23, inc. da Lei 8.987/95 estabelece que “[...] são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão.” Portanto, não há que se falar em concessão de serviços públicos por prazo indeterminado ²⁶. A expressão “prazo determinado” significa um período previamente estipulado, ao cabo do qual o contrato atinge os fins a que se destina e se extingue espontaneamente ²⁷.

Os prazos máximos dos contratos de concessão podem ser fixados através de normas legais e regulamentares da Administração Pública responsável pela concessão de determinado serviço público.

²⁶ De acordo com Alexandre dos Santos Aragão, “A lei nº. 8.987/95 não fixa prazo máximo para os contratos de concessão, mas eles devem ter prazos determinados, sendo inconstitucional a sua prorrogação diretamente por lei, e, ainda que feita pela Administração, exige-se que a prorrogação atenda a requisitos objetivos prefixados ou simplesmente seja instrumento de recomposição da equação econômico-financeira. “A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 579.

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

Conforme preceitua Diógenes Gasparini ²⁸:

O prazo específico de cada outorga será determinado pela Administração Pública concedente, tendo em vista, especialmente, a demora do retorno do investimento a ser realizado na execução do serviço público e a tarifa a ser praticada. Esse prazo, depois de devidamente justificado no processo licitatório, deverá constar do edital e do contrato de concessão de serviço público que vier a ser assinado com vencedor da licitação.

A definição do prazo é de fundamental importância nas concessões de serviço público, uma vez que, é a partir daí que se estabelecem os cálculos necessários para a amortização dos investimentos que serão realizados pelo concessionário.

Uma vez estabelecendo-se o montante de investimentos que será necessário para aquela determinada concessão e o prazo do contrato, é possível se estabelecer, grosso modo, os valores das tarifas que poderão ser cobradas dos usuários necessários para a amortização dos investimentos.

Portanto, o prazo da concessão é um dos elementos necessários para se estabelecer a equação econômico-financeira do contrato. Celso Antônio Bandeira de Mello ²⁹ assevera 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.”

Verifica-se, portanto, que a fixação do prazo não é feita aleatoriamente, mas em função do tempo necessário para garantir ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para a amortização integral dos investimentos a serem efetuados pelo concessionário. ³⁰

Desta maneira, uma vez se mantendo “as condições efetivas da proposta”, e efetuando-se todos os investimentos necessários para determinada concessão, o prazo estabelecido no contrato deve exprimir exatamente o tempo

²⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 417.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 743.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. (Org). **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

necessário para que o contratante com a Administração Pública tenha o retorno de seu capital investido com a devida amortização de seus investimentos.

Mas, como vimos, os contratos de concessão podem ter sua equação econômico-financeira rompida por diversos eventos. Tais situações geram a necessidade de revisão de preços para se restabelecer a equação inicialmente estabelecida. A prorrogação do prazo da concessão é uma das formas de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A Lei 8.987/95 estabelece em seu art. 23, inc. XII, que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas às condições para prorrogação do contrato. Nesse sentido, todo contrato de concessão deve estabelecer as condições necessárias para a prorrogação do contrato.³¹

Dentre as várias medidas que podem se valer o concedente e concessionário, a prorrogação de um contrato de concessão pode ser utilizada para o asseguramento do equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, a prorrogação do contrato está intimamente atrelada com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³²:

À toda evidência, o que entra em pauta é um expediente utilizável para evitar agravar os usuários com o aumento das tarifas, ou seja, para favorecer a obediência ao princípio da modicidade delas. Assim, é visível que em tal caso não está em questão a ideia singela de prosseguir um vínculo além do termo inicialmente previsto apenas porque a relação se apresentara como satisfatória. Antes, tal evento se propõe como fórmula concebida para, ao atender um dever jurídico inelutável – o de promover o reajuste tarifário necessário para manter o equilíbrio financeiro do contrato – evitar sua repercussão sobre os usuários do serviço.

³¹ Em sentido diverso, entende Celso Antônio Bandeira de Mello: “Daí que, a prorrogação contratual, ao contrário da outra situação figurada, estará, de direito, assentada em dois cânones normativos que lhe servirão de espora, isto é, de suporte de legitimidade: de um lado, ante a vicissitude de respeitar a equação econômico-financeira, a norma que lhe impõe tal dever e de outro o princípio prestigiador da modicidade. Segue-se que a ausência de previsão permissiva no edital ou no contrato estaria suprida por estas aludidas normas, sendo quer a disposição legal que determina a modicidade das tarifas – noção que, como se disse tem hierarquia de princípio – é a que diretamente lhe servirá de calço.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 57.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 58.

O grande propósito de se prorrogar o contrato de concessão de serviço público, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é garantir o princípio da modicidade tarifária, evitando-se a elevação das tarifas ³³ aos usuários dos serviços públicos, e ainda desonerar o Poder Público de eventuais ônus que lhe serão atribuídos.

Assim, após o período de amortização de investimentos, previstos inicialmente no contrato, o concessionário poderá permanecer prestando o serviço público, auferindo as tarifas pagas pelos usuários, até o prazo necessário para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Conforme afirma José Carlos de Oliveira ³⁴:

As condições de prorrogação da concessão devem estar bem claras no edital e também no contrato, pois o fator tempo influencia na formação da tarifa. A concessionária, no transcurso do prazo da concessão, obterá o retorno do capital investido e este retorno, do capital e dos lucros que se espera do negócio, serão pagos pelo usuário através da tarifa. Desta forma, o prazo na concessão tem o condão de estipular o montante necessário a ser cobrado do usuário. Na prorrogação do prazo da concessão, o poder concedente levará em conta que a tarifa, necessariamente, será revista, pois ao prorrogar o prazo da concessão, o concessionário necessitará tão somente do retorno do capital não amortizado, decorrente da implantação de novas tecnologias e melhorias no serviço, pois o capital principal já foi amortizado no transcurso do prazo normal da concessão.

Portanto, o montante devido ao concessionário em razão do desequilíbrio econômico-financeiro provocado por um dos elementos que romperam a equação financeira, será diluído pelo período de tempo em que o contrato for prorrogado, com a finalidade de amortização dos custos decorrentes de tal desequilíbrio.

³³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello “O único sentido da prorrogação do contrato com a função supra indicada é evitar a elevação das tarifas. Ou seja, sua única função de existir é promover a substituição dos valores em que se traduziria tal incremento pela dilação do lapso temporal ao longo de cujo percurso o concessionário captaria as tarifas que lhe corresponderiam, de sorte que, graças a este período suplementar de captação delas, possa haurir, compensatoriamente, o equivalente ao que perceberia em um lapso temporal menor se as tarifas houvessem sido reajustadas, como de direito”. MELLO, Celso Antônio Bandeira. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 62.

³⁴ OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: EDIPRO, 1996. p. 73.

Assim, a prorrogação dos contratos de concessão deve constituir-se única e exclusivamente como medida assecuratória do equilíbrio econômico-financeiro, direito do concessionário ao qual a Administração não teria como se evadir.³⁵

Há uma seara enorme de discussões envolvendo a prorrogação dos contratos de concessão, às quais não nos aprofundaremos. A nossa análise se restringe a afirmar que é possível a prorrogação dos contratos de concessão para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Di Pietro³⁶ sintetiza algumas das principais discussões sobre o assunto:

A prorrogação da concessão deve ser prevista no edital de licitação e no contrato e deve ser reservada às hipóteses em que circunstâncias excepcionais impeçam o concessionário de ter assegurado o equilíbrio econômico financeiro, devendo ser motivada em cada caso. Não tem fundamento constitucional a cláusula que costuma ser inserida em alguns contratos de concessão prevendo a prorrogação por igual período ao término do contrato. Nessas situações podem ocorrer duas hipóteses, ambas inaceitáveis sob o ponto de vista jurídico: (a) o concessionário já fez e já recuperou todos os investimentos previstos no contrato, hipótese em que a prorrogação pura e simples acarretará lucros indevido, em detrimento dos usuários, que já pagaram pelos investimentos feitos; (b) o concessionário terá que fazer novos investimentos, hipóteses que corresponderá a novo contrato e não simples prorrogação, obrigando a Administração a efetuar nova licitação e a assegurar igual oportunidade a outros possíveis interessados em assumir a concessão.

Conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷ “[...] a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado ou mesmo na hipótese em que o prazo originalmente estabelecido se revele insuficiente para amortização dos investimentos.”³⁸ Caso contrário, a execução dos serviços concedidos permanecerá sempre sendo

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 58.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D’ÁVILA, Vera Lúcia Machado (Org). **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed.rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 352.

³⁷ A burla ao princípio da licitação é uma das questões mais debatidas quando se trata da prorrogação dos contratos de concessão.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 351.

executada pela mesma empresa contratante, burlando assim, o princípio de licitação.

Dessa forma, a prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos deve ser uma medida excepcional, não podendo ser a regra, mas sim a exceção, para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, desde que haja razões técnicas e jurídicas que fundamentam tal mecanismo.

Egon Bockman Moreira ³⁹ salienta que a adoção deste critério para recompor o equilíbrio contratual deve considerar as seguintes premissas:

O alongamento cronológico do contrato é remédio de delicada prescrição, pois, se é certo que poderá implicar o incremento na receita em prazo mais longo (compensando de forma menos traumática o desequilíbrio presente), fato é que exige especial atenção, porquanto: (i) a faculdade de prorrogar não derroga a norma da obrigatoriedade de licitação, mas apenas a excepciona (logo, deve ser interpretada restritivamente); (ii) sua instalação não pode exigir novos investimentos de elevado volume (muito menos se estes forem transferidos ao concedente – o que desnaturará a qualidade de comum da concessão); (iii) a extensão do tempo contratual deve ser certa e exauriente, pois não pode ser renovada *ad aeternum* (pena de se transformar um contrato com prazo determinado em algo com termo final incerto); (iv) a depender do momento contratual (antes de sua metade, por exemplo), a prorrogação não envolverá a solução do desequilíbrio, mas a instalação de futuro incerteza ainda mais grave; (v) a prorrogação não se presta a resolver problemas de ausência de receitas presentes.

A prorrogação do contrato se formaliza através de um aditivo contratual e sua implementação requer, muitas vezes, a instauração de processos administrativos, com pareceres de ordem técnica e jurídica que justificam a efetiva necessidade de prorrogação do contrato.

4.4 Aporte de recursos públicos

Para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, as partes contratantes podem recorrer a mecanismos internos ao próprio contrato, que não oneram diretamente a Administração Pública, tais como: aumento do valor da tarifa,

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

redução dos encargos do concessionário, prorrogação do prazo de concessão, entre outras medidas.

Há ainda mecanismos externos ao contrato que pode se valer a Administração Pública para reequilibrar o contrato. Entre elas, encontra-se o aporte de recursos públicos para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

José Anacleto Abudch Santos ⁴⁰, afirma que “[...] a recomposição direta da equação violada pode ser dar por meio de subvenção ou aportes financeiros da atividade concedida, de modo a compensar o dano haurido pelo concessionário.”

A utilização de recursos públicos para o restabelecimento da equação econômico-financeira trata-se, portanto, de uma recomposição direta e externa à concessão.

Eugênia Cristina Cleto Marolla ⁴¹ pondera a utilização deste mecanismo de recomposição externo à concessão. Segundo a autora:

A adoção das providências internas é preferencial pois, por meio delas, 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.

Entende-se que para haver o subsídio direto do Poder Público para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve haver previsão legal e recursos orçamentários para tanto.

Marçal Justen Filho ⁴² critica tal possibilidade afirmando que:

Essa solução configura-se altamente indesejável, frustrando as finalidades da concessão. Tal como apontado ao início deste capítulo, o Estado não realizará o motivo fundamental que conduziu à outorga, relacionado com a eliminação dos encargos necessários à manutenção do serviço. Aliás, as teorias econômicas costumam apontar esses subsídios como causa fundamental de males muitos graves, gerando mais problemas que benefícios sociais.

⁴⁰ SANTOS, José Anacleto Abudch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 189.

⁴¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 115.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 407.

4.5 Alteração de encargos contratuais

O equilíbrio econômico-financeiro é a equação resultante da relação entre os encargos contratuais assumidos pelo concessionário e a sua remuneração ao longo do período contratual estipulado no contrato de concessão. Nesse sentido, os encargos contratuais correspondem aos investimentos necessários a serem realizados pelo concessionário nas datas e prazos estipulados pelo Poder Público.

Assim, por exemplo, 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 acrescidos encargos não previstos no contrato de concessão ou ainda suprimidos determinados encargos, altera-se a equação econômico-financeira.

Uma vez desequilibrado o contrato, o Poder Público pode valer-se da alteração dos encargos contratuais de responsabilidade do concessionário para o restabelecimento do equilíbrio contratual.

A alteração de encargos contratuais é um mecanismo de reequilíbrio contratual utilizando-se recursos internos da própria concessão. Conforme preceitua José Anacleto Abduch Santos ⁴³:

Poderá o concedente, mediante juízo de oportunidade e conveniência, optar por realizar a supressão de encargos do concessionário - desde que, por evidente, não configure esta supressão a descaracterização do objeto do contrato e que não produza prejuízo ao interesse público que se pretende atender pela execução do serviço concedido – no montante equivalente ao dos novos encargos impostos pela modificação unilateral promovida.

A readequação de cronogramas físico-financeiros consiste em modificar os prazos inicialmente estabelecidos no contrato em que se antecipam ou

⁴³ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 190.

postergam determinadas obras. Além disso, a Administração Pública pode suprimir determinada obrigação do concessionário.

Assim, a alteração de encargos contratuais, pode ser uma maneira eficaz de recomposição do equilíbrio contratual.

4.6 As receitas acessórias e a modicidade tarifária

Toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. É o que estabelece o art. 6º da Lei n.º 8.987/95. A definição de serviço adequado também está estabelecida no art.6º, parágrafo primeiro, e “[...] é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

Nesse sentido, a prestação de serviço adequado pressupõe a modicidade das tarifas.⁴⁴ De nada valeria haver uma excepcional prestação de um serviço público com preços de tarifas exorbitantes.

De acordo com Caio Tácito⁴⁵, “[...] ao dever de prestar bom serviço corresponde o direito à justa remuneração, assegurada pela atualização de tarifas justas e razoáveis.”

O restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro também deve levar em conta a modicidade tarifária. O Poder Público, no intuito de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão não pode se olvidar do princípio da modicidade tarifária.

No conceito de Marçal Justen Filho⁴⁶:

A modicidade tarifária significa a menor tarifa possível, em vista dos custos necessários à oferta do serviço adequado. A modicidade

⁴⁴ No conceito de Egon Bockmann Moreira, “[...] módica é a tarifa que está na medida para tornar o projeto autossustentável- nem mais nem menos que o estritamente necessário para que o serviço seja adequado às respectivas necessidades sociais. Daí a necessidade de constante atenção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (para mais ou para menos), estampada nas suas revisões periódicas- que são um dos meios mais eficientes de assegurar a modicidade.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 263.

⁴⁵ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 229.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 748.

tarifária pode afetar a própria decisão quanto à concepção do serviço público. Não terá cabimento conceber um serviço tão sofisticado que o custo torne inviável aos usuários fruir dos benefícios.

Como vimos, vários são os mecanismos que podem ser utilizados para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, em geral. O aumento das tarifas, principal meio de reequilíbrio econômico-financeiro, vai de encontro com o princípio da modicidade tarifária, razão pela qual, devem-se sopesar os mecanismos disponíveis para o reequilíbrio contratual. A alteração de encargos contratuais, a possibilidade de prorrogação dos contratos e ainda os subsídios estatais, podem ser utilizados para recompor a equação financeira, para que não haja a elevação do valor das tarifas cobradas dos usuários.

Além desses mecanismos, há a possibilidade de se prever nos contratos de concessão o auferimento de receitas acessórias. De acordo com o art. 18º, inc. VI, da Lei 8.987/95, é possível conceder ao concessionário o recebimento de possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados.

A receita proveniente da cobrança das tarifas é a principal fonte do projeto da concessão. Entretanto, a concessão pode abranger o auferimento de demais receitas, conforme definido no art. 11 da Lei 8.987/95.

O exemplo mais comum, no caso das concessões de rodovias, é a cobrança pela utilização da faixa de domínio. Sabe-se que nesse tipo de concessão, a principal receita do concessionário advém da cobrança das tarifas de pedágio, e não da utilização da faixa de domínio, mas, todavia é possível a cobrança.

Nas palavras de Egon Bockman Moreira ⁴⁷:

O exemplo usual é a faixa de domínio de rodovias (ou ferrovias). Tecnicamente, a rodovia é composta pelo leito da estrada, acostamentos e faixas de domínio. O leito é a pista onde transitam os veículos. Os acostamentos são as margens da pista de rolamento, destinadas a paradas de emergência. Já, a faixa de domínio é a área imediatamente contígua ao leito pavimentado, resguardada por questões de segurança. As faixas de domínio são áreas inerentes às rodovias nas quais não podem ser realizadas construções que não aquelas expressamente permitidas por razões de ordem técnica. O conjunto rodoviário integral (rodovia mais ambos os acostamentos

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 414.

mais ambas as faixas de domínio) tem largura entre 60 e 80m. Logo, dúvida não pode haver de que a faixa de domínio integra o conjunto de bens administrados pelo concessionário, e, como tal, é passível de exploração econômica.

