

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MAYARA ANACLETO

**CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: ASPECTOS DA
MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**

**CURITIBA
2018**

MAYARA ANACLETO

**CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: ASPECTOS DA
MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Luciano Elias Reis

**CURITIBA
2018**

MAYARA ANACLETO

**CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: ASPECTOS DA
MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Professor Membro da Banca

Curitiba, 09 de abril de 2018.

RESUMO

Na celebração do contrato de concessão de serviço público são firmados os termos em que o particular e a Administração Pública contrairão obrigações e direitos para atendimento das demandas sociais. A Constituição Federal, com a finalidade de incentivar a contratação com a Administração, garante ao concessionário segurança jurídica, ao determinar que na relação contratual haja a manutenção das condições efetivas da proposta. Dessa forma, assegura ao concessionário o que se denomina equilíbrio econômico-financeiro. Em razão disso, se objetiva a pesquisa do presente trabalho, sem exaurir o tema, através de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, discorrer sobre os aspectos da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, apresentar seu tratamento jurídico. Por fim demonstrar que a finalidade do equilíbrio econômico-financeiro além de garantia ao concessionário, também visa o atendimento ao interesse público, uma vez que não mantida a equação econômico-financeira, poderá incidir na qualidade da prestação do serviço público.

Palavras-chave: concessão de serviço público, equilíbrio econômico-financeiro, partilha de risco, prorrogação de prazo.

SUMÁRIO

RESUMO	3
1 INTRODUÇÃO	5
2 NOÇÕES GERAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	7
2.1 DISTINÇÕES ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	7
2.2 CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	9
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	11
2.4 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	15
2.4.1 Alteração Unilateral.....	16
2.4.2 Mutabilidade do Regime Jurídico.....	17
2.4.3 Exigência Garantia.....	17
2.4.4 Fiscalização da Administração.....	18
2.4.5 Aplicação de Penalidades.....	19
2.4.6 Intervenção no Serviço Público.....	19
2.4.7 Rescisão Unilateral.....	19
3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES	22
3.1 CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	22
3.2 A RESPONSABILIDADE DO CONCESSIONÁRIO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	28
3.2.1 Risco ou Álea Ordinária.....	29
3.3 A RESPONSABILIDADE DO PODER CONCEDENTE NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	31
3.3.1 Risco ou Álea Extraordinária.....	33
3.3.2 Risco ou Álea Administrativa.....	34
3.3.2.1 Alteração Unilateral.....	34
3.3.2.2 Fato do Príncipe e Fato da Administração.....	35
3.3.3 Risco ou Álea Econômica.....	38
3.3.4 Causas de força maior, caso fortuito e sujeições imprevistas.....	39
4 AS FORMAS DE MANUTENÇÃO OU RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	41
4.1 A PARTILHA DE RISCOS NAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	41
4.2 O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	45
4.2.1 Reajuste.....	46
4.2.2 Revisão.....	48
4.3 A REPACTUAÇÃO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	50
4.4 O PRAZO DAS CONCESSÕES E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	52
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	62
ANEXOS	67

1 INTRODUÇÃO

O Poder Público com o dever de garantir à sociedade a prestação do serviço público enfrenta desafios para conseguir atender aos anseios sociais. Assim, para que fossem supridas as necessidades coletivas da sociedade, adveio da legislação a possibilidade de se transferir ao particular a execução de alguns serviços públicos, atendendo assim os interesses de ambas as partes, ou seja, a Administração em atender o interesse público e do particular voltado a investir no capital para obtenção de lucratividade.

Nos contratos de concessão dos serviços públicos realizados surgem responsabilidades ao poder concedente e à concessionária, sob égide constitucional, para manter as condições das propostas na licitação de forma efetiva durante a execução contratual.

Todavia, durante a vigência contratual pode ocorrer circunstâncias que afetem a contratação realizada e desestabilizem a situação econômica inicial das partes, sendo assim necessária a aplicação de medidas no objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, é o escopo da pesquisa que tratará as questões que abordam o equilíbrio econômico-financeiro a fim de atender a disposição constitucional de manutenção efetiva da proposta.