O art. 11, parágrafo único, da Lei de Concessões estabelece que tais fontes de receita deverão ser obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Isso significa que o montante arrecadado pelo concessionário a título de receitas acessórias, não deve ser revertido exclusivamente aos concessionários. Tais receitas deverão ser revertidas para a modicidade tarifária, na forma regulamentada pelo Poder Concedente.

Evidente que o contrato, ou ainda as normas legais ou regulamentares, devem disciplinar como será a metodologia para se estabelecer a relação entre o recebimento de receitas acessórias e o equilíbrio econômico-financeiro. De toda maneira, resta claro que o recebimento de receitas acessórias deve-se relacionar com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão para favorecer a modicidade das tarifas.

CAPÍTULO 5 A EVOLUÇÃO DA REPARTIÇÃO DOS RISCOS E DOS MÉTODOS DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DO PROGRAMA DE CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS NO BRASIL (PROCOFE) E NO PROGRAMA DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

5.1 O Programa de Concessões de Rodovias Federais no Brasil (PROCOFE)

O Programa de Concessões de Rodovias Federais no Brasil (PROCOFE) foi desenvolvido pelo Ministério dos Transportes a partir do ano de 1994. O Ministério dos Transportes atribuiu ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), a execução do programa de concessões de rodovias no sentido de planejar, equacionar e a executar as medidas necessárias para a implementação do programa de concessões. A finalidade era analisar a viabilidade de conceder à iniciativa privada a exploração de parte das rodovias federais.

O programa foi dividido em etapas, no sentido de avaliar lotes de rodovias economicamente viáveis para a concessão à iniciativa privada. Atualmente o programa encontra-se na sua terceira etapa, e desde a criação da Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) o programa passou a ser administrado pela referida agência reguladora.

A ANTT administra atualmente 15 concessões de rodovias, totalizando 5.239,7 quilômetros, sendo cinco concessões contratadas pelo Ministério dos Transportes, entre 1994 e 1997, uma pelo Governo do Rio Grande do Sul, em 1998, (contrato sub-rogado à União no ano de 2000), sete concessões referentes à segunda etapa- fase I (2008), uma concessão referente à segunda etapa- fase II (2009) e uma concessão referente à terceira etapa- fase II (2013) ¹.

Seguem a seguir os contratos de concessão referentes à primeira etapa (firmados entre 1994 e 1998), atualmente administração da ANTT:

¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** rodoviário. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4978/Historico.html>>. Acesso em: set. 2013a.

Quadro 1: Contratos de Concessão referentes à 1ª Etapa do PROCOFE

Rodovias	Trecho	Extensão (km)
BR-116/RJ/SP Concessionária: NOVADUTRA	Rio de Janeiro- São Paulo	402,0
BR-101/RJ Concessionária: PONTE	Ponte Rio Niterói	13,2
BR-040/MG/RJ Concessionária: CON CER	Rio de Janeiro- Juiz de Fora	179,9
BR-116/RJ Concessionária: CRT	Rio de Janeiro-Teresópolis- Além Paraíba	142,5
BR-290/RS Concessionária: CONCEPA	Osório- Porto Alegre	121,0
BR-116/293/392/RS Concessionária: ECOSUL	Pólo de Pelotas	623,8

Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** conheça as etapas das concessões rodoviárias. Disponível em:
 <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/23333/Conheca_as_Etapas_de_Concessoes_Rodoviaras.html> Acesso em: set. 2013.

Os contratos de concessão referentes à segunda etapa- fase I, firmados no ano de 2008 são os seguintes:

Quadro 2: Contratos de Concessão referentes à 2ª Etapa, fase 1, do PROCOFE

Rodovias	Trecho	Extensão (km)
BR-116/PR/SC Concessionária: AUTOPISTA PLANALTO SUL	Curitiba – Div. SC/RS	412,7
BR-116/PR - BR-376/PR - BR 101/SC Concessionária: AUTOPISTA LITORAL SUL	Curitiba – Florianópolis	382,3
BR-116/SP/PR Concessionária: AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT	São Paulo – Curitiba (Régis Bittencourt)	401,6
BR-381/MG/SP Concessionária: AUTOPISTA FERNÃO DIAS	Belo Horizonte – São Paulo (Fernão Dias)	562,1
BR-101/RJ Concessionária: AUTOPISTA FLUMINENSE	Ponte Rio-Niterói – Div.RJ/ES	320,1
BR-153/SP Concessionária: TRANSBRASILIANA	Div.MG/SP – Div. SP/PR	321,6

Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** conheça as etapas das concessões rodoviárias. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/23333/Conheca_as_Etapas_de_Concessoes_Rodoviaras.html> Acesso em: set. 2013.

Em 2009 foi assinado um contrato de concessão referente à segunda etapa- fase II, conforme tabela a seguir:

Quadro 3: Contrato de Concessão referente à 2ª Etapa, fase 2, do PROCOFE

Rodovias	Trecho	Extensão (km)
BR-116/324/BA e BA-526/528 Concessionária: VIABAHIA	Divisa BA/MG - Salvador - Acesso à Base Naval de Aratu	680,6

Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** conheça as etapas das concessões rodoviárias. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/23333/Conheca_as_Etapas_de_Concessoes_Rodoviaras.html> Acesso em: set. 2013.

E em 2013, foi assinado um contrato de concessão referente à terceira etapa- fase II:

Quadro 4: Contratos de Concessão referente à 3ª Etapa, fase 2 do PROCOFE

Rodovias	Trecho	Extensão (km)
BR-101/ES/BA Concessionária: ECO-101	Entr. com a BA-698 (acesso a Mucuri) - Divisa ES/RJ	475,9

Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** conheça as etapas das concessões rodoviárias. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/23333/Conheca_as_Etapas_de_Concessoes_Rodoviaras.html> Acesso em: set. 2013.

Vale ressaltar que existem lotes pertencentes à terceira etapa que se encontram em processo de licitação.

5.1.1 Análise dos contratos de concessão

Serão analisados contratos de concessão referente a todas as etapas do Programa de Concessões Federais de Rodovias. Como em algumas etapas, existem determinadas fases de lotes concedidos, iremos analisar um contrato referente a cada fase de cada etapa do programa de concessão em referência.

Seguem a seguir, a relação dos contratos que serão analisados neste trabalho:

I) 1ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias

Concessionária: NOVADUTRA - Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A.

Trecho Objeto da Concessão: BR-116/RJ/SP, trecho Rio de Janeiro - São Paulo.

Data de assinatura: 31/10/1995

II) 2ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias (Fase I)

Concessionária: AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT S/A.

Trecho Objeto da Concessão: BR-116/SP/PR – São Paulo – Curitiba

Data de assinatura: 14/02/2008

III) 2ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias (Fase II)²

Concessionária: VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A

² As rodovias BR-040/DF/GO/MG, trecho Brasília/DF- Juiz de Fora/MG, e BR-116/MG, trecho Além Paraíba/MG- Divisa Alegre/MG, integram a 3ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias- fase I. Em 2008 e 2012, foram realizadas as Audiências Públicas n. 094 e 125, respectivamente, para colher contribuições às minutas do Edital e Contrato. Os Editais n. 001/2012 e 002/2012 para concessão das rodovias BR-040/DF/GO/MG e BR-116/MG, respectivamente, foram publicados no Diário Oficial da União n. 246 em 21 de dezembro de 2012. Porém, em função de pedidos de adiamento de potenciais interessados, e devido à necessidade de analisar de forma mais aprofundada questões levantadas nos Pedidos de Esclarecimentos, o leilão foi suspenso em 25 de janeiro de 2013, por meio do Comunicado Relevante n. 5, publicado em Edição Extra do Diário Oficial da União. Em decorrência de ajustes necessários ao Edital e ao Contrato, a ANTT retomou o processo de participação social com a abertura da Audiência Pública nº 138/2013. As alterações realizadas têm por objetivo padronizar estes documentos com o modelo seguido para os lotes rodoviários da 3ª Etapa do PROCOFE – Fase III. A previsão do leilão desses dois lotes é novembro/2013. Assim, dada a alteração realizada no edital da 3ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias- fase I, e que tais alterações visam a padronização dos contratos com o modelo da 3ª etapa, fase III, iremos proceder a análise do edital já publicado referente à 3ª etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias, fase III. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** conheça as etapas das concessões rodoviárias. Disponível em: <<http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1798.html>>. Acesso em: set. 2013b.

Trecho Objeto da Concessão: BR 116/324/BA e BA 526/528

Data de assinatura: 03/09/2009

IV) 3ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias (Fase II)

Concessionária: ECO101 Concessionária de Rodovias S.A

Trecho Objeto da Concessão: Rodovia Federal: BR-101/ES/BA: entroncamento BA-698 (acesso a Mucuri)- Divisa ES/RJ.

Data de assinatura: 17/04/2013

V) 3ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias (Fase III)

Em fase de licitação. Edital publicado em 01/08/13.

Trecho Objeto da Concessão: Rodovia Federal: BR-050/GO/MG: trecho entre o entroncamento com a BR-040, em Goiás, até a divisa de Minas Gerais com o estado de São Paulo.

Data prevista para o leilão: 18/09/2013

5.1.2 A presença das cláusulas exorbitantes nos contratos de concessão e sua relação com o equilíbrio econômico financeiro.

Em todos os contratos analisados, há a presença de cláusulas exorbitantes, inerentes aos contratos administrativos de concessão de serviços públicos. Nos contratos da primeira e segunda etapa, existem cláusulas específicas que tratam sobre o regime jurídico do contrato, estabelecendo as chamadas “cláusulas exorbitantes” presentes na concessão, sejam elas: a possibilidade de alteração do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público, a possibilidade de rescisão do contrato, a fiscalização da execução dos serviços e a possibilidade de aplicação de sanções. Nesses contratos, da primeira e segunda etapa, ainda estabelece-se que “[...] as cláusulas econômico-financeiras do contrato de concessão não poderão ser alteradas sem prévia concordância da concessionária.”

Todavia, ao lado das cláusulas exorbitantes citadas nos referidos contratos, destaca-se a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro consistente na impossibilidade de se alterar as chamadas cláusulas econômico-financeiras, sem a prévia concordância da concessionária.

Nos contratos das etapas seguintes, não há menção específica a respeito das cláusulas exorbitantes, mas há a presença dessas em todos os demais contratos celebrados.

5.1.3 O instituto do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão das rodovias federais

5.1.3.1 *Contratos referentes à primeira etapa do PROCOTE*

O contrato analisado referente à primeira etapa do programa de concessões apresenta uma subseção específica para disciplinar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A primeira cláusula referente ao assunto informa que o equilíbrio econômico-financeiro constitui o princípio fundamental que informa o regime jurídico da concessão. E ainda que o pressuposto básico da equação econômica e financeira é o equilíbrio, em caráter permanente, entre os encargos da concessionária, previsto no programa de exploração da rodovia, e as receitas da concessão, expresso no valor inicial da tarifa básica de pedágio.

Nesse sentido, o equilíbrio econômico-financeiro presente nos contratos de concessão referentes à primeira etapa consiste na relação entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão.

O contrato não estabelece qualquer definição de equilíbrio econômico-financeiro e nem a metodologia a ser utilizada no caso de desequilíbrio contratual. O contrato apenas estabelece, de forma genérica, que qualquer alteração nos encargos da concessionária pode importar na revisão do valor da tarifa, para mais ou para menos.

Na seção destinada à revisão tarifária, o contrato estabelece que “sempre que forem atendidas as condições do contrato de concessão, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro”.

5.1.3.2. Contratos referentes à segunda etapa, fase 1, do PROCOFE

O contrato de concessão referente à segunda etapa, fase 1, apresenta um capítulo próprio destinado a regulamentar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E da mesma forma que no contrato da primeira etapa, apresenta que tal instituto constitui o princípio fundamental do regime jurídico da concessão e que o pressuposto básico da equação econômica e financeira o permanente equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão.

Além disso, neste contrato há a definição do equilíbrio econômico-financeiro, como disciplina a cláusula 6.1 e 6.5 do referido contrato:

Conceito: o equilíbrio econômico-financeiro é definido pelo fluxo de caixa descontado considerado que assegure a Concessionária a Taxa Interna de Retorno não alavancada pactuada quando da assinatura do contrato³.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será mantido ao longo de sua vigência e considerado nos processos de revisão tarifária, de modo a assegurar a Taxa Interna de Retorno não alavancada, assumida no Leilão e especificada segundo as condições do Edital de Licitação⁴.

Assim, o equilíbrio contratual, que antes era apresentado de forma genérica nos contratos de concessão da primeira etapa, passa a ser definido pelo fluxo de caixa descontado que assegure a taxa interna de retorno estabelecida quando da assinatura do contrato.

Conforme disposto no acórdão n.º 393/2002 do Tribunal de Contas da União:

O fluxo de caixa é o instrumento que permite, a qualquer instante, verificar se a taxa interna de retorno original está sendo mantida. Cabe ressaltar que a Taxa Interna de retorno – TIR é extraída diretamente da proposta vencedora da Licitante e expressa a rentabilidade que o investidor espera do empreendimento. Em termos matemáticos, a TIR é a taxa de juros que reduz a zero o valor presente líquido do fluxo de caixa, ou seja, a taxa que iguala o fluxo de

³ Cláusula 6.1 do contrato referente à segunda etapa, fase 1.

⁴ Cláusula 6.5 do contrato referente à segunda etapa, fase 1.

entradas de caixa com as saídas, num dado momento. Assim pode-se dizer que a manutenção da taxa interna de retorno é garantia tanto do Poder Público, quanto da concessionária, e sua modificação dá ensejo à revisão contratual, na forma prevista na lei e no contrato.⁵

A finalidade, portanto, do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, presente nos contratos de concessão da segunda etapa, fase 1, é assegurar a taxa interna de retorno estabelecida no leilão. Uma vez, alterada a taxa interna de retorno, seja pela alteração de encargos, seja pela demais hipóteses de desequilíbrio contratual, haverá lugar à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.⁶

⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Representação formulada por ministro do TCU. Solicitação de realização de estudos acerca da viabilidade técnica e jurídica do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de exploração de rodovias, visando a redução das tarifas cobradas dos usuários, mediante a obtenção de receitas alternativas, tais como a exploração de redes de fibra ótica. Realização de inspeção no DNER. Contrato de concessão firmado em desacordo com a legislação vigente. Multa. Acórdão n. 393/2002. Relator: Walton Alencar Rodrigues. 11 de novembro de 2002. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Pesquisar em:** acórdãos e decisões. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁶ Nesse sentido, a materialização do equilíbrio econômico-financeiro se dá pela manutenção da taxa interna de retorno não alavancada. Um estudo da FIPE– Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados no âmbito da primeira etapa do programa de concessão rodoviária apresenta o que seria a TIR não alavancada: “O plano de negócios da concessionária apresentado como elemento do contrato de concessão descreve os custos e as receitas da concessão de acordo com os valores esperados pelo concessionário no momento da assinatura do contrato. Um elemento importante desse plano de negócios é o fluxo de caixa esperado do projeto de concessão, também chamado de fluxo de caixa não alavancado. Nele são computadas todas as entradas e saídas de caixa do ponto de vista do conjunto dos financiadores da concessão, ou seja, dos acionistas ou provedores de capital próprio e dos organismos que fazem empréstimos à concessão ou provedores de capital de terceiros, isto é, todos os movimentos de caixa que não constituem aporte de capitais (próprios ou de terceiros) ou juros e amortizações de dívida e pagamentos de dividendos aos acionistas. Com base nesse fluxo de caixa, pode-se definir a taxa interna de retorno (TIR) do projeto, também chamada de TIR não alavancada, como sendo a particular taxa de desconto que iguala o valor presente do fluxo de caixa do projeto a zero.” FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS; Estudo sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados no âmbito da primeira etapa do programa federal de concessão rodoviária. **Relatório técnico apresentado à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP)**. São Paulo, 2009.

5.1.3.3 Contrato referente à segunda etapa, fase 2, do PROCOFE

No contrato de concessão referente à segunda etapa, fase 2, não há qualquer definição sobre o equilíbrio econômico-financeiro. Mas existem cláusulas específicas que tratam acerca da recomposição do equilíbrio contratual⁷.

As grandes novidades trazidas pelo contrato de concessão referente à segunda etapa, fase 2, dizem respeito a dois institutos: o fluxo de caixa marginal e o desconto de reequilíbrio. Conforme definição contida no próprio contrato, entende-se por fluxo de caixa marginal e desconto de reequilíbrio:

Fluxo de Caixa Marginal: forma de calcular o impacto no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em decorrência da inclusão de novos investimentos no escopo do referido contrato⁸.

Desconto de Reequilíbrio: percentual que será deduzido da tarifa básica de pedágio com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos casos de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório necessários ao cumprimento dos parâmetros de desempenho previstos no PER.⁹

A razão da inclusão de uma nova metodologia para a inclusão de novos investimentos se deve em razão de que os contratos de concessão das primeiras etapas foram celebrados em meio a uma realidade econômica de instabilidade e elevados índices inflacionários.

Verifica-se, nestes casos, que a taxa interna de retorno dos contratos celebrados no início do programa de concessões é maior do que as taxas dos projetos de concessões posteriores. Isso porque, aquela taxa era condizente com a conjuntura econômica à época do leilão. Entretanto, caso houvesse a necessidade de inclusão de novos investimentos nestes contratos, a taxa interna de retorno a ser

⁷ Cláusula 20.1.1. Sempre que forem atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

20.1.2. A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na cláusula 19.1.3, acima.

20.1.3. A ANTT poderá efetuar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando cabível nos termos da lei e observado o disposto na subcláusula 16.7.3.

⁸ Cláusula 1.1, item xvi.

⁹ Cláusula 1.1, item xii.

levada em conta para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deveria permanecer a mesma ao longo de todo o período contratual, inclusive com relação aos novos investimentos.

Diante de tal situação, a ANTT passou a incluir em seus contratos a possibilidade de utilização de um fluxo de caixa marginal, na inclusão de novos investimentos no contrato. Esse fluxo de caixa, marginal ao fluxo de caixa do projeto inicial, passa a ser projetado única e exclusivamente em razão do evento que ensejou a necessidade de reequilíbrio contratual, levando em conta os fluxos dos dispêndios marginais resultantes deste evento e os fluxos das receitas marginais necessárias para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro se dava até então, pela utilização do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no plano de negócios, de modo a manter as condições efetivas da proposta, para todo e qualquer evento que ensejasse o desequilíbrio contratual. A partir de então, para novos investimentos, o reequilíbrio passa a ser calculado através de um fluxo de caixa marginal.

Portanto, este contrato estabeleceu três possibilidades de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: a utilização do fluxo de caixa marginal, a recomposição por meio da aplicação do “desconto de reequilíbrio” e ainda a tradicional recomposição através do fluxo de caixa descontado não alavancado.

Com relação ao “Desconto de Reequilíbrio”, Antônio Carlos Cintra do Amaral ¹⁰, entende que tal instituto presente em alguns contratos de concessão de rodovias não teria respaldo legal, uma vez que:

O “Desconto de Reequilíbrio” tem evidente caráter sancionatório, pelo que não pode ser aplicado não apenas por falta de previsão legal, mas igualmente porque, se aplicado, violaria o princípio do *bis in idem*. Além do mais, não serve para reequilibrar o contrato, podendo, ao contrário, desequilibrá-lo. Não bastasse isso, conflitaria com o **princípio da indisponibilidade do interesse público**, ao admitir que o serviço pudesse ser prestado ao usuário com perda de qualidade,

¹⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Consulta formulada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias- ABCR sobre a legalidade do Edital de Concorrência n. 001/2008, da Agência Nacional de Transportes Terrestres- ANTT, que tem por objeto a concessão para exploração do Sistema Rodoviário das BR's 116 e 324 no Estado da Bahia. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 125. (grifo do autor).

em troca de redução de tarifa cobrada, o que contrariaria, ainda, o dever da concessionária de prestar **serviço adequado**, a ela atribuído pela Lei 8.987/95 no seu art. 6º.

Assim, no contrato referente à segunda etapa, fase 2, com relação ao cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos, passou a ser utilizado o método de reequilíbrio através de fluxo de caixa marginal. Nos casos de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego necessárias ao cumprimento dos parâmetros de desempenho, será aplicado o “desconto de reequilíbrio” e já nas demais hipóteses a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará pela utilização do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no plano de negócios.

5.1.3.4 Contrato referente à terceira etapa, fase 2, do PROCOFE

O contratos de concessão referente à terceira etapa, fase 2, do programa de concessões, mantém basicamente os mesmos princípios e institutos dos contratos referentes à segunda etapa, fase 2, quais sejam: a utilização de fluxo de caixa marginal para novos investimentos, o desconto de reequilíbrio para descumprimento dos parâmetros de desempenho, e o fluxo de caixa descontado não alavancado para as demais hipóteses previstas em contrato.

A novidade apresentada neste contrato de concessão de rodovias, com relação ao equilíbrio econômico-financeiro é a aplicação de um redutor do reajuste da tarifa de pedágio referente ao compartilhamento, com os usuários do sistema rodoviário, dos ganhos de produtividade obtidos pela Concessionária. Trata-se do “Fator X”, assim definido pelo contrato:

Fator X: redutor do reajuste da tarifa de pedágio – calculado na forma da subcláusula 16.3.3, e revisto na forma da subcláusula 16.3.5-referente ao compartilhamento, com os usuários do sistema rodoviário, dos ganhos de produtividade obtidos pela concessionária.¹¹

¹¹ Cláusula 1.1, item xvi, do Contrato da 3ª etapa, fase 2.

O fator X é integrante da fórmula RPI – X%, fórmula bastante utilizada no setor de telecomunicações. De acordo com José Carlos de Oliveira ¹²:

[...] RPI-X%, onde RPI significa reajuste pelo índice de preços de varejo-inflação e X um redutor de custo real definido com antecedência. Sendo que o redutor X é definido pelo órgão controlador com base em detalhada modelagem de evolução dos vários custos envolvidos e sua projeção para os próximos anos. O redutor X precisa ser atingido pela companhia na cesta de serviços como um todo, mas sujeito ainda a redutores parciais que precisam ser atingidos em certos serviços mais importantes. Esta provisão limita o direito da companhia de aumentar alguns serviços enquanto reduz outros.

Trata-se, portanto, de um percentual que será deduzido do valor do reajuste da tarifa de pedágio ao longo do período da concessão, de modo a contemplar os ganhos de produtividade da concessionária ao longo do tempo de concessão. De acordo com Rafael Wallbach Schwind:

A fórmula do RPI-X significa *Retail Price Index Minus X*. Trata-se de modelo muito prestigiado na experiência britânica, que foi difundido a partir do informe elaborado em 1983 por Stephen Littlechild, intitulado *Regulation of British Telecommunications Profitability*.

Esse modelo consiste na fixação de uma tarifa que é atualizada monetariamente de forma periódica, mas que sofre, também periodicamente, uma redução, aplicando-se um deflator X. A fórmula RPI-X, significa, portanto, algo como IPC-x (Índice de Preços ao Consumidor menos X).

Envolve a aplicação de um reajuste periódico de acordo com um índice ou fórmula específica predefinidos, sendo que incide também um deflator igualmente determinado de forma prévia, de modo que o reajuste real seja inferior àquele que ocorreria se fosse aplicado apenas o índice ou a fórmula de reajuste estabelecido ¹³.

De acordo com a cláusula 16.3.3 do contrato em análise, o valor do reajuste da tarifa de pedágio será deduzido pelo Fator X, estabelecido de acordo com os percentuais da tabela a seguir:

¹² OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1996. p.20. (nota de rodapé n.91).

¹³ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.p. 88.

Quadro 5: Percentuais relativos a aplicação do Fator X

Período da Concessão	Fator X (%)
Até o 5º ano do Prazo da Concessão	0,00
Do 6º ao 10º ano do Prazo da Concessão	0,25
Do 11º ao 15º ano do Prazo da Concessão	0,50
Do 16º ao 20º ano do Prazo da Concessão	0,75
Do 21º ao 25º ano do Prazo da Concessão	1,00

Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** conheça as etapas das concessões rodoviárias. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/21255/ECO101.html>> Acesso em: set. 2013.

O Fator X, portanto é o mecanismo que permite o compartilhamento com os usuários dos ganhos de eficiência e produtividade do negócio. De acordo com o contrato, o Fator X deverá ser revisto, quinquenalmente, pela ANTT, com base em estudos de mercado por ela realizados, de modo a contemplar a projeção de ganhos de produtividade do setor rodoviário brasileiro e, caso se faça necessário os valores estabelecidos na referida tabela poderão ser alterados para o período remanescente da concessão, não gerando qualquer reequilíbrio econômico-financeiro ao contrato de concessão.

A previsão de inserção de tal mecanismo que permite a transferência aos usuários dos ganhos de eficiência é disciplinada pela Portaria n.º 118 ¹⁴, de 17 de maio de 2002 do Ministério da Fazenda ¹⁵.

¹⁴ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria n. 118, de 17 de maio de 2002. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 maio. 2002. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/Portaria118MF.pdf>>. Acesso em: set. 2013.

¹⁵ Os artigos 1º e 2º da Portaria n. 118, de 17/05/2002, estabelecem que:
 Art. 1º Os reajustes e as revisões das tarifas dos serviços públicos regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ deverão observar os critérios estabelecidos nesta Portaria.
 Art. 2º Os reajustes deverão:
 I - ser feitos com periodicidade mínima anual;
 II - basear-se nas alterações dos custos operacionais ou em índices de preços;
 III - estar discriminados nas cláusulas constantes dos contratos de concessão ou de permissão, nos atos de autorização previstos no art. 49 da Lei nº 10.233, de 2001, ou nos convênios de delegação, que deverão estabelecer os pesos dos itens que compõem os custos operacionais ou que estarão vinculados a índices de preços; e
 IV - incluir a transferência de parcela dos ganhos de **eficiência** das empresas aos usuários. (grifo nosso)

5.1.3.5 Minuta do contrato referente à terceira etapa, fase 3 do PROCOFE

Na minuta do contrato de concessão, publicada pela ANTT, referente à terceira etapa do programa de concessões, fase 3 (em fase de licitação), as questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, passam a ser o centro das atenções das cláusulas contratuais.

O equilíbrio econômico-financeiro passar a ter um caráter muito mais dinâmico e atrelado a praticamente todas as atividades da concessionária. A relação entre encargos e remuneração não deixa de existir, mas essa relação passa a ser permeada de mecanismos que visam estabelecer uma ideia de equivalência contratual ligada a indicadores de qualidade, ganhos de produtividade, atendimento a parâmetros de desempenho, entre outros.

Surgem adicionalmente ao Fator X, outros fatores (redutores ou incrementadores da tarifa), quais sejam: o Fator C, o Fator D e o Fator Q, que passam a se incorporar no cálculo do reajuste da tarifa de pedágio, anualmente. Ainda sobre as inovações contratuais trazidas pela minuta do contrato da terceira etapa, fase 3, a ANTT passa a estabelecer a figura do Acréscimo de Reequilíbrio ao lado do Desconto de Reequilíbrio, que passam a compor o Fator D.

Para melhor apresentação dos institutos trazidos pela ANTT, apresentamos os conceitos definidos neste contrato:

Fluxo de Caixa Marginal: forma de calcular o impacto no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato ¹⁶.

Acréscimo de Reequilíbrio: percentual que será incrementado na tarifa básica de pedágio, com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função da antecipação de obras de ampliação de capacidade e melhorias, mediante a aplicação do fator D ¹⁷.

Desconto de Reequilíbrio: percentual que será deduzido da tarifa básica de pedágio, com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos parâmetros de desempenho e à inexecução das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço, mediante a aplicação do fator D ¹⁸.

¹⁶ Cláusula 1.1, item xxiv.

¹⁷ Cláusula 1.1, item i.

¹⁸ Cláusula 1.1, item xiii.

Fator X: redutor do reajuste da tarifa de pedágio referente ao compartilhamento, com os usuários do sistema rodoviário, dos ganhos de produtividade obtidos pela concessionária ¹⁹.

Fator C: redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio, utilizado como mecanismo de reequilíbrio do contrato aplicável sobre eventos que gerem impactos exclusivamente na receita e nas verbas indicadas ²⁰.

Fator D: redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do desconto de reequilíbrio ou como acréscimo de reequilíbrio no caso de antecipação na entrega de obras ²¹.

Fator Q: redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto por não atendimento aos indicadores de qualidade ou, conforme o caso, como acréscimo em razão do atendimento desses mesmos indicadores. ²²

Além disso, elimina-se totalmente a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro através de fluxo de caixa descontado não alavancado. A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro passa a ser, no caso de atraso ou inexecução de obras, pelo “Desconto de Reequilíbrio” e no caso de antecipação de obras pela concessionária pelo “Acréscimo de Reequilíbrio”, calculados conforme metodologia do Fator D.

Com relação ao Acréscimo e Desconto de Reequilíbrio, não se tratam de penalidades ou bonificações aplicadas à concessionária. Conforme a própria definição contida no Anexo 5 do contrato em questão:

O **Desconto de Reequilíbrio** não constitui espécie de penalidade imposta à Concessionária, mas sim mecanismo para desonerar os usuários do Sistema Rodoviário. Pressupõe que, se o serviço público prestado na Concessão estiver em desconformidade com as condições estabelecidas no Contrato e no PER, tal serviço não deve ser remunerado em sua integralidade. Trata-se de mecanismo preestabelecido e pactuado entre as Partes no Contrato, visando à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro para os casos de inexecução dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço, de acordo com os Parâmetros Técnicos e dos Parâmetros de Desempenho.

O **Acréscimo de Reequilíbrio** não constitui espécie de bonificação em favor da Concessionária, mas sim mecanismo pré-fixado de

¹⁹ Cláusula 1.1, item xxii.

²⁰ Cláusula 1.1, item xix.

²¹ Cláusula 1.1, item xx.

²² Cláusula 1.1, item xxi.

ressarcimento da Concessionária pela antecipação de investimentos previstos para a execução das Obras de Ampliação previstas no PER. Pressupõe que, se as Obras de Ampliação tiveram seu prazo de execução antecipado pela Concessionária, o custo financeiro adicional deve ser ressarcido em decorrência do atendimento ao interesse público pela ampliação de capacidade disponibilizada aos usuários.²³

O reequilíbrio se dará pela aplicação do Fator C, na hipótese de eventos de que ensejem impacto exclusivamente na receita ou verba da Concessionária. E ainda, através de “fluxo de caixa marginal”, para todas as demais hipóteses.

Vale ressaltar, que essa minuta de contrato consta no Edital de Licitação relativo à concessão da BR-050, que se encontra em processo de licitação, não tendo o contrato sido formalizado pela ANTT até o momento.

5.1.4 Hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual

Com relação às hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual, nos contratos da primeira etapa e segunda etapa, fase 1, não existem cláusulas específicas que tratam das hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual.

Já os contratos firmados a partir da segunda etapa, fase 2, são claros em determinar as hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual. Nesses contratos, a concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na cláusula que trata acerca dos riscos relacionados à concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente.

Ou seja, apenas caberá o pedido de reequilíbrio contratual, nos casos em que os riscos efetivamente ocorridos estiverem sob a responsabilidade do poder concedente. Todos os demais eventos, não poderão ensejar pedido de reequilíbrio contratual. Sobre os riscos atribuídos ao poder concedente, iremos apresentá-los no item. 5.2.8, abaixo.

²³ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **3ª etapa das concessões rodoviárias**: Edital- Lotes 2 e 4. Disponível em: <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1949/Edital___Lotes_2_e_4.html>. Acesso em: set.2013c. (grifo nosso)

5.1.5 Critérios para a recomposição do equilíbrio contratual

Com relação aos critérios e princípios para a recomposição do equilíbrio contratual, nos contratos da primeira etapa e segunda etapa, fase 1, não existem cláusulas específicas que tratam do assunto.

A partir do contrato da segunda etapa, fase 2, encontram-se cláusulas específicas sobre os critérios e princípios para a recomposição do equilíbrio contratual.

No contrato da segunda etapa, fase 2, e terceira etapa, fase 2, a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:

- (i) na hipótese de inclusão no escopo do contrato de concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de **Fluxo de Caixa Marginal**;
- (ii) na hipótese de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessário a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do **Desconto de Reequilíbrio**;
- (iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas no itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do **Fluxo de Caixa Descontado Não Alavancado** apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.²⁴

Na minuta contrato, da terceira etapa, fase 3 (em licitação), a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro também dependerá do evento ensejador do desequilíbrio. Entretanto, destaca-se a presença de demais hipóteses não previstas nas fases anteriores e a eliminação da possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro através do fluxo de caixa descontado não alavancado. No referido contrato estabelece-se que:

- (i) na hipótese de atraso ou inexecução dos serviços e obras, dos Escopos, Parâmetros de Desempenho e Parâmetros Técnicos da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, a recomposição do

²⁴ Cláusula 20.4 do Contrato da 2ª etapa, fase 2. (grifo nosso).

equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do **Desconto de Reequilíbrio**, sendo que a hipótese de antecipação da entrega das Obras de Ampliação de Capacidade poderá ensejar o **Acréscimo de Reequilíbrio**, tudo conforme a metodologia de aplicação do **Fator D**;

(ii) o reequilíbrio se dará pela aplicação do **Fator C**, na hipótese de evento que ensejar impacto exclusivamente na receita ou verba da Concessionária, bem como aquelas assim consideradas pela ANTT ou em regulamentação própria;

(iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas nos itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de **Fluxo de Caixa Marginal**, nos termos de regulamentação específica.²⁵

Vale dizer, que nos contratos anteriores a segunda etapa, fase 2, todos os eventos ensejadores de reequilíbrio contratual, deveriam ser reequilibrados através do fluxo de caixa descontado não alavancado. Independentemente, se a causa do reequilíbrio fosse a inclusão de novos investimentos, atraso ou antecipação de obras ou qualquer outro evento que provocasse o desequilíbrio contratual, o critério para o reequilíbrio do contrato era a utilização do fluxo de caixa descontado não alavancado.