O estudo sobre o equilíbrio econômico-financeiro se demonstra relevante, tendo em vista que os contratos de concessões de serviços públicos tendem à finalidade pública, pelo qual deverá ser preservada a continuidade da prestação, mesmo na ocorrência de fatores prejudiciais externos que possam atingir a relação jurídica de contratação entre o poder concedente e o concessionário. Sendo assim, necessária a pesquisa sobre os motivos que causam a aplicação do princípio da manutenção equilíbrio econômico-financeiro, bem como as formas de recomposição do equilíbrio inicialmente firmado, a fim de manter a execução dos serviços públicos pela concessionária em atendimento ao interesse público.

O trabalho se desenvolverá a partir da pesquisa doutrinária, apresentando as posições divergentes em relação ao tema, assim como nas buscas de artigos produzidos por estudiosos do tema que apresentam pontos de vista relevantes sobre o assunto.

Inicialmente serão trazidas considerações gerais sobre a contratação pública, observando desde os fundamentos de seu conceito, as modalidades de concessões de serviços públicos, assim como os princípios que norteiam a contratação pública até a aplicação de seus regimes jurídicos.

Em seguida, se passa apresentar as características do contrato administrativo, as quais se tratam do poder exorbitante da Administração na relação jurídica estabelecida com o concessionário, especificando e demonstrando sua relação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

No segundo momento da pesquisa, o tema do equilíbrio econômico-financeiro será submetido à análise, sendo demonstrada sua origem, como ocorre seu desenvolvimento nas contratações, além de esclarecer sua importância na relação jurídica. Ainda, se explanará sobre os eventos causadores do desequilíbrio econômico-financeiro, para em sequência discorrer sobre quais os efeitos gerados quando há inobservância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Adiante, também será tratado quanto à possibilidade de partilha dos riscos que envolvem a concessão, apontando de que forma tem ocorrido a repartição dos riscos de modo a estabelecer a equação econômico-financeira. Para isso, será exposto o entendimento doutrinário e o modo que a Administração tem atuado nas contratações.

Com objetivo de concluir, ainda que não de forma absoluta sobre o assunto, serão delineadas as maneiras de reequilíbrio econômico-financeiro. Ainda, a partir das decisões judiciais e entendimento doutrinário, se versará a possibilidade da prorrogação das concessões e seus reflexos no equilíbrio econômico-financeiro.

2 NOÇÕES GERAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 DISTINÇÕES ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na atuação da Administração Pública ocorre a celebração de contratos regidos pelo direito privado ou direito público, os quais possuem como base distinção oriundos do Direito Francês. Na França, a construção da distinção entre os contratos privados e administrativos ocorreu com base na finalidade objeto do contrato, que seria o serviço público, após desenvolveu-se no sentido que contratos administrativos são aquele que contém cláusulas exorbitantes do direito privado.¹

A doutrina brasileira diverge sobre a existência de distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração. Assim, alguns doutrinadores entendem não existir o contrato administrativo, pois a relação do particular com a Administração Pública seria apenas a submissão ao ato do Poder Público, tal como existem doutrinadores que se basearam nos estudos do Direito Francês para adotar as cláusulas exorbitantes como critério de distinção entre os contratos privados e públicos.

No primeiro entendimento, apontam a inexistência do contrato administrativo, pois há ausência da autonomia de vontade na relação jurídica entre as partes, tendo em vista que são limitadas pelas leis e decorrem de ato unilateral da Administração. Dessa forma, as partes possuem inicialmente a vontade de estabelecer a relação jurídica, porém não possuem liberdade de criar as cláusulas consideradas como leis entre as partes como ocorre nos contratos em geral. Assim, há ato bilateral que se manifesta na vontade das partes, somente pela existência de acordo do particular sobre o objeto do ato, porém no decorrer da relação apenas se aplicará a lei.²

¹ AREDÊS, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 174-177, jan. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8053/6842>>. Acesso em: 04 set. 2017.

² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 682-690. No mesmo entendimento segue: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 636-638.