A partir do contrato da segunda etapa, fase 2, a ANTT passou a atribuir métodos de reequilíbrio econômico-financeiro a partir da ocorrência de determinadas hipóteses. Assim, nem todas as hipóteses de desequilíbrio contratual ensejam a mesma forma de reequilíbrio. Nessa etapa, a ANTT, apresentou três possibilidades de métodos de reequilíbrio: a utilização de fluxo de caixa marginal (para novos investimentos), o Desconto de Reequilíbrio (para atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessário a atender os Parâmetros de Desempenho) e a utilização do Fluxo de Caixa Descontado Não Alavancado, para as demais hipóteses.

No contrato da terceira etapa, fase 3 (em licitação), a ANTT estabelece, além das hipóteses contidas na segunda etapa, fase 2, a aplicação dos fatores C e D, e a eliminação total da possibilidade de reequilíbrio através da utilização do Fluxo de Caixa Descontado Não Alavancado.

²⁵ Cláusula 22.4 da minuta do Contrato da 3ª etapa, fase 3. (grifo nosso).

5.1.6. Meios para a recomposição do equilíbrio contratual

Com relação aos meios para a recomposição do equilíbrio contratual, apenas a partir do contrato da segunda etapa, fase 2, que a ANTT passou a estabelecer as possibilidades das formas de recomposição.

No contrato da segunda etapa, fase 2, a ANTT estabeleceu que poderia adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, conforme abaixo:

- (i) aumento ou redução do valor da tarifa básica de pedágio;
- (ii) pagamento à Concessionária, pela União, dos investimentos, custos ou despesas adicionais que tenham sido efetivamente incorridos ou do valor equivalente à perda de receita efetivamente ocorrida;
- (iii) Modificação das obrigações contratuais da concessionária.²⁶

Assim, neste contrato, para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, a agência reguladora pode se valer das seguintes hipóteses: aumento ou redução da tarifa, a utilização de recursos públicos e ainda a alteração de encargos previstos no contrato de concessão.

Já no contrato da terceira etapa, fases 2 e 3 (minuta), a ANTT estabeleceu as seguintes formas de recomposição:

- (i) aumento ou redução do valor da Tarifa Básica de Pedágio;
 - (ii) pagamento à Concessionária, pelo Poder Concedente, de valor correspondente aos investimentos, custos ou despesas adicionais com os quais tenham concorrido ou de valor equivalente à perda de receita efetivamente advinda, levando-se em consideração os efeitos calculados dentro do próprio Fluxo de Caixa Marginal;
 - (iii) modificação de obrigações contratuais da Concessionária; ou
 - (iv) estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio.
- A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer, também, mediante prorrogação do Contrato.²⁷

Vê-se que nesses contratos, houve a inclusão de três novas formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sendo elas: a utilização de cabines de bloqueio, a alteração da localização das praças de pedágio e ainda a possibilidade de prorrogação do contrato de concessão.

²⁶ Cláusula 20.3 do Contrato da 2ª etapa, fase 2.

²⁷ Cláusula 20.3 e 22.3 do Contrato da 3ª etapa, fase 2 e 3, respectivamente.

5.1.7 Prazo da concessão e possibilidade de prorrogação

O prazo dos contratos de concessão da primeira a terceira etapa, fase 2, é de 25 (vinte e cinco) anos.²⁸ Já na minuta o contrato da terceira etapa, fase 3, é de 30 (trinta) anos.

No contrato referente à primeira etapa, não se estabelece a data de início do referido prazo contratual. Já nos contratos que sucederam a esta etapa, estabeleceu-se que a data de início da contagem do prazo de concessão é a partir da data de publicação do extrato do contrato de concessão no Diário Oficial da União, a chamada, “Data de Assunção”. A partir da Data de Assunção, portanto, inicia-se o prazo da concessão estabelecido no contrato.

Quanto a possibilidade de prorrogação dos contratos, nos contratos da primeira etapa e segunda etapa, fase 1, não admite-se a prorrogação. Já no contrato da segunda etapa, fase 2 é admitida a prorrogação do prazo da concessão apenas no caso de novos investimentos, limitada a um período de extensão de no máximo 5 (cinco) anos.

Os contratos da terceira etapa, fase 1 e 3, admite-se a prorrogação do contrato pelo mesmo período do contrato, 25 (vinte e cinco) e 30 (trinta) anos, respectivamente, nas seguintes hipóteses:

- (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado;
- (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada;
- (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.²⁹

Assim, enquanto nos contratos de concessão mais antigos, não admitia-se a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão de rodovias federais, já os contratos mais recentes admite-se tal possibilidade de prorrogação pelo mesmo período contratual, desde que haja a imposição do interesse público, casos decorrentes de força maior ou ainda para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrentes de novos investimentos ou serviços.

²⁸ Este prazo se refere aos contratos ora analisados.

²⁹ Cláusula 3ª do Contrato da 3ª etapa, fase 2 e 3 (minuta), respectivamente.

5.1.8. Riscos da concessionária

A alocação de riscos é um dos temas que mais se modificaram nos contratos de concessão, ao longo dos anos. Ou melhor, é um dos temas que mais foram sendo detalhados ao longo das etapas do programa de concessão de rodovias federais. Isso porque, a alocação de riscos é de fundamental importância para se atribuir a responsabilidade da concessionária e do poder concedente na ocorrência de determinadas situações. Com o detalhamento da atribuição de riscos a cada uma das partes contratantes, elimina-se a possibilidade de discussões quanto ao cabimento do reequilíbrio econômico-financeiro. Em razão disso, foram se aperfeiçoando as cláusulas de determinação dos riscos dentro destes contratos.

No contrato da primeira etapa do programa, havia apenas uma atribuição genérica de riscos à concessionária, determinando que “A concessionária assume todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos que o contrário resulte do próprio contrato”. E ainda que a “A concessionária deve assumir integralmente, o risco de trânsito”. Neste contrato, o único risco específico assumido pela concessionária, era o risco de trânsito, ou ainda, o risco pela demanda de tráfego. Ou seja, caso a demanda projetada pela concessionária fosse realizada a menor ou a maior, tratava-se de um risco exclusivo da concessionária, não havendo a possibilidade de reequilíbrio contratual decorrente do volume de tráfego.

Já a partir do contrato da segunda etapa, fase 1, começou-se a detalhar outros riscos também atribuíveis à concessionária, além dos riscos genéricos relacionados à concessão, tais como:

- Erros na determinação de quantitativos;
- Riscos decorrentes de danos seguráveis;
- Variação nos custos dos insumos, mão de obra e financiamentos;
- Regularização do passivo ambiental dentro da faixa de domínio;
- Risco geral de tráfego (inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias).³⁰

E a partir da segunda etapa, fase 2, houve um abrupto aumento dos riscos atribuídos à concessionária, tais como:

³⁰ Cláusula 4ª do Contrato da 2ª etapa, fase 1.

- Volume de tráfego;
- Recusa de usuários em pagar a tarifa;
- Obtenção de licenças;
- Despesas com desapropriações e faixa de domínio;
- Custos excedentes de obras;
- Atraso no cumprimento do cronograma;
- Tecnologia empregada nas obras;
- Perecimento, destruição, roubo, furto, perda e danos aos bens da concessão;
- Manifestações sociais e/ou públicas que afetem a concessão por até 15 dias, sucessivos ou não, a cada período de doze meses, caso não haja cobertura de seguro e por até 90 dias caso haja a cobertura de seguro.
- Defeitos ocultos em bens da concessão;
- Aumento do custo de capital;
- Variação das taxas de câmbio;
- Caso fortuito e força maior que possam ser objeto de seguro;
- Recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental;
- Inflação;
- Responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais;
- Prejuízos causados a terceiros;
- Vícios ocultos dos bens da concessão, após a assunção;
- Defeitos em obras realizadas pelo poder público, após o recebimento definitivo da obra.³¹

Como se verá, os riscos do poder concedente, também foram sendo mais detalhados ao longo das etapas do programa de concessão rodoviária. De toda maneira, vale ressaltar que não caberá lugar a qualquer pedido de reequilíbrio econômico-financeiro em razão dos riscos atribuídos à concessionária.

5.1.9 Riscos do poder concedente

Da mesma forma que os riscos atribuídos à concessionária foram sendo detalhados ao longo das etapas do programa de concessão de rodovias federais, os riscos a cargo do poder concedente também foram objeto de detalhamento nos contratos de concessão rodoviária.

No contrato referente à primeira etapa do programa, não há cláusula específica que trata dos riscos do poder concedente. Já o contrato da segunda etapa, fase 1, descreve como riscos do poder concedente apenas aqueles decorrentes do inadimplemento contratual, alterações unilaterais no contrato e “fato

³¹ Cláusula 19.2 do Contrato da 2ª etapa, fase 2.

do príncipe”. Assim, a concessionária poderia pleitear reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de tais hipóteses.

Já a partir do contrato da segunda etapa, fase 2, há uma gama enorme de riscos específicos do poder concedente, tais como:

- Manifestações sociais superiores aos prazos estabelecidos em contrato;
- Decisão (arbitral, judicial, administrativa) que impeça a cobrança de pedágio;
- Descumprimento pelo Poder Concedente de suas obrigações contratuais;
- Caso fortuito e força maior que não possa ser objeto de seguro;
- Alteração de encargos pelo Poder Concedente;
- Criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos após a apresentação da proposta, com exceção do imposto de renda;
- Rotas e caminhos alternativos que não existissem e que não estivessem previstos na data de assinatura do contrato.³²

No contrato da terceira etapa, fase 2, há o acréscimo de mais riscos específicos do poder concedente, além dos riscos já discriminados no contrato da segunda etapa, fase 2, como:

- Recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental fora do sistema rodoviário;
- Atraso das obrigações conferidas ao DNIT pelo contrato ou pelo edital, inclusive quanto à entrega do termo de arrolamento e transferência de bens entre a concessionária e o DNIT, e não realização das obras previstas no per que estão sob sua responsabilidade;
- Vícios ocultos do sistema rodoviário e dos bens da concessão, vinculados à manutenção e operação, transferida à concessionária na data de assunção;
- Defeitos em obras realizadas pelo poder público, até o recebimento definitivo destas obras pela concessionária; e
- Alterações no PER, por iniciativa do poder concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços.³³

E, por fim, houve a inclusão de outros vários riscos atribuídos ao poder concedente, no contrato da terceira etapa, fase 3.

- Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais à cargo da concessionária quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais, exceto se decorrente de fato imputável à concessionária;

³² Cláusula 19.1. 3 do Contrato da 2ª etapa, fase 2.

³³ Cláusula 19.2 do Contrato da 3ª etapa, fase 2.

- Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais à cargo do poder concedente;
- Custos com a elaboração do inventário florestal e dos planos básicos ambientais;
- Vícios ocultos do sistema rodoviário e dos bens da concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à concessionária na data de assunção;
- Alteração unilateral no PER e no contrato, por iniciativa do poder concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro;
- Defeitos em obras realizadas pelo poder público, até o recebimento definitivo destas obras pela concessionária;
- Defeitos e demais aspectos expressamente indicados pela concessionária nas obras executadas pelo DNIT;
- Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo da concessionária por força da exigência de pesquisas arqueológicas, ou condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas, bem como os custos relacionados ao atendimento destas exigências e condicionantes nas licenças a cargo da concessionária ou do poder concedente;
- Os custos necessários para implantação das obras obrigatórias em trechos urbanos da frente de ampliação e manutenção do nível de serviço que ultrapassem a extensão indicada no PER, assim como os custos de desapropriação e da eventual necessidade de implantação das obras de artes especiais;
- Custos com desapropriação nos valores que excederem o montante indicado no contrato;
- Custos com os estudos ambientais nos valores que excederem o montante indicado no contrato;
- Custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no sistema rodoviário, necessárias à execução das obras e serviços previstos no contrato, junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infraestrutura;
- Fato do príncipe ou fato da Administração que provoque impacto econômico-financeiro no contrato.³⁴

No caso da ocorrência de umas dessas hipóteses, portanto, a concessionária, poderá pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

³⁴ Cláusula 19.2 do Contrato da 2ª etapa, fase 2.

5.1.10 Arredondamento da tarifa

A questão do arredondamento da tarifa é um tema que teve tratamento bastante diferenciado nos contratos ora analisados.

No contrato de concessão da primeira etapa, o arredondamento da tarifa poderia ser efetuado a exclusivo critério da concessionária no sentido de facilitar a fluidez do trânsito e propiciar maior comodidade aos usuários. Entretanto, o arredondamento das tarifas de pedágio só poderia ser efetuado para menos. Ou seja, ficava a critério exclusivo da concessionária, arredondar a tarifa, para facilitar “o troco”, por exemplo, desde que esse arredondamento fosse efetuado para menos. Neste contrato, não se estabeleceu qualquer relação entre equilíbrio econômico-financeiro e arredondamento da tarifa.

A partir do contrato de concessão da segunda etapa, fase 1, poderia haver o arredondamento das tarifas de pedágio da seguinte forma:

A tarifa de pedágio a ser praticada será arredondada para múltiplos de 10 (dez) centavos de real e será obtida mediante a aplicação do seguinte critério de arredondamento:

- a) Quando a segunda casa decimal for menor do que cinco, arredonda-se para baixo esta casa;
- b) Quando a segunda casa decimal for igual ou superior a cinco, arredonda-se a primeira casa decimal para o valor imediatamente superior.³⁵

Neste contrato (segunda etapa, fase 1), os efeitos econômicos decorrentes do arredondamento seriam considerados na revisão ordinária subsequente, ou seja, haveria o reequilíbrio econômico-financeiro em razão do arredondamento da tarifa.

Já no contrato da segunda etapa, fase 2, o critério de arredondamento seguia a mesma forma estabelecida no contrato anterior, porém ficou estabelecido que a diferença de arrecadação proveniente do arredondamento aplicado à tarifa de pedágio para mais, ou para menos, não ensejaria a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, passou a ser um risco exclusivo da

³⁵ Cláusula 6.32 e 6.33 do Contrato da 2ª etapa, fase 1.

concessionária a diferença de arrecadação proveniente do arredondamento da tarifa, não havendo que se falar em equilíbrio econômico-financeiro.

O contrato da terceira etapa, fase 2, utilizou a mesma metodologia do contrato da segunda etapa, fase 1, em que os efeitos econômicos decorrentes do arredondamento seriam considerados na revisão ordinária subsequente. E por fim, o contrato da terceira etapa, fase 3, também passou a considerar a possibilidade de reequilíbrio contratual em razão do arredondamento da tarifa mediante a aplicação da metodologia do fator C.

5.1.11 Reajuste da tarifa

De acordo com o contrato de concessão da primeira etapa, o valor da tarifa básica de pedágio deve ser reajustado anualmente. A data base para o reajuste das tarifas é a data de apresentação da proposta de tarifa. Neste contrato, utilizou-se como método de reajuste, uma fórmula que contempla a variação ponderada dos índices de reajustes relativos aos principais componentes de custo considerados na formação do valor da tarifa básica de pedágio. Foram utilizados nessa fórmula de reajuste índices de terraplanagem, pavimentação, obras de artes especiais e serviços de consultoria. A aplicação de tal fórmula indica o valor da nova tarifa básica de pedágio, a cada ano ³⁶.

³⁶ Cláusula 50ª do Contrato da 1ª etapa. Fórmula de reajuste da tarifa pedágio do contrato de concessão da 1ª Etapa do PROCOFE:

$$TBR = \frac{V \{ [0,14(ITi - ITo) + 0,34(IPi - IPo) + 0,32(IOAEi - IOAEo) + 0,20(ICi - ICo)] + 1 \}}{IOPAEo}, \quad \text{onde:}$$

TBR – é o valor da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO reajustada;

V – é o valor da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO;

ITo – é o índices de terraplanagem, relativo ao mês da data-base, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;

ITi – é o índices de terraplanagem, relativo ao mês do reajuste, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;

IPo – é o índices de Pavimento, relativo ao mês da data-base, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;

IPi – é o índices de Pavimento, relativo ao mês de reajuste, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;

IOAEo – é o índice de Obra de Arte Especiais, relativo ai mês da data-base, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;

IOAEi – é o índice de Obra de Arte Especiais, relativo ai mês de reajuste, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;

ICo – é o índice de Serviço de Consultoria, relativo ao mês da data-base, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;

Os contratos subsequentes deixaram de utilizar tal fórmula de reajuste, passando a adotar como índice de reajuste de pedágio o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro que venha a ser definido em sua substituição, em caso de sua extinção, em periodicidade anual. A data base conta-se a partir da data do início da cobrança do pedágio.

Nos contratos firmados a partir da segunda etapa, fase 2, poderá incidir, na mesma data-base do reajuste dos contratos, a aplicação dos fatores previstos em contrato, como Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio, e Fatores “D”, “Q”, “C” e “X, a depender do contrato em questão.

5.1.12 Revisão da tarifa

A revisão da tarifa, prevista desde o contrato da primeira etapa do programa de concessões, tinha como função “restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da concessionária, expressa no valor da tarifa básica de pedágio, com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro”. As hipóteses de cabimento da revisão tarifária, no contrato referente a primeira etapa, se davam quando da ocorrência de: alteração de encargos, “fato do príncipe”, fato da Administração, força maior, caso fortuito, interferências imprevistas, entre outras.

Da mesma forma, no contrato de concessão da segunda etapa, fase 1, as hipóteses de cabimento permaneciam as mesmas, porém o contrato distinguiu três momentos de revisão tarifária, quais sejam: a revisão ordinária, a revisão extraordinária e a revisão quinquenal. O contrato estabelece as definições de cada uma delas:

Revisão ordinária: é a revisão da tarifa básica de pedágio a ser realizada por ocasião dos reajustes tarifários para inclusão dos efeitos

ICi – é o índice de Serviço de Consultoria, relativo ao mês de ajuste, calculando pela Fundação Getúlio Vargas – FG;
0,14; 0,34; 0,32 e 0,20 – parâmetros, cuja soma é igual a 1(um).

de ajustes previstos neste contrato, conforme disposto em regulamentação da ANTT.³⁷

Revisão extraordinária: é a revisão da tarifa básica de pedágio para incorporação dos efeitos decorrentes de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito ou fato da Administração que resultem, comprovadamente em alteração dos encargos da concessionária.³⁸

Revisão quinquenal: é a revisão que será realizada a cada 5 (cinco) anos, com o intuito de reavaliar o PER com relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas da dinâmica da Rodovia, nos termos da regulamentação da ANTT.³⁹

O contrato da segunda etapa, fase 2, apesar de ter mantido os três momentos de revisão tarifária (ordinária, extraordinária e quinquenal), alterou o conceito da revisão ordinária, passando a ser aquela que tem como objetivo incorporar a parcela das receitas extraordinárias. O contrato assim denominou os conceitos:

Revisão ordinária da tarifa básica de pedágio: é a revisão anual da tarifa básica de pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incorporar a parcela das receitas extraordinárias auferidas no ano anterior, conforme disposto em contrato.⁴⁰

Revisão quinquenal da tarifa básica de pedágio: é a revisão que será realizada pela ANTT a cada 5 (cinco) anos, com o intuito de reavaliar a Concessão em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originariamente estabelecidas em contrato.⁴¹

Revisão extraordinária da tarifa básica de pedágio: é a revisão da tarifa básica de pedágio decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, cujas hipóteses, procedimentos, critérios e princípios estão estabelecidos em contrato.⁴²

E contrato da terceira etapa, fase 2, deixou de prever a chamada “revisão quinquenal”, prevendo apenas duas hipóteses de revisão tarifária: a revisão ordinária, que tem o objetivo de incluir os efeitos dos ajustes previstos em contrato, periodicamente e a revisão extraordinária, que tem objetivo de recompor o equilíbrio

³⁷ Cláusula 6.40 do Contrato de Concessão da 2ª etapa, fase 1.

³⁸ Cláusula 6.41 do Contrato de Concessão da 2ª etapa, fase 1.

³⁹ Cláusula 6.42 do Contrato de Concessão da 2ª etapa, fase 1.

⁴⁰ Cláusula 16.4 do Contrato de Concessão da 2ª etapa, fase 2.

⁴¹ Cláusula 16.5 do Contrato de Concessão da 2ª etapa, fase 2.

⁴² Cláusula 16.6 do Contrato de Concessão da 2ª etapa, fase 2.

econômico-financeiro nas demais hipóteses estabelecidas em contrato. Assim, tem-se:

Revisão ordinária da tarifa básica de pedágio: é a revisão anual da Tarifa Básica de Pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos no contrato ⁴³.

Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio: é a revisão da Tarifa Básica de Pedágio, decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão em razão das hipóteses estabelecidas em contrato. ⁴⁴

Da mesma maneira, a minuta o contrato da terceira etapa, fase 3, prevê que na revisão ordinária, que deverá ocorrer anualmente, tem objetivo de incluir no reajuste da tarifa todos os efeitos dos ajustes previstos no contrato (Fator Q, Fator C, Fator D e Fator X). Com relação à revisão extraordinária, o conceito permanece o mesmo que na etapa anterior.

Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio: é a revisão anual da tarifa básica de pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos neste contrato, mediante aplicação do Fator Q, Fator C, Fator D e Fator X. ⁴⁵

Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio: é a revisão da Tarifa Básica de Pedágio decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão em razão das hipóteses estabelecidas em contrato. ⁴⁶

Assim, as hipóteses de revisão tarifária, são específicas e exclusivas a cada contrato, devendo ser observadas as regras inerentes aos processos de revisão da tarifa para cada uma das etapas do programa de concessão de rodovias.

5.1.13 Existência de procedimento para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro

Com relação ao *modus operandi* para se pleitear o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, o contrato referente a primeira etapa estabelecia o

⁴³ Cláusula 16.4 do Contrato de Concessão da 3ª etapa, fase 2.

⁴⁴ Cláusula 16.5 do Contrato de Concessão da 3ª etapa, fase 2.

⁴⁵ Cláusula 18.4 da Minuta do Contrato de Concessão da 3ª etapa, fase 3.

⁴⁶ Cláusula 18.5 da Minuta do Contrato de Concessão da 3ª etapa, fase 3.

procedimento a ser seguido entre concessionária e poder concedente. Este procedimento incluía a determinação de prazos, documentos a serem apresentados, possibilidades de recursos, manifestações, etc. Caso não houvesse um consenso entre a concessionária e poder concedente havia a possibilidade de utilização do “Processo Amigável de Solução das Divergências Contratuais”.

Já o contrato referente à segunda etapa, fase 1, menciona que a revisão da tarifa se dará na forma da regulamentação da ANTT e somente será implementada com a publicação de resolução específica. O contrato referente a segunda etapa, fase 2, estabelece um procedimento específico para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

E ainda, o contrato referente à terceira etapa, fase 2, estabelece que o procedimento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido em resolução da ANTT. Neste contrato, porém, existe uma cláusula denominada “Resolução de Controvérsias” em que as partes podem se valer da arbitragem para discussões relativas ao contrato de concessão. Entretanto, questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro, não podem ser objeto de arbitragem, conforme exceção estabelecida no próprio contrato⁴⁷.

E por fim, a minuta do contrato referente à terceira etapa, fase 3, estabelece da mesma forma que o procedimento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido em resolução da ANTT. Neste contrato também existe cláusula denominada “Resolução de Controvérsias” em que as partes podem se valer da arbitragem para discussões relativas ao contrato de concessão. Diferentemente, do contrato da terceira etapa, fase 1, não há a exceção quanto a possibilidade de discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro.

⁴⁷ Cláusula 35.1 do Contrato de Concessão da 3ª etapa, fase 2

5.1.14 Receitas acessórias e modicidade tarifária nos contratos de concessão de rodovias federais

A principal fonte de receita das concessionárias de rodovias advém do recebimento da tarifa de pedágio. Todavia, em razão da peculiaridade do serviço, é facultado às concessionárias explorar outras fontes de receitas. Todos os contratos estabelecem a possibilidade de recebimento de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

E conforme prevê a Lei 8.987/95, o auferimento de tais receitas, deve ser revertido em parte para a modicidade tarifária. Desde o contrato da primeira etapa de concessões, encontra-se estabelecido que os recursos advindos da exploração de receitas acessórias deverão ser revertidos para a modicidade tarifária.

A Resolução ANTT n.º 2552 ⁴⁸, de 14 de fevereiro de 2008, dispõe sobre a captação de receitas extraordinárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT e estabelece em seu art. 4º que será revertida à modicidade tarifária a receita extraordinária líquida após deduzidos os valores relativos a tributos, custos o montante equivalente a 15% (quinze por cento) da receita bruta.

5.2. O Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo

O Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo teve início no ano de 1997, a partir da edição da Lei 9.361 ⁴⁹, de 05 de julho de 1996, em que o Governo do Estado de São Paulo, criou o Programa Estadual de Desestatização (PED).

O objetivo do programa é reordenar a atuação do Governo do Estado de São Paulo, propiciando à iniciativa privada a prestação de serviços públicos e a

⁴⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Resolução n. 2.552, de 14 de fevereiro de 2008. Dispõe sobre a captação de receitas extraordinárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 fev.2008. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/3552/Resolucao_2552.html>. Acesso em: set. 2013.

⁴⁹ SÃO PAULO (ESTADO). Lei n. 9.631, de 5 de julho de 1996. Cria o Programa Estadual de Desestatização sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, São Paulo, SP, 06 jul.1996. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/legislacao/norma.do?id=10243>>. Acesso em: set.2013.

execução de obras de infraestrutura, possibilitando a retomada de investimentos nesse setor.

Da mesma forma que o Programa Nacional de Desestatização- PND, o PED, tem como objetivos principais a concentração de esforços e recursos nas atividades em que a presença do Estado seja indispensável para a consecução das prioridades de governo, especialmente nas áreas de educação, saúde e segurança pública e ainda contribuir para a redução da dívida pública.

O Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo possui, atualmente, duas etapas. A primeira etapa, iniciada no ano de 1997 em que foram concedidos à iniciativa privada 12 (doze) lotes de rodovias estaduais. E a segunda etapa, no ano de 2008, em que foram concedidos mais 6 (seis) lotes de rodovias.

No início do programa, a fiscalização das concessionárias ficava a cargo da Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões de Serviços Públicos que foi criada em caráter temporário pelo Governo do Estado de São Paulo, através do Decreto nº 43.011 ⁵⁰, de 03 de abril de 1998, para acompanhar e fiscalizar os serviços delegados de transportes.

No ano de 2002, foi criada a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo- ARTESP, através da Lei Complementar n.º 914 ⁵¹, de 14 de janeiro de 2002, que sucedeu a Comissão de Monitoramento das Concessões e foi instituída como autarquia de regime especial, com a finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos a entidades de direito privado, no âmbito da Secretaria de Estado de Logística e Transportes, conforme prevê o Decreto 46.708 ⁵², de 22 de abril de 2002.

⁵⁰ SÃO PAULO (ESTADO). Decreto n. 43.011, de 03 de abril de 1998. Institui a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões de Serviços Públicos no âmbito da Secretaria dos Transportes. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 4 abr.1998. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1998/decreto%20n.43.011,%20de%2003.04.1998.htm>>. Acesso em: set.2013.

⁵¹ Id. Lei Complementar n. 914, de 14 de janeiro de 2002. Cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP. **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, São Paulo, SP, 15 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/2002/lei%20complementar%20n.914,%20de%2014.01.2002.html>>. Acesso em: set.2013.

⁵² Id. Decreto n. 46.708, de 22 de abril de 2002. Aprova o Regulamento da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte no Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei

O artigo 5º do Decreto 46.708/02 estabelece os objetivos fundamentais da ARTESP:

Artigo 5.º - Constituem objetivos fundamentais da ARTESP:

I - fiscalizar o cumprimento dos contratos de concessão, permissão ou autorização de prestação de serviços públicos de transportes;

II - promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos de transporte, autorizados, permitidos ou concedidos, submetidos à sua competência regulatória;

III - proteger os usuários do abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

IV - fixar regras procedimentais, inclusive em relação ao estabelecimento, revisão, reajuste e aprovação de tarifas e taxas, que permitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e termos de permissões de serviços públicos de transporte;

V - atender, por intermédio das entidades reguladas, as solicitações razoáveis de serviços essenciais à satisfação das necessidades dos usuários;

VI - promover a estabilidade nas relações entre poder concedente, entidades reguladas e usuários;

VII - estimular a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto à definição das políticas setoriais e seu caráter de intermodalidade;

VIII propiciar, estimular e assegurar a livre, ampla e justa competição entre as entidades reguladas, quando pertinente, e reparar os efeitos da competição imperfeita;

IX - estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas ⁵³.
(grifo nosso)

A ARTESP, portanto, tem o objetivo primordial de regular e fiscalizar o Programa de Concessões Rodoviárias implementado pelo Governo do Estado de São Paulo.

Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 23 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto%20n.46.708,%20de%2022.04.2002.html>>. Acesso em: set.2013.

⁵³ Artigo 5º do Decreto 46.708/02 do Governo do Estado de São Paulo.

5.2.1 Análise dos contratos de concessão das rodovias estaduais

Serão analisados os contratos de concessão referente às duas etapas do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo. Seguem abaixo, a relação dos contratos que serão analisados neste trabalho:

I) 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo

Concessionária: Triângulo do Sol Auto Estradas S/A

Trecho Objeto da Concessão: Lote 9- Malha Rodoviária de ligação entre São Carlos, Catanduva, Mirassol, Sertãozinho, Borborema, Matão e Bebedouro.

Data de assinatura: 18/05/98

II) 2ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo)

Concessionária: Concessionária do Rodoanel Oeste S/A

Trecho Objeto da Concessão: Lote 24 do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo, constituído pela malha rodoviária estadual do trecho oeste do Rodoanel Mário Covas, abrangendo os municípios de Embu, Cotia, Osasco, Carapicuíba, Barueri, Santana do Parnaíba e São Paulo.

Data de assinatura: 01/06/2008

5.2.2 Prazo da concessão e possibilidade de prorrogação

O prazo dos contratos de concessão da primeira etapa é de 240 (duzentos e quarenta) meses, ou seja, 20 (vinte) anos⁵⁴. Já o prazo do contrato de concessão referente à segunda etapa é de 30 (trinta) anos. Ambos os contratos preveem que tal prazo conta-se a partir da data da Transferência do Controle do Sistema Existente.

Em ambos os contratos analisados, admite-se a possibilidade alteração do prazo contratual, única e exclusivamente para recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

⁵⁴ Este prazo se refere ao contrato da Concessionária Triângulo do Sol Autoestradas S/A.

5.2.3 Riscos da concessão

Ao longo dos anos, não houveram alterações quanto a alocação de riscos dos contratos de concessão Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo. Não há, nesses contratos de concessão de rodovias estaduais, uma divisão entre os “riscos da concessionária” e “riscos do poder concedente”. A menção é genérica consistindo apenas “riscos da concessão”.

Nos contratos referentes à primeira e segunda etapas preveem genericamente que a concessionária assumirá a responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do sistema rodoviário.

Além dessa alocação genérica de atribuição de riscos, os contratos estabelecem três riscos específicos assumidos pela concessionária, quais sejam: os riscos decorrentes de alterações da demanda de tráfego, o risco das projeções das receitas acessórias e as variações de custos decorrentes das obrigações assumidas pela concessionária em relação ao previsto no plano de negócios.

Apenas o contrato da primeira etapa estabelece uma ressalva com relação aos riscos de redução de tráfego. Trata-se dos casos em que tal redução resulte de ato unilateral do poder concedente, impactando no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nos contratos da segunda etapa, essa ressalva deixa de existir.

5.2.4 O instituto do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão das rodovias estaduais

Nos contratos de concessão das rodovias estaduais, o instituto do equilíbrio econômico-financeiro também é previsto de maneira muito genérica. Não há propriamente uma definição de “equilíbrio econômico-financeiro” ou ainda qual seja a metodologia para se aferir o equilíbrio contratual.

Em ambos os contratos se estabelecem que as partes terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando este for afetado, nos seguintes casos:

- I. Modificação unilateral imposta pelo poder concedente nas condições do contrato desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a concessionária uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos.
- II. Ocorrência de casos de força maior e caso fortuito, nos termos previstos em contrato;
- III. Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações no mercado financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras, para mais ou para menos;
- IV. Alterações legais de caráter específico, que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela concessão, para mais ou para menos.

Os dois contratos, portanto, apenas discriminam as hipóteses de cabimento de reequilíbrio conforme estabelecido em lei: a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, fatos abrangidos pela “teoria da imprevisão”, ou álea extraordinária econômica, e ainda os eventos abrangidos pela teoria do “fato do príncipe”.

Com relação à metodologia para o cálculo do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de rodovias estaduais, entende-se que a manutenção do equilíbrio contratual se dá através da manutenção da Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto do longo do período contratual, compreendendo-se que o contrato encontra-se equilibrado quando o Valor Presente Líquido (VPL) do seu fluxo de caixa, descontado pela Taxa Interna de Retorno (TIR) é igual a zero.