Contudo, essa corrente admite existir a relação contratual, quanto às cláusulas econômicas que visam o modo da execução e efeito patrimonial do ato, embora isso não seja suficiente para afirmar como uma peculiaridade do contrato administrativo, uma vez que é possível a existência de cláusulas econômicas no contrato de direito privado.³

Em oposição, o entendimento predominante é no sentido de que os contratos privados e administrativos se distinguem pelo regramento jurídico que concede prerrogativas à Administração, através das cláusulas exorbitantes, sendo assim estabelecida uma posição vertical na relação contratual com o particular. Ainda, se pode distingui-los pelo objeto a ser contratado, bem como a observação da utilidade pública do contrato.⁴

Nesse sentido, os contratos da Administração não podem ser comparados como ato praticado de forma unilateral, uma vez que a contratação realizada pela Administração Pública passa por várias fases, e somente produzirá efeitos quando houver o acordo de vontade entre as partes para contraírem direitos e obrigações a serem cumpridos. Dessa forma, o contrato administrativo não expressa somente uma manifestação de vontade, em que o particular é obrigado a submeter-se como ocorre no ato administrativo, pois a Administração oferta a chance de contratação e o particular que por sua vez manifesta sua proposta, assim como sua qualificação econômica para realizar a atividade.⁵

Nos contratos privados da administração, o regramento se dará pelo direito comum e a Administração como parte no contrato estará numa posição horizontal. De modo a exemplificar a doutrina apresenta que os contratos privados da Administração podem ser doação, compra e venda. Embora ocorra essa horizontalidade na posição das partes, ainda é possível a Administração Pública utilizar de suas prerrogativas. Contudo, é necessária a expressa previsão das cláusulas exorbitantes para que assim o direito comum seja derogado.⁶

Quanto ao dito direito comum, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷ aponta que se o Direito Administrativo derogasse o direito comum, ou seja, o Direito Civil, a

³ MELLO, 2007. p. 689-690.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 302-304.

⁵ Ibid., p. 300. Nesse entendimento também: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 452.

⁶ Ibid. p. 303.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 180-181.

existência daquele regramento jurídico somente seria para beneficiar o Estado. Em vista disso, é preciso que o Direito Administrativo também seja entendido como direito comum a fim de atender o interesse público atribuído ao dever do Estado, e por consequência comprovar que as relações jurídicas da Administração com o particular terá regramento jurídico distinto, sendo tutelado pelo Direito Administrativo quando tratar-se de interesses públicos específicos, que são determinados por lei, e pelo Direito Civil quando o contrato da Administração dispuser de interesses simplesmente privados.

2.2 CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Os contratos administrativos visam atender as necessidades coletivas, para isto a Administração delega sua competência de execução dos serviços ou obras públicas ao particular, ou seja, realiza a concessão de obra ou serviço público. Apesar disso, a concessão não se insere ao regramento do Direito Privado, uma vez que o Poder Público continua na titularidade de competência do serviço público.⁸

A concessão do serviço público, regulamentada pela Lei nº 8.987/95, foi dividida em três modalidades com o advento da Lei nº 11.079/04, no artigo 2º, caput, parágrafo 3º, o qual dispõe que a concessão do serviço público poderá ser comum, patrocinada ou administrativa.

A concessão comum tem regulamentação prevista na Lei nº 8.987/95, sendo as duas outras modalidades tratadas na Lei nº 11.079/04. Entretanto, as concessões sejam previstas em legislação apartadas, nada obsta a aplicação subsidiária da legislação das concessões comum nas concessões patrocinadas.

Nas concessões ocorre a autonomia da gestão da atividade, visto que o particular deverá planejar os melhores meios para executar o serviço público que lhe foi delegado. Em consequência dessa autonomia, no aspecto econômico, advém o risco empresarial da execução do contrato, pois o capital investido pelo particular, para atender a prestação do serviço, será amortizado pelas tarifas exigidas no decorrer da execução contratual, sendo assim é transferida ao particular a responsabilidade

⁸ JUSTEN FILHO, 2015, p. 452.

parcial do risco do negócio. Contudo, a Administração ao delegar a execução do serviço público, não se exime de fiscalizar o serviço público exercido pelo particular, bem como de garantir à sociedade a prestação adequada.⁹