No ano de 2013, a ARTESP publicou a Resolução n.º 001⁵⁵, de 25 de março de 2013, que dispõe sobre o fluxo de caixa marginal para novos

⁵⁵ AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução n. 1, de 25 de março de 2013. Dispõe sobre o Fluxo de Caixa Marginal para novos investimentos nas concessões. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 2 abr.2013. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/>

investimentos nas concessões. De acordo com o Anexo II da Resolução n.º 001/2013, entende-se por fluxo de caixa marginal:

Fluxo de Caixa Marginal: é aquele resultante da inserção de novos investimentos e serviços não previstos no contrato original e respectivos aditivos, celebrado em novo aditivo de comum acordo, com nova taxa interna de retorno e reequilíbrio mediante extensão de prazo. Diferencia-se, portanto, do Fluxo de Caixa Original, pois este mantém todas as características e premissas do contrato original e aditivos já celebrados.⁵⁶

Esta resolução dispõe sobre a metodologia para estabelecimento do fluxo de caixa marginal para remuneração de novos investimentos nas concessões, que considera as condições macroeconômicas contemporâneas vigentes balizadoras da decisão de investimento. Tal proposta pretende viabilizar investimentos não contemplados no fluxo de caixa constante das propostas vencedoras de concessões.

Isso significa que a inclusão de novos investimentos nos contratos de concessão de rodovias estaduais não serão mais remunerados pela TIR do projeto inicial, mas sim através da metodologia do fluxo de caixa marginal

5.2.5. Meios para a recomposição do equilíbrio contratual

Com relação aos meios para a formalização do reequilíbrio contratual, o contrato da primeira etapa estabelece três hipóteses de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, a ser escolhida entre as partes ou caso não haja um acordo, a ser decidida pelo poder concedente, quais sejam: a prorrogação ou redução do prazo da concessão; a revisão extraordinária da tarifa de pedágio ou a combinação de ambas.

Já os contratos da segunda etapa, firmados após o ano de 2005, passaram a abranger as seguintes modalidades de recomposição do equilíbrio

legislacao/Documento/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Artesp%20n%C2%BA%2001-13%2025-03-13%20211042-12-1.pdf>. Acesso em: set. 2013.

⁵⁶ Anexo II, da Resolução ARTESP n. 001, de 25 de março de 2013. Item II- Definições dos termos e notações.

econômico-financeiro, conforme previsão contida na Resolução ST n. 2 ⁵⁷, de 11/03/2005.

A Resolução da Secretaria Transportes do Governo do Estado de São Paulo, ST n.º 02, de 11 de março de 2005, dispõe sobre a instrução e o encaminhamento de opções de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos do programa de concessão rodoviária.

De acordo com o art. 2º da referida resolução, os casos que configurarem direito a reequilíbrio deverão ser alçados à Secretaria dos Transportes contendo propostas de meios de recomposição com estudos de viabilidade técnica e jurídica sob as seguintes modalidades:

- I. Prorrogação do prazo de concessão;
- II. Revisão tarifária;
- III. Revisão do cronograma de investimentos;
- IV. Utilização do ônus fixo;
- V. Utilização do ônus variável;
- VI. Emprego de verbas do tesouro;
- VII. Utilização conjugada de uma ou mais modalidades.

Assim, a Resolução ST n. 2 permitiu o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias estaduais nas formas previstas acima, ou pela conjugação de uma ou mais dessas modalidades. Caberá à ARTESP avaliar as modalidades propostas segundo o critério de vantajosidade e impacto sob a perspectiva do programa de concessões.

⁵⁷ SECRETARIA DOS TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução ST n. 2 de 11 de março de 2005. Dispõe sobre a instrução e o encaminhamento de opções para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos do programa de concessão rodoviária. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 12 mar.2005. Disponível em: <http://www.transportes.sp.gov.br/licitacao_/resolucoes/2005/ST002_05.pdf>. Acesso em: set.2013.

5.2.6. Procedimento para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro

Nos contratos de concessão da primeira e segunda etapa, há apenas uma cláusula com relação ao procedimento para se pleitear o equilíbrio econômico-financeiro.

No contrato referente à primeira etapa se estabelece que “A Concessionária, para pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deverá apresentar ao contratante requerimento fundamentado, justificando a ocorrência de qualquer fato que possa caracterizar o desequilíbrio”⁵⁸.

Já no contrato referente à segunda etapa, se estabelece um prazo de 30 (trinta) dias seguintes ao conhecimento da ocorrência para se requerer o reequilíbrio contratual. De acordo com a cláusula 23.5 do contrato de concessão do Rodoanel Oeste S/A, tem-se que:

A Concessionária, para pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deverá apresentar ao contratante requerimento fundamentado, justificando a ocorrência de qualquer fato que possa caracterizar o desequilíbrio, nos **30 (trinta) dias** seguintes ao conhecimento da ocorrência.⁵⁹

A única diferença, portanto, entre os dois contratos é o estabelecimento do prazo de 30(trinta) dias para se requerer o reequilíbrio contratual.

No ano de 2012, através da Portaria ARTESP n. 02⁶⁰, a referida agência aprovou a padronização dos procedimentos relativos à instrução dos processos que tratam das alterações de itens dos cronogramas físico-financeiro, das adequações de investimentos e da efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Assim, a partir da publicação desta portaria, as

⁵⁸ Cláusula 24.5 do Contrato de Concessão da Triângulo do Sol S/A.

⁵⁹ Cláusula 24.5 do Contrato de Concessão da Triângulo do Sol S/A. (grifo nosso)

⁶⁰ AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Portaria n. 2 de 10 de janeiro de 2012. Aprova a padronização dos procedimentos relativos à instrução dos processo que tratam das alterações de itens dos cronogramas físico-financeiro, das adequações de investimentos e da efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões rodoviárias. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/legislacao/Documento/Portaria-ARTESP-02-2012-1.pdf>>. Acesso em: set.2013.

concessionárias de rodovias estaduais deverão seguir os procedimentos ali estabelecidos.

Com relação à solução de divergências, ambos os contratos preveem a possibilidade de criação de uma comissão técnica composta por membros da contratante, contratada e Secretaria dos Transportes para a solução de divergências quanto aos aspectos técnicos dos serviços correspondentes a funções operacionais, de conservação e de ampliação. Não há menção sobre a possibilidade de submissão de eventuais divergências quanto às hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual.

5.2.7 Reajustamento da tarifa de pedágio

Com relação ao reajuste das tarifas de pedágio, os contratos da primeira etapa do Programa de Concessão de Rodovias do Estado de São Paulo adotaram o Índice Geral de Preços de Mercado (IGPM), da Fundação Getúlio Vargas, como fator de atualização de reajuste das tarifas de pedágios.

Com relação os contratos da segunda etapa do Programa de Concessão de Rodovias do Estado de São Paulo (5 lotes) e Rodoanel Oeste, adotaram o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), do IBGE, como fator de atualização de reajuste das tarifas de pedágios.

No ano de 2011, o Conselho Diretor da ARTESP deliberou que a referida Agência deveria tomar as medidas necessárias para substituir o índice de reajuste das tarifas de pedágio dos contratos da primeira etapa de concessão de rodovias do Índice Geral de Preços de Mercado (IGPM) para o Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo (IPCA), de modo a uniformizar toda a sistemática de reajuste das referidas tarifas de pedágio de rodovias.⁶¹

⁶¹ ESTADO DE SÃO PAULO. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo. Deliberação do Conselho Diretor de 24 de junho de 2013. Autoriza o reajuste a vigorar a partir de 01-07-2013, conforme previsão do art.4º, VII, da Lei Complementar 914/02, do art. 4º, XIX, do Regimento Interno (Resolução ARTESP 1/09), e do disposto nas cláusulas denominadas “reajustamento da tarifa do pedágio” constantes nos contratos de concessões integrantes da 1ª fase do Programa Estadual de Concessão de Rodovias (12 lotes) e para os lotes da 2ª fase do Programa Estadual de Concessão de Rodovias (5 lotes e Rodoanel Mário Covas-Trecho Oeste e Sul) consoante documentos constantes dos autos em epígrafe. **Diário Oficial do**

Em dezembro de 2011, foram firmados os aditivos contratuais entre a ARTESP e Concessionárias da primeira etapa do programa de concessões alterando o índice de reajuste das tarifas de pedágio dos contratos de concessão, bem como definindo o procedimento e a forma de revisão contratual para verificação da existência de desequilíbrio econômico-financeiro e sua recomposição, decorrentes da utilização de novo índice de reajuste tarifário.

Entretanto, a eficácia destes aditivos contratuais permaneceu condicionada à autorização do Secretário Estadual de Logística e Transportes, para a implementação da substituição do índice de cálculo de reajuste das tarifas do pedágio do IGPM pelo IPCA ⁶².

5.2.8 Casos de força maior e equilíbrio econômico-financeiro

Os contratos das duas etapas do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo caracterizam casos de “força maior”, como aqueles eventos definidos na forma da lei civil e que tenham impacto direto sobre o desenvolvimento das atividades da concessão.

A ocorrência de um caso de força maior tem por efeito exonerar as partes de responsabilidade pelo não cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.

Muito embora haja, nesses contratos, a desoneração das partes quanto ao cumprimento de suas obrigações na ocorrência de um caso de “força maior”, haverá casos em que as obrigações das partes apenas serão oneradas em decorrência de tais eventos, razão pela qual ambos os contratos preveem que na ocorrência de um caso de força maior, não cobertos por seguro, as partes acordarão

Estado, Poder Executivo, São Paulo, SP, 27 jun.2013. Disponível em: <http://www.imprensaoficial.com.br/PortalIO/Home_1_0.aspx#16/09/2013>. Acesso em: set.2013.

⁶² No ano de 2013, a ARTESP manteve o reajuste dos contratos de concessão da primeira etapa pelo IGPM e os contratos da segunda etapa pelo IPCA. Porém o reajuste não foi repassado aos usuários através da elevação dos preços das tarifas de pedágio. De acordo com a Deliberação Extraordinária do Conselho Diretor da ARTESP, de 24 de junho de 2013, publicada no Diário Oficial do Estado em 27 de junho de 2013, a proposta pela Agência Reguladora para compensar parte do reajuste e minimizar o impacto para os usuários se dará através de: (i) utilização de 50% do valor de 3% previsto a título de ônus variável; (ii) implementação da cobrança de eixos suspensos; (iii) utilização de créditos decorrentes de adequações de cronograma e (iv) utilização do ônus fixo devido ao Estado.

se haverá lugar à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou à extinção da concessão.

Portanto, na ocorrência de um evento caracterizado como “caso de força maior”, haverá a possibilidade de reequilíbrio contratual ou então a extinção da concessão.

Entretanto, o evento não será considerado como caso de força maior se ao tempo de sua ocorrência corresponder a um risco segurável. Dessa maneira, não caberá recomposição contratual decorrente de eventos de casos de “força maior” considerados “seguráveis”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Programa Nacional de Desestatização (PND) foi dos principais mecanismos do processo de reforma do Estado, a partir da década de 90, permitindo que a Administração Pública passasse a concentrar seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a execução das prioridades nacionais. O processo de desestatização dos serviços públicos assumiu especial relevância com a edição da Lei n. 8.987/95, conhecida como Lei Geral das Concessões, sendo esta a força motriz para a retomada das concessões de serviços públicos no país.

Enquanto para o Estado, a concessão visa satisfazer o interesse da coletividade com a efetiva e adequada prestação dos serviços públicos, para o concessionário, a prestação do serviço é o meio pelo qual ele obtém o fim que almeja, qual seja, o lucro.

O regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no direito brasileiro encontra-se no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo constitucional, aplicável não somente aos contratos de concessão, mas à todos os contratos administrativos de maneira geral, dispõe que deve-se “manter as condições efetivas da proposta” nos contratos firmados com o Poder Público. No plano infraconstitucional, o princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro está reafirmado na legislação ordinária, mais especificamente na Lei n. 8.666/93, Lei Geral de Licitações e na Lei n. 8.997/95, Lei Geral das Concessões. É inquestionável, portanto, que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro é um dos pilares da teoria do contrato de concessão de serviços públicos.

Os contratos de concessão, geralmente são firmados por longo período de tempo, geralmente, entre 20 e 30 anos de duração. Em razão da longa duração deste tipo de contrato, existe uma série de fatores que podem desequilibrar essa relação inicialmente pactuada, como a alteração unilateral dos contratos pela Administração Pública, a ocorrência do “fato da administração”, “fato do príncipe”, “fatos imprevistos” e casos de “força maior e caso fortuito”.

Entretanto, não é todo fator de desequilíbrio contratual que gera o direito de reequilíbrio. Nesse sentido, existe a álea ordinária, ou seja, a álea cuja

qual os riscos são integralmente assumidos pelo concessionário decorrentes do negócio. Apenas eventos abrangidos pela álea extraordinária, em sua essência, gera o direito ao reequilíbrio contratual, pois são riscos não assumidos pelo concessionário no momento do oferecimento da sua proposta.

A questão que nos propusemos a analisar neste trabalho é como o princípio do equilíbrio econômico-financeiro se consolidou nos contratos de concessão das rodovias federais e nos contratos de concessão das rodovias do Estado de São Paulo.

O Programa de Concessões de Rodovias Federais no Brasil (PROCOFE) apresentou ao longo do tempo uma enorme evolução quanto a alocação de riscos e quanto aos métodos de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro. Enquanto nos primeiros contratos de concessão firmados dentre desse programa pouco se abordava tais questões, nos contratos mais recentes esse assunto passa a ter uma enorme relevância, com uma extensa e minuciosa atribuição de riscos a cada uma das partes e métodos de reequilíbrios contratuais extremamente complexos.

Nos contratos referentes à primeira etapa do PROCOFE, o equilíbrio econômico-financeiro, era descrito no plano abstrato, de maneira bastante genérica, como a relação entre encargos e vantagens existente quando da celebração do contrato de concessão. Já nos contratos de concessão de rodovias federais mais recentes, o tema é tratado sob diversos aspectos com relação a sua metodologia, critérios, princípios e hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual.

É possível, afirmar, portanto que nos contratos de concessão de rodovias federais o equilíbrio econômico-financeiro que antes era concebido como apenas como uma relação estática entre os encargos do concessionário e a sua remuneração, passa hoje a ser concebido como uma relação muito mais dinâmica, estando atrelado a diversos fatos como ganhos de produtividade, atendimento a parâmetros de desempenho, indicadores de qualidade, entre outros.

O mesmo não se pode afirmar com relação aos contratos de concessão firmados no Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo. A alocação de riscos e os métodos de equilíbrio econômico-financeiro praticamente não se alteraram ao longo dos anos. Apenas recentemente, a ARTESP

passou a adotar um novo método de reequilíbrio contratual para a inclusão de novos investimentos nos contratos de concessão em andamento, através do fluxo de caixa marginal.

Enquanto nos contratos de concessão de rodovias federais, o instituto do equilíbrio econômico-financeiro passou a ter esse caráter mais dinâmico, atrelado a diversas atividades da concessionária e relacionados a fatores como indicadores de qualidade, índices de produtividade e parâmetros de desempenho, os contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo permanecem com o modelo “estático” de equilíbrio contratual.

Nesse sentido, vê-se que os contratos de concessão de rodovias firmados em âmbito federal sob a regulação e fiscalização da ANTT estão um passo a frente dos contratos firmados pela ARTESP no tocante a alocação de riscos e os métodos de equilíbrio econômico-financeiro.

O que se pode afirmar é nenhum contrato de concessão de rodovias é igual ao outro e nem se pretende que seja. Cada contrato, a depender das características do projeto, terá suas próprias diferenças quanto a atribuição de riscos e possíveis métodos de reequilíbrio contratual.

De toda maneira, a tendência, é que as Agências Reguladoras ANTT e ARTESP - passem a elaborar editais cada vez mais minuciosos, contratos de concessão mais detalhados, com a minuciosa alocação de riscos e o estabelecimento de diretrizes e fórmulas de equilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiro, a fim de que se possam haver menos controvérsias entre o Poder Concedente e Concessionário durante a relação contratual para a melhor prestação do serviço público concedido.

Isso é muito importante, uma vez que ganhará o concessionário, o concedente e principalmente os usuários das rodovias.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Infraestrutura:** rodoviário. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4978/Historico.html>>. Acesso em set. 2013a.

_____. **Infraestrutura:** conheça as etapas das concessões rodoviárias. Disponível em: <<http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1798.html>>. Acesso em: set. 2013b.

_____. **3ª etapa das concessões rodoviárias:** Edital- Lotes 2 e 4. Disponível em: <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1949/Edital_Lotes_2_e_4.html>. Acesso em: set. 2013c.

_____. Resolução n. 2.552, de 14 de fevereiro de 2008. Dispõe sobre a captação de receitas extraordinárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 fev.2008. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/3552/Resolucao_2552.html>. Acesso em: set. 2013.

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Deliberação do Conselho Diretor de 24 de junho de 2013. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 27 jun.2013b. Disponível em: <http://www.imprensaoficial.com.br/PortalIO/Home_1_0.aspx#16/09/2013>. Acesso em: set.2013.

_____. Portaria n. 2 de 10 de janeiro de 2012. Aprova a padronização dos procedimentos relativos à instrução dos processo que tratam das alterações de itens dos cronogramas físico-financeiro, das adequações de investimentos e da efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões rodoviárias. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 12 jan.2012. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/legislacao/Documento/Portaria-ARTESP-02-2012-1.pdf>>. Acesso em: set.2013.