Na concessão patrocinada, prevista na Lei nº 11.079/04, embora semelhante à concessão comum, há peculiaridades que caracterizam esta contratação. Ainda que se trate de concessão do serviço público, sendo aplicável no que couberem as regras da Lei nº 8.987/1995, a concessão patrocinada se diferencia no recebimento da remuneração, que não será obtida integralmente das tarifas, mas também de receitas públicas como forma de contraprestação do parceiro público.¹⁰

Nesse sentido distingue-se da concessão comum, tendo em vista que a contraprestação do Poder Público é parte de remuneração garantida ao particular, enquanto que na concessão comum a contraprestação poderá ocorrer de forma excepcional como forma de reequilíbrio econômico-financeiro.¹¹

Ademais, para realização da concessão patrocinada existe limite no valor e no prazo da contratação, os quais o valor não poderá ser inferior a dez milhões de reais e o período de vigência menor de cinco anos e superior a trinta e cinco anos.

A Lei nº 11.079/04 ainda dispõe da concessão administrativa, o qual o objeto da avença será a prestação de atividade útil à Administração de forma direta ou indireta, segundo Marçal Justen Filho, sendo remunerada pelos cofres públicos ou pela própria exploração da atividade. O conceito dado pela legislação não dispõe expressamente sobre a delegação de serviços públicos, porém há possibilidade do serviço público fazer parte da contratação pelo qual a Administração se beneficiaria indiretamente.¹² Nesse sentido, o autor exemplifica:

o contrato em que o particular assumisse o dever de promover a coleta de lixo e dar destinação apropriada aos dejetos sólidos. [...]. Ao contrário das outras modalidades de concessão (comum e patrocinada), o particular não assumirá o dever de desempenhar as atividades em nome próprio perante os usuários. Atuará sempre em prol da Administração Pública.¹³

⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012a. p. 70.

¹⁰ JUSTEN FILHO, 2015, p. 830-831.

¹¹ GUIMARÃES, op. cit., p. 24.

¹² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 833.

¹³ JUSTEN FILHO, loc. cit.

Nessa lógica, a concessão administrativa tem como destinatária a Administração Pública, assim sua remuneração será a contraprestação na formas previstas no artigo 6º, da Lei nº 11.079/04¹⁴, inexistindo tarifas a serem exigidas do usuário.¹⁵

Quanto ao aspecto econômico das concessões, do mesmo modo que ocorre proteção à intangibilidade da equação econômico-financeiro nas concessões comuns, também será aplicada de forma subsidiária às parcerias público-privadas. Todavia a legislação, que regra as parcerias público-privadas, incluiu nestas contratações distinções relevantes da modalidade de concessão comum, quanto às atribuições de responsabilidades decorrentes dos eventos que podem impactar a relação contratual, as quais serão abordadas no decorrer da pesquisa.

Sendo assim, para que a relação contratual seja executada de forma a obter a eficiência do serviço público ou das atividades prestada à Administração são essenciais que sejam observados, independente das modalidades de concessão, os princípios atinentes nestes contratos administrativos.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

As concessões de serviço público com objetivo de atender aos interesses públicos, devem se pautar em alguns princípios que possuem base constitucional, civil, e reiterados na legislação referentes às concessões. Sendo assim, a relação contratual observará os princípios próprios do serviço público, bem como daqueles previsto na lei quando o particular assumir obrigações do exercício do serviço público perante a Administração.

¹⁴ [...] I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei. BRASIL, 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 República Federativa do Brasil**. Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹⁵ DI PIETRO, 2015, p. 360.

No que tange aos princípios basilares do serviço público a doutrina¹⁶ expõe os princípios da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade de usuários. Já a legislação de concessões dispõe no artigo 14, caput, da Lei nº 8.987/95, a observância dos princípios de legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. Dessa forma reproduz os princípios previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, sobre a atuação da Administração em suas relações jurídicas.

A prestação do serviço público, orientada pelo princípio da continuidade veda que haja a interrupção da prestação, tendo em vista os prejuízos que podem ser causados aos destinatários. Se ocorrer esta conduta por parte do concessionário, este deverá ressarcir os usuários prejudicados.¹⁷

O princípio da continuidade reflete na intangibilidade da equação econômico-financeira.¹⁸ E por consequência, em caso de eventos da álea econômica extraordinária, que atinja o equilíbrio econômico-financeiro, será aplicada no contrato de concessão a teoria da imprevisão para recomposição do equilíbrio a fim de dar continuidade do serviço público.¹⁹

Quanto ao princípio da mutabilidade do regime jurídico, determina que o modo de execução do contrato de concessão poderá sofrer alterações de forma unilateral para atendimento da prestação adequada as novas exigências do serviço público.²⁰ Ainda, nesse sentido, se pode afirmar que ao concessionário não caberá direito adquirido da manutenção do regime jurídico inicialmente avençado, caso a Administração realize modificação das normas regulamentares para atendimento ao interesse público.²¹

Posto que a mutabilidade do regime jurídico possa ser modificada unilateralmente pelo Poder Público, ainda assim se protegerá no que tange as cláusulas econômico-financeiras, tendo em vista sua proteção constitucional para evitar prejuízos decorrentes de modificação, que no momento da proposta não haviam sido planejadas pelo concessionário.

¹⁶ DI PIETRO, 2015, p. 147-148 e JUSTEN FILHO, 2015, p. 736-738.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**: Comentários às leis nº 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997. p. 129-130.

¹⁸ Id., 2015, p. 736.

¹⁹ DI PIETRO, op. cit. p. 147.

²⁰ MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 380.

²¹ DI PIETRO, op. cit., p. 147-148. Nesse entendimento também segue: JUSTEN FILHO, op. cit., p. 738.

Já o princípio da igualdade de usuários visa que todos tenham acesso ao serviço público. Desse modo, não pode existir critérios de discriminação desmotivada para o usuário ter direito de utilizar o serviço público.

Nesse sentido, nos contratos de concessão, a igualdade de usuários será observada no momento da estipulação das tarifas, pois devem ser fixadas de forma igualitária para usuários em mesmas condições, somente fixará tarifas distintas aos usuários quando houver transparência nos motivos que levam a tal critério de distinção.²²

Além dos princípios que devem ser observados na prestação de serviço público, também estarão presentes na relação contratual das concessões (comum, patrocinada, administrativa) os princípios referentes ao regime jurídico administrativo.

Na concessão de serviço público estará presente a supremacia do interesse público sobre o privado, pelo qual este princípio demonstra que o Poder Público na relação jurídica com o particular terá posição privilegiada. Sendo assim, representa a autoridade da Administração para, se for necessário atender ao interesse público, exercer suas prerrogativas de modificação ou constituição de obrigações sobre o contrato administrativo em face daquele que estiver atuando na atividade estatal.²³

Assim, considerando que o atendimento ao interesse público é a finalidade da relação jurídica que a Administração realiza com aqueles que desenvolvem a atividade estatal para atender as necessidades da sociedade, tem-se o princípio da indisponibilidade do interesse público, que visa vedar que o administrador realize atos que possam dispor do interesse público, tendo em vista que aquele não possui desta titularidade, mas a representa. Assim a Administração exigirá condutas do concessionário para o cumprimento deste princípio, sendo possível a disponibilidade somente com a devida autorização legal.²⁴

Nessa sequência, o princípio da legalidade é a atuação restrita da Administração somente naquilo que a legislação autoriza realizar, com objetivo de contrapor-se a existência de atos de um poder autoritário.²⁵ Para José Anacleto Abduch Santos este princípio apresenta relevância nas concessões de serviços

²² JUSTEN FILHO, 2015, p. 737-738.

²³ MELLO, 2015, p. 71-74.

²⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 92-94.