_____. Resolução n. 1, de 25 de março de 2013. Dispõe sobre o Fluxo de Caixa Marginal para novos investimentos nas concessões. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 2 abr.2013a. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/legislacao/Documento/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Artesp%20n%C2%BA%2001-13%2025-03-13%20211042-12-1.pdf>>. Acesso em: set.2013.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos:** doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos:** novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Consulta formulada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) sobre a legalidade do Edital de Concorrência n.º 001/2008, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que tem por objeto a concessão para exploração do Sistema Rodoviário das BR's 116 e 324 no Estado da Bahia. In: CARVALHO, André Castro (Org). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 285-377, jul./set. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOURGUES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos**: acesso e remuneração. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: set. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: set. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 25 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: set. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF. 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: set. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, **Poder Legislativo**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: set. 2013.

_____. Decreto do Conselho de Ministros n. 309, de 6 de dezembro de 1961. Estabelece normas para revisão de preços de contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. 6 dez. 1961. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decmin/1960-1969/decretodoconselhodeministros-309-6-dezembro-1961-355451-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: set. 2013.

_____. Decreto- Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. 25 nov. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86impressao.htm>. Acesso em: set. 2013.

_____. Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1993. Declara nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil réis papel, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 27 nov. 1993b. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=23501&tipo_norma=DEC&data=19331127&link=s>. Acesso em: 2013.

_____. Decreto n. 94.002, de 4 de Fevereiro de 1987. Dispõe sobre a concessão de obra pública, para construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. 5 fev. 1987. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-94002-4-fevereiro-1987-444599-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: set. 2013.

_____. Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF. 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: set. 2013.

_____. Lei n. 8.031, de 15 de março de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/155.htm>. Acesso em: 2013.

_____. 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993a. p. 8269. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 2013.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 fev. 1995a. p. 1917. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 2013.

_____. Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jul. 1995b. p. 10125. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 2013.

_____. Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 set. 1997. p. 19.941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm#art35>. Acesso em: 2013.

_____. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. p.6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 2013.

_____. Medida Provisória n. 155, de 15 de março de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/155.htm>. Acesso em: 2013.

CAETANO, Marcello. **Tratado elementar de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra, 1943. v. 1.

CARVALHO, Antonio Gledson de; OLIVEIRA, Roberto Guena. **Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias de São Paulo**. Local: FIPE, 2001

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CELLA, José Renato Gaziero. **Contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

_____. As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.161, p. 7-28, jul./set. 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Privatização e novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil- Espanha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. et al. (Org). **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. **Estudo sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados no âmbito da primeira etapa do programa federal de concessão rodoviária**. Relatório técnico apresentado à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo- ARTESP. São Paulo, 2009.

GAENSLY, Marina; WALD, Arnold. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (Org.). **Contratos de concessão de rodovias: artigos e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessionária**. Coimbra: Almedina, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Renata Faria Silva Lima. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011.

_____. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 105-109, jan./mar. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 106, jan./mar. 2002.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. In: CARVALHO, André Castro (Org.). **Contratos de concessão de rodovias: artigos e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria n.º 118, de 17 de maio de 2002. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 maio. 2002. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/Portaria118MF.pdf>>. Acesso em: set. 2013.

MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Arnold; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e legislação subsequente**. 2. ed.rev.e.atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NESTER, Alexandre Wagner. A variação cambial e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: comentários ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 125-143, jan./mar. 2003.

OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: EDIPRO, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. Brasília, DF: Ministério da Administração Pública Federal e Reforma do Estado, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno03.PDF>. Acesso em jun.2013.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada – da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

SÃO PAULO (ESTADO). Decreto n. 43.011, de 03 de abril de 1998. Institui a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões de Serviços Públicos no âmbito da Secretaria dos Transportes. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 4 abr.1998. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1998/decreto%20n.43.011,%20de%2003.04.1998.htm>>. Acesso em: set.2013.

_____. Decreto n. 46.708, de 22 de abril de 2002. Aprova o Regulamento da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte no Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002a. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 23 abr.2002. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto%20n.46.708,%20de%2022.04.2002.html>>. Acesso em: set.2013.

_____. Lei n. 9.631, de 5 de julho de 1996. Cria o Programa Estadual de Desestatização sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, São Paulo, SP, 6 jul.1996. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/legislacao/norma.do?id=10243>>. Acesso em: set.2013.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei Complementar n. 914, de 14 de janeiro de 2002. Cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP. **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, São Paulo, SP, 15 jan.2002b. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/2002/lei%20complementar%20n.914,%20de%2014.01.2002.html>>. Acesso em: set.2013.

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

SECRETARIA DOS TRANSPORTES. Resolução ST n. 2 de 11 de março de 2005. Dispõe sobre a instrução e o encaminhamento de opções para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos do programa de concessão rodoviária. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 12 mar.2005. Disponível em: <http://www.transportes.sp.gov.br/licitacao_/resolucoes/2005/ST002_05.pdf>. Acesso em: set.2013.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica – Tarifas - Equilíbrio econômico financeiro. Parecer, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 406-413, jan./mar. 1996.

_____. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2.

TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Pesquisar em**: acórdãos e decisões. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 10 set. 2013.

WALD, Arnold. Das atribuições e responsabilidades do poder concedente e da concessionária frente às situações de interferência urbana provocadas por boicote ao pedágio de rodovia objeto de concessão. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 290-310, abr./jun. 2002.

_____. O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do Professor Caio Tácito. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

APÊNDICE

APÊNDICE A - QUADRO COMPARATIVO- CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS

Contratos analisados	Contrato 1ª Etapa	Contrato 2ª Etapa Fase I	Contrato 2ª Etapa Fase II	Contrato 3ª Etapa Fase II ¹	Contrato 3ª Etapa Fase III
	Data de assinatura: 31/10/95	Data de assinatura: 14/02/2008	Data de assinatura: 03/09/2009	Data de assinatura: 17/04/13	Em fase de licitação. Edital publicado em 01/08/13. Data prevista para o leilão: 18/09/13.
	Concessionária: NOVADUTRA - Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A	Concessionária: AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT S/A.	Concessionária: VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A	Concessionária: ECO101 Concessionária de Rodovias S.A	Concessionária: ---
	Trecho Objeto da Concessão : BR- 116/RJ/SP, trecho Rio de Janeiro - São Paulo	Trecho Objeto da Concessão: BR- 116/SP/PR – São Paulo – Curitiba	Trecho Objeto da Concessão: BR 116/324/BA e BA 526/528	Trecho Objeto da Concessão: Rodovia Federal: BR-101/ES/BA: entroncamento BA-698 (acesso a Mucuri)- Divisa ES/RJ.	Trecho Objeto da Concessão: Rodovia Federal: BR-050/GO/MG; trecho entre o entroncamento com a BR- 040, em Goiás, até a divisa de Minas Gerais com o estado de São Paulo.
Cláusulas Exorbitantes	Possibilidade de alteração do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público;	Possibilidade de alteração do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público;	Não há menção específica a respeito das cláusulas exorbitantes, mas há a presença de todas as	Não há menção específica a respeito das cláusulas exorbitantes, mas há a presença de todas as	Não há menção específica a respeito das cláusulas exorbitantes, mas há a presença de todas as

¹ As rodovias BR-040/DF/GO/MG, trecho Brasília/DF- Juiz de Fora/MG, e BR-116/MG, trecho Além Paraíba/MG- Divisa Alegre/MG, integram a 3ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias- fase I. Em 2008 e 2012, foram realizadas as Audiências Públicas n. 094 e 125, respectivamente, para colher contribuições às minutas do Edital e Contrato. Os Editais n. 001/2012 e 002/2012 para concessão das rodovias BR-040/DF/GO/MG e BR-116/MG, respectivamente, foram publicados no Diário Oficial da União n. 246 em 21 de dezembro de 2012. Porém, em função de pedidos de adiamento de potenciais interessados, e devido à necessidade de analisar de forma mais aprofundada questões levantadas nos Pedidos de Esclarecimentos, o leilão foi suspenso em 25 de janeiro de 2013, por meio do Comunicado Relevante n. 5, publicado em Edição Extra do Diário Oficial da União. Em decorrência de ajustes necessários ao Edital e ao Contrato, a ANTT retomou o processo de participação social com a abertura da Audiência Pública nº 138/2013. As alterações realizadas têm por objetivo padronizar estes documentos com o modelo seguido para os lotes rodoviários da 3ª Etapa do PROCOFE – Fase III. A previsão do leilão desses dois lotes é novembro/2013. Assim, dada a alteração realizada no edital da 3ª Etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias- fase I, e que tais alterações visam a padronização dos contratos com o modelo da 3ª etapa, fase III, iremos proceder a análise do edital já publicado referente à 3ª etapa do Programa de Concessões Federais de Rodovias, fase III.

	possibilidade de rescisão do contrato; fiscalização da execução dos serviços e a aplicação de sanções; As cláusulas econômico-financeiras do contrato de concessão não poderão ser alteradas sem prévia concordância da concessionária;	público; regular e fiscalizar a sua execução; aplicar sanções pela inexecução parcial ou total; rescisão do contrato; As cláusulas econômico-financeiras do contrato de concessão não poderão ser alteradas sem prévia concordância da concessionária;	cláusulas no referido contrato.	cláusulas no referido contrato.	cláusulas no referido contrato.
Equilíbrio Econômico-Financeiro	Conceito: não há menção específica no contrato Princípio fundamental que informa o regime jurídico da concessão; Pressuposto: é pressuposto básico da equação econômica e financeira que preside as relações entre as partes, o equilíbrio, em caráter permanente, entre os encargos da concessionária, previsto no programa de exploração da rodovia, e as receitas da concessão, expresso no valor inicial da tarifa básica de pedágio.	Conceito: O equilíbrio econômico-financeiro é definido pelo fluxo de caixa descontado considerado que assegure a Concessionária a Taxa Interna de Retorno não atavancada pactuada quando da assinatura do contrato. Princípio fundamental que informa o regime jurídico da concessão; O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será mantido ao longo de sua vigência e considerado nos processos de revisão tarifária, de modo a assegurar a Taxa Interna de Retorno não atavancada, assumida no Leilão e especificada segundo as condições do Edital de Licitação. Pressuposto: é pressuposto básico da	cláusulas no referido contrato.	cláusulas no referido contrato.	Conceito: não há menção específica no contrato Fluxo de Caixa Marginal: forma de calcular o impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em decorrência da inclusão de novos investimentos no escopo do referido contrato. Desconto de Reequilíbrio: percentual que será deduzido da tarifa básica de pedágio com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos casos de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório necessários ao cumprimento dos parâmetros de desempenho previstos no PER. Desconto de Reequilíbrio: percentual que será deduzido da tarifa básica de pedágio com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do atendimento aos parâmetros de desempenho. Fator X: redutor do reajuste da tarifa de pedágio referente ao compartilhamento, com os usuários do sistema rodoviário, dos ganhos de

		equação econômica e financeira que preside as relações entre as partes, o equilíbrio, em caráter permanente, entre os encargos da concessionária, previsto no programa de exploração da rodovia, e as receitas da concessão, expresso no valor inicial da tarifa básica de pedágio.		produtividade obtidos pela concessionária.	entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos parâmetros de desempenho e à inexecução das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço, mediante a aplicação do fator D. Fator X: redutor do reajuste da tarifa de pedágio referente ao compartilhamento, com os usuários do sistema rodoviário, dos ganhos de produtividade obtidos pela concessionária. Fator C: redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio, utilizado como mecanismo de reequilíbrio do contrato aplicável sobre eventos que gerem impactos exclusivamente na receita e nas verbas indicadas. Fator D: redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do desconto de reequilíbrio ou como acréscimo de reequilíbrio no caso de antecipação na entrega de obras. Fator Q: redutor ou
--	--	---	--	--	--

					incrementador da tarifa básica de pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto por não atendimento aos indicadores de qualidade ou, conforme o caso, como acréscimo em razão do atendimento desses mesmos indicadores.
				A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na cláusula que trata acerca dos riscos relacionados à concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente.	A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na cláusula que trata acerca dos riscos relacionados à concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente.
Hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual (concessionária)	Não há cláusula específica que trata das hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual.	Não há cláusula específica que trata das hipóteses de cabimento de reequilíbrio contratual.	A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na cláusula que trata acerca dos riscos relacionados à concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente.	A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na cláusula que trata acerca dos riscos relacionados à concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente.	
Crítérios e princípios para a recomposição do equilíbrio contratual	Não há cláusula específica que trata dos critérios e princípios para a recomposição do equilíbrio contratual.	Não há cláusula específica que trata dos critérios e princípios para a recomposição do equilíbrio contratual.	A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio: (i) na hipótese de inclusão no escopo do contrato de concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal; (ii) na hipótese de atraso ou inexecução de obras de	A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio: (i) na hipótese de atraso ou inexecução dos serviços e obras, dos Escopos, Parâmetros de Desempenho e Parâmetros Técnicos da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio,	

			ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessário a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio; (iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas no itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontada não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta. Para novos investimentos ou serviços solicitados pela ANTT, a Agência poderá se valer, dentre estes, dos seguintes meios de recomposição: a) alteração do prazo de concessão limitado a 5 (cinco) anos. b) estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio.	ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessárias a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio; (iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas no itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.	sendo que a hipótese de antecipação da entrega das Obras de Ampliação de Capacidade poderá ensejar o Acréscimo de Reequilíbrio, tudo conforme a metodologia de aplicação do Fator D; (ii) o reequilíbrio se dará pela aplicação do Fator C, na hipótese de evento que ensejar impacto exclusivamente na receita ou verba da Concessionária, bem como aquelas assim consideradas pela ANTT ou em regulamentação própria; (iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas nos itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos de regulamentação específica.
--	--	--	---	--	--

Meios para a recomposição			A ANTT poderá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, conforme abaixo: (i) aumento ou redução do valor da tarifa básica de pedágio; (ii) pagamento à Concessionária, pela União, dos investimentos, custos ou despesas adicionais que tenham sido efetivamente incorridos ou do valor equivalente à perda de receita efetivamente ocorrida; (iii) Modificação das obrigações contratuais da concessionária.	A ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, incluindo, mas não se limitando a: (i) aumento ou redução do valor da Tarifa Básica de Pedágio; (ii) pagamento à Concessionária, pelo Poder Concedente, de valor correspondente aos investimentos, custos ou despesas adicionais com os quais tenham concorrido ou de valor equivalente à perda de receita efetivamente advinda, levando-se em consideração os efeitos calculados dentro do próprio Fluxo de Caixa Marginal; (iii) modificação de obrigações contratuais da Concessionária; ou (iv) estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer, também, mediante prorrogação do Contrato.	A ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, incluindo, mas não se limitando a: (i) aumento ou redução do valor da Tarifa Básica de Pedágio; (ii) pagamento à Concessionária, pelo Poder Concedente, de valor correspondente aos investimentos, custos ou despesas adicionais com os quais tenham concorrido ou de valor equivalente à perda de receita efetivamente advinda, levando-se em consideração os efeitos calculados dentro do próprio Fluxo de Caixa Marginal; (iii) modificação de obrigações contratuais da Concessionária; ou (iv) estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer, também, mediante prorrogação do Contrato.
Prazo da concessão	25 anos. A partir de: não há menção expressa	25 anos. A partir da data de publicação do extrato deste Contrato de	25 anos. A partir da Data de Assunção (Publicação do extrato do Contrato no	25 anos. A partir da Data de Assunção (Data de assunção: data da	30 anos. A partir da Data de Assunção (Data de assunção: data

	Não admite-se a prorrogação, salvo nas hipóteses estabelecidas em contrato.	Concessão no Diário Oficial da União. Não admite-se a prorrogação.	Diário Oficial da União). Prorrogação limitada a 5 anos apenas no caso de novos investimentos.	assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens) Prorrogação permitida por até 25 anos nas seguintes hipóteses: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER , ou em decorrência de sua alteração.	da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens) Prorrogação permitida por até 30 anos nas seguintes hipóteses: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER , ou em decorrência de sua alteração.
Riscos da concessionária	A concessionária assume todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos que o contrário resulte do próprio contrato; A concessionária deve assumir integralmente, o risco de trânsito;	A concessionária assume todos os riscos inerentes à concessão. Riscos atribuídos à concessionária: ✓ Erros na determinação de quantitativos; ✓ Riscos decorrentes de danos seguráveis; ✓ Variação nos custos dos insumos, mão de obra e	A concessionária assume todos os riscos relacionados à concessão, a exceção dos riscos atribuídos ao Poder Concedente. Riscos atribuídos à concessionária: ✓ Volume de tráfego; ✓ Recusa de usuários em pagar a tarifa; ✓ Obtenção de	A concessionária assume todos os riscos relacionados à concessão, a exceção dos riscos atribuídos ao Poder Concedente. Riscos atribuídos à concessionária: ✓ Volume de tráfego; ✓ Recusa de usuários em pagar a tarifa; ✓ Obtenção de	A concessionária assume todos os riscos relacionados à concessão, a exceção dos riscos atribuídos ao Poder Concedente. Riscos atribuídos à concessionária: ✓ Volume de tráfego; ✓ Recusa de usuários em pagar a tarifa; ✓ Obtenção de

		financiamentos; ✓ Regularização do passivo ambiental dentro da faixa de domínio (fato gerador- após a assinatura do contrato). ✓ Risco geral de tráfego (inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias);	licenças; ✓ Despesas com desapropriações e faixa de domínio; ✓ Custos excedentes de obras; ✓ Atraso no cumprimento do cronograma; ✓ Tecnologia empregada nas obras; ✓ Perecimento, destruição, roubo, furto, perda e danos aos bens da concessão; ✓ Manifestações sociais e/ou públicas que afetem a concessão por até 15 dias, sucessivos ou não, a cada período de doze meses, caso não haja cobertura de seguro e por até 90 dias caso haja a cobertura de seguro. ✓ Defeitos ocultos em bens da concessão; ✓ Aumento do custo de capital; ✓ Variação das taxas de câmbio; ✓ Variação das	licenças; ✓ Valor das desapropriações; ✓ Custos excedentes de obras; ✓ Atraso no cumprimento dos cronogramas; ✓ Tecnologia empregada nas obras; ✓ Perecimento, destruição, roubo, furto, perda e danos aos bens da concessão; ✓ Manifestações sociais e/ou públicas que afetem a concessão por até 15 dias, sucessivos ou não, a cada período de doze meses, caso não haja cobertura de seguro e por até 90 dias caso haja a cobertura de seguro. ✓ Aumento do custo de capital; ✓ Variação das taxas de câmbio; ✓ Modificações na legislação do imposto	licenças; ✓ Valor das desapropriações; ✓ Custos excedentes de obras; ✓ Atraso no cumprimento dos cronogramas; ✓ Tecnologia empregada nas obras; ✓ Perecimento, destruição, roubo, furto, perda e danos aos bens da concessão; ✓ Manifestações sociais e/ou públicas que afetem a concessão por até 15 dias, sucessivos ou não, a cada período de doze meses, caso não haja cobertura de seguro e por até 90 dias caso haja a cobertura de seguro. ✓ Aumento do custo de capital; ✓ Variação das taxas de câmbio; ✓ Modificações na legislação do imposto
--	--	---	--	---	---

			taxas de câmbio; ✓ Caso fortuito e força maior que possam ser objeto de seguro; ✓ Recuperação, prevenção, mediação e gerenciamento do passivo ambiental; ✓ Inflação; ✓ Responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais; ✓ Prejuízos causados a terceiros; ✓ Diferença de arrecadação proveniente do arredondamento da tarifa;	sobre e renda; ✓ Caso fortuito e força maior que possam ser objeto de seguro; ✓ Recuperação, prevenção, mediação e gerenciamento do passivo ambiental; ✓ Inflação; ✓ Responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais; ✓ Prejuízos causados a terceiros; ✓ Vícios ocultos dos bens da concessão, após a assunção; ✓ Defeitos em obras realizadas pelo poder público, após o recebimento definitivo da obra;	sobre e renda; ✓ Caso fortuito e força maior que possam ser objeto de seguro; ✓ Recuperação, prevenção, mediação e gerenciamento do passivo ambiental; ✓ Inflação; ✓ Responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais; ✓ Prejuízos causados a terceiros; ✓ Vícios ocultos dos bens da concessão, após a assunção; ✓ Defeitos em obras realizadas pelo poder público, após o recebimento definitivo da obra;
Risco do poder concedente	Não há cláusula específica que trata dos riscos do poder concedente.	Riscos decorrentes do inadimplemento contratual, alterações unilaterais no contrato e "fato do príncipe";	Riscos atribuídos ao poder concedente: ✓ Manifestações sociais superiores aos prazos estabelecidos em	Riscos atribuídos ao poder concedente: ✓ Manifestações sociais superiores aos prazos estabelecidos em	Riscos atribuídos ao poder concedente: ✓ Manifestações sociais superiores aos prazos estabelecidos em

			contrato; ✓ Decisão (arbitral, judicial, administrativa) que impeça a cobrança de pedágio; ✓ Descumprimento pelo Poder Concedente de suas obrigações contratuais; ✓ Caso fortuito e força maior que não possa ser objeto de seguro; ✓ Alteração de encargos pelo Poder Concedente. ✓ Criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos após a apresentação da proposta, com exceção do imposto de renda; ✓ Rotas e caminhos alternativos que não existissem e que não estivessem previstos na data de assinatura do contrato.	contrato; ✓ Decisão (arbitral, judicial, administrativa) que impeça a cobrança de pedágio; ✓ Descumprimento pelo poder concedente de suas obrigações contratuais; ✓ Caso fortuito e força maior que não possa ser objeto de seguro; ✓ Alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da concessionária, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda; ✓ Implantação de novas rotas ou caminhos alternativos livres de pagamento de tarifa de pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos; ✓ Recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental fora do sistema rodoviário; ✓ Atraso das obrigações conferidas ao DNIT pelo contrato ou pelo edital, inclusive quanto à entrega do termo de	contrato; ✓ Decisão (arbitral, judicial, administrativa) que impeça a cobrança de pedágio; ✓ Descumprimento pelo poder concedente de suas obrigações contratuais; ✓ Caso fortuito e força maior que não possa ser objeto de seguro; ✓ Alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda; ✓ Implantação de novas rotas ou caminhos alternativos rodoviários livres de pagamento de tarifa de pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de assinatura do contrato, nos instrumentos públicos de planejamento governamental ou em outras fontes oficiais públicas;
--	--	--	--	--	---

				arrolamento e transferência de bens entre a concessionária e o DNIT, e não realização das obras previstas no per que estão sob sua responsabilidade; ✓ Vícios ocultos do sistema rodoviário e dos bens da concessão, vinculados à manutenção e operação, transferida à concessionária na data de assunção; ✓ Defeitos em obras realizadas pelo poder público, até o recebimento definitivo destas obras pela concessionária; e ✓ Alterações no PER, por iniciativa do poder concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços.	✓ Recuperação, prevenção, mediação e gerenciamento do passivo ambiental fora do sistema rodoviário; atraso nas obrigações conferidas ao DNIT pelo contrato ou pelo edital, inclusive quanto à entrega do termo de arrolamento e transferência de bens entre a concessionária e o DNIT, e não realização das obras previstas no per que estão sob responsabilidade do DNIT; ✓ Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais à cargo da concessionária quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais, exceto se decorrente de fato imputável à concessionária; ✓ Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais à cargo do poder concedente; ✓ Custos com a elaboração do inventário florestal e dos planos básicos ambientais; ✓ Vícios ocultos do sistema rodoviário e dos bens da concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à
--	--	--	--	---	--

					concessionária na data de assunção; ✓ Alteração unilateral no PER e no contrato, por iniciativa do poder concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro; ✓ Defeitos em obras realizadas pelo poder público, até o recebimento definitivo destas obras pela concessionária; ✓ Defeitos e demais aspectos expressamente indicados pela concessionária nas obras executadas pelo DNIT; ✓ Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo da concessionária por força da exigência de pesquisas arqueológicas, ou condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas, bem como os custos relacionados ao atendimento destas exigências e condicionantes nas licenças a cargo da concessionária ou do poder concedente; ✓ Os custos necessários para implantação das obras obrigatórias em trechos urbanos da frente de
--	--	--	--	--	--

					ampliação e manutenção do nível de serviço que ultrapassem a extensão indicada no PER, assim como os custos de desapropriação e da eventual necessidade de implantação das obras de artes especiais; ✓ Custos com desapropriação nos valores que excederem o montante indicado no contrato; ✓ Custos com os estudos ambientais nos valores que excederem o montante indicado no contrato; ✓ Custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no sistema rodoviário, necessárias à execução das obras e serviços previstos no contrato, junto aos concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infraestrutura; ✓ "Fato do príncipe" ou fato da Administração que provoque impacto econômico-financeiro no contrato.
					A tarifa de pedágio a ser praticada na categoria 1 será arredondada para múltiplos de 10 (dez) centavos de real e será obtida mediante a
					A tarifa de pedágio a ser praticada será arredondada para múltiplos de 10 (dez) centavos de real e será obtida mediante a aplicação do seguinte
					A tarifa de pedágio a ser praticada será arredondada para múltiplos de 10 (dez) centavos de real e será obtida mediante a
					O arredondamento da tarifa poderá ser efetuado a exclusivo critério da concessionária no sentido de facilitar a fluidez do trânsito e propiciar maior
Arredondamento da tarifa					A tarifa de pedágio a ser praticada na categoria 1 será arredondada para múltiplos de 10 (dez) centavos de real e será obtida mediante a

	comodidade aos usuários. Entretanto, o arredondamento das tarifas de pedágio só poderá ser efetuado para menos.	aplicação do seguinte critério de arredondamento: a) Quando a segunda casa decimal for menor do que cinco, arredonda-se para baixo esta casa; b) Quando a segunda casa decimal for igual ou superior a cinco, arredonda-se a primeira casa decimal para o valor imediatamente superior. Os efeitos econômicos decorrentes do arredondamento serão considerados na revisão ordinária subsequente.	critério de arredondamento: a) Quando a segunda casa decimal for menor do que cinco, arredonda-se para baixo esta casa; b) Quando a segunda casa decimal for igual ou superior a cinco, arredonda-se a primeira casa decimal para o valor imediatamente superior. A diferença de arrecadação proveniente do arredondamento aplicado à tarifa de pedágio para mais, ou para menos, não ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.	aplicação do seguinte critério de arredondamento: (i) quando a segunda casa decimal for menor do que cinco, arredonda-se para baixo esta casa; (ii) quando a segunda casa decimal for igual ou superior a cinco, arredonda-se a primeira casa decimal para o valor imediatamente superior. Os efeitos econômicos decorrentes do arredondamento serão considerados na revisão ordinária subsequente.	aplicação do seguinte critério de arredondamento: (i) quando a segunda casa decimal for menor do que cinco, arredonda-se para baixo esta casa; (ii) quando a segunda casa decimal for igual ou superior a cinco, arredonda-se a primeira casa decimal para o valor imediatamente superior. Os efeitos econômicos decorrentes do arredondamento serão considerados na revisão ordinária subsequente, mediante aplicação da metodologia do Fator C.
Reajuste da tarifa	Periodicidade: anual Data base: data de apresentação da proposta de tarifa. Índice: contempla a variação ponderada dos índices de reajustes relativos aos principais componentes de custo considerados na formação do valor da tarifa básica de pedágio.	Periodicidade: anual Data base: data do início da cobrança do pedágio Índice: IPCA, ou outro que venha a ser definido em sua substituição, em caso de extinção.	Periodicidade: anual Data base: será a data do primeiro reajuste (data do início da cobrança do pedágio) Índice: IPCA, ou outro que venha a ser definido em sua substituição, em caso de extinção. Aplicação do desconto de reequilíbrio concomitante ao reajuste	Periodicidade: anual Data base: será a data do primeiro reajuste (data do início da cobrança do pedágio) Índice: IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou outro que venha a ser definido em sua substituição, em caso de extinção. Aplicação do Fator X e desconto de reequilíbrio	Periodicidade: anual Data base: será a data do primeiro reajuste (data do início da cobrança do pedágio) Índice: IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou outro que venha a ser definido em sua substituição, em caso de extinção. Aplicação dos Fatores “D”, “Q”, “C” e “X”.

				concomitante ao reajuste.	concomitante ao reajuste.
Revisão da tarifa	Finalidade: restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da concessionária, expressa no valor da tarifa básica de pedágio, com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro. Hipóteses: ✓ Alteração de encargos; ✓ “Fato do Príncipe”, Fato da Administração, Força Maior, Caso Fortuito, Interferências Imprevistas. ✓ Desapropriação. ✓ Receitas acessórias	Finalidade: assegurar, em caráter permanente, a preservação do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Hipóteses: ✓ Alteração de encargos; ✓ “Fato do Príncipe”, Fato da Administração, Força Maior, Caso Fortuito, Interferências Imprevistas. ✓ Desapropriação. ✓ Receitas acessórias Revisão ordinária: é a revisão da tarifa básica de pedágio a ser realizada por ocasião dos reajustes tarifários para inclusão dos efeitos de ajustes previstos neste contrato, conforme disposto em regulamentação da ANTT. Revisão extraordinária: é a revisão da tarifa básica de pedágio para	Revisão ordinária da tarifa básica de pedágio: é a revisão anual da tarifa básica de pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incorporar a parcela das receitas extraordinárias auferidas no ano anterior, conforme disposto em contrato. Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio: é a revisão da Tarifa Básica de Pedágio decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão em razão das hipóteses estabelecidas em contrato;	Revisão ordinária da tarifa básica de pedágio: é a revisão anual da Tarifa Básica de Pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos no contrato. Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio: é a revisão da Tarifa Básica de Pedágio decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão em razão das hipóteses estabelecidas em contrato;	Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio: é a revisão anual da tarifa básica de pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos neste contrato, mediante aplicação do fator q, fator c, fator d e fator x. Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio: é a revisão da Tarifa Básica de Pedágio decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão em razão das hipóteses estabelecidas em contrato;

		incorporação dos efeitos decorrentes de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito ou fato da Administração que resultem, comprovadamente em alteração dos encargos da concessionária. Revisão quinzenal: é a revisão que será realizada a cada 5 (cinco) anos, com o intuito de reavaliar o PER com relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas da dinâmica da Rodovia, nos termos da regulamentação da ANTT.	cuja hipótese, procedimentos, critérios e princípios estabelecidos em contrato;		
Existência de procedimento para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro	Existe o procedimento em contrato. Possibilidade de utilização de ao "Processo Amigável de Solução das Divergências Contratuais".	O contrato menciona que a revisão da tarifa se dará na forma da regulamentação da ANTT e somente será implementada com a publicação de resolução específica.	Existe procedimento específico para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.	O procedimento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido em resolução da ANTT. No contrato existe cláusula denominada "Resolução de Controvérsias" em que as partes podem se valer da arbitragem para discussões relativas ao contrato de concessão. Entretanto, questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro, não podem ser objeto de arbitragem.	O procedimento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido em resolução da ANTT. No contrato existe cláusula denominada "Resolução de Controvérsias" em que as partes podem se valer da arbitragem para discussões relativas ao contrato de concessão. Não há a exceção quanto a possibilidade de discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro.

Receitas acessórias e modicidade tarifária	Está previsto que deve ser revertido em parte para a modicidade tarifária.	Anualmente, a ANTT aferirá as receitas arrecadadas, deduzidas dos tributos, nos projetos associados ou geradores de receitas alternativas e promoverá o ajuste do Fluxo de Caixa da Concessionária, por ocasião das Revisões Ordinárias.	Nos termos da regulamentação vigente, parcela dos recursos advindos da exploração de Receitas Acessórias deverá ser revertida para a modicidade tarifária.	Parcela da receita advinda do contrato de Receita Extraordinária será revertida à modicidade tarifária, no momento da revisão ordinária da Tarifa Básica de Pedágio, mediante a análise pela ANTT dos resultados das Receitas Extraordinárias, nos termos do Contrato e da regulamentação vigente da ANTT.	Parcela da receita advinda de Receita Extraordinária será revertida à modicidade tarifária, anualmente, no momento da revisão ordinária da Tarifa Básica de Pedágio, mediante a análise pela ANTT dos resultados das Receitas Extraordinárias, nos termos do Contrato e da regulamentação vigente da ANTT.
Descontos Tarifários	A concessionária, a seu único e exclusivo critério e responsabilidade, poderá conceder isenções e descontos tarifários, bem assim realizar promoções tarifárias, inclusive reduzindo sazonalmente em dias e horas de baixa demanda, sem que isto, todavia, possa gerar qualquer direito de a mesma solicitar compensação nos valores das tarifas.	A Concessionária, a seu critério e por sua conta e risco, poderá conceder isenções e descontos tarifários, bem como realizar promoções tarifárias de caráter sazonal.	A Concessionária, a seu único e exclusivo critério e responsabilidade, poderá conceder descontos tarifários, bem como realizar promoções tarifárias, inclusive reduzindo sazonalmente em dias e horas de baixa demanda, não podendo requerer o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato caso este venha a ser rompido em decorrência dessa prática de promoções e descontos tarifários.	A Concessionária, por seu único e exclusivo critério e responsabilidade, poderá conceder descontos tarifários, bem como arredondamentos de Tarifa de Pedágio, em favor do usuário, visando facilitar o troco, bem como realizar promoções tarifárias, inclusive reduzindo a sazonalidade em dias e horas de baixa demanda, não podendo requerer o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato caso este venha a ser rompido em decorrência dessa prática de promoções e descontos tarifários.	A Concessionária, por seu único e exclusivo critério e responsabilidade, poderá conceder descontos tarifários, bem como arredondamentos de Tarifa de Pedágio, em favor do usuário, visando facilitar o troco, bem como realizar promoções tarifárias, inclusive reduzindo a sazonalidade em dias e horas de baixa demanda, não podendo requerer o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato caso este venha a ser rompido em decorrência dessa prática de promoções e descontos tarifários.