²⁵ MELLO, op. cit., p. 103 e 108.

públicos, tendo em vista que a Administração não poderá agir no controle e fiscalização sobre o concessionário além do que a legislação autoriza.²⁶

Embora a Administração esteja adstrita aos termos da lei, ainda é importante citar a boa-fé como princípio que deve ser seguido durante a relação jurídica entre a Administração e o concessionário. No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio é implícito na Constituição Federal e apresenta aspectos objetivos e subjetivos, ou seja, a conduta leal e o conhecimento sobre distinguir entre conduta honesta e desonesta. Ainda, a autora complementa que é dever tanto da Administração quanto do administrado ter suas condutas baseadas na boa-fé, traduzida na lealdade e honestidade das relações.²⁷

Nos contratos de concessões de serviço público a boa-fé é importante para que haja confiança do concessionário sobre os atos da Administração durante o curso da relação contratual, tal como a Administração quando precisar avaliar requerimentos do concessionário, por exemplos em casos de pedidos de reequilíbrio da equação financeira.²⁸ A boa-fé se expressará na conduta do concessionário que agir com honestidade e trazer a veracidade daquilo que impactou o equilíbrio contratual, bem como nos atos da Administração através de alterações unilaterais justas sem intenção de obter vantagens sobre o concessionário.

Ainda as relações contratuais da Administração deverão se guiar no princípio da moralidade administrativa, o qual segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha é o comportamento do agente público pautado nos valores sociais para alcançar seus objetivos. Diante disso, a autora afirma que serão observadas as condutas utilizadas pela Administração para os objetivos alcançados.²⁹

Posto isso, durante a vigência da concessão, o concedente deve pautar suas condutas na moralidade, pelo qual se analisará se as modificações unilaterais da Administração são condutas baseadas para uma boa administração e em realmente satisfazer o interesse público.

Desde o início da licitação do serviço público ocorre observância ao princípio do julgamento objetivo da proposta, bem como a vinculação ao instrumento convocatório, os quais têm sido a meta da Administração, porém geralmente é

²⁶ SANTOS, 2002, p. 79.

²⁷ DI PIETRO, 2015, p. 121-122.

²⁸ SANTOS, op. cit., p. 80-81.

²⁹ ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 192-193.

inatingível uma objetividade absoluta no julgamento, quando se há avaliação técnica de forma valorada das propostas. Apesar disso, devem ser observados até o final da concessão, tendo em vista que em caso de pedido de reequilíbrio da equação econômico-financeira, a Administração deve se pautar no objetivo o qual foi julgada a proposta, e não se desvirtuar das condições que foram estipuladas e pactuadas através da convocação.³⁰

Quando estes princípios analisados forem respeitados durante a relação contratual das concessões, resultarão na efetividade do serviço público. E assim, conseqüentemente atenderão o princípio da eficiência, o qual é a Administração planejar e realizar condutas que produzam resultados no serviço público prestado à coletividade.³¹

Sendo assim, José Anacleto Abduch ressalta que a Administração cumpre com o princípio da eficiência quando realiza a concessão do serviço público, após a análise de que transferência de determinado serviço é a melhor conduta a ser tomada para obter satisfação da coletividade e da economia para os cofres públicos.³²

2.4 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Com a função de distinguir a relação contratual de direito privado, o contrato administrativo possui alguns aspectos que são admitidos na doutrina brasileira e determinantes na configuração do contrato administrativo.

As características presentes no contrato administrativo são as cláusulas exorbitantes, as quais só podem constar no contrato devido à presença da Administração Pública como parte contratante, sendo assim conferidas prerrogativas que conferem sua supremacia sobre o particular.³³

Ainda assim, Marçal Justen Filho faz uma relevante observação de que estas prerrogativas, que atendem ao interesse público, não podem servir como legitimação

³⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 45.

³¹ DI PIETRO, 2015, p. 116.

³² SANTOS, 2002, p. 86.

³³ DI PIETRO, op. cit., p. 314.

do Estado para realizar condutas eticamente reprováveis que infringem a moralidade e boa-fé.³⁴

As cláusulas exorbitantes foram previstas na Lei de Licitações nº 8.666/93, em disposições que conferiram prerrogativas à Administração, como alterar unilateralmente o contrato, exigir garantia, fiscalizar a execução do objeto contratual, bem como aplicar penalidades em caso de inexecuções contratuais praticadas pelo particular e rescindir unilateralmente o contrato.

Nos contratos de concessões de serviço público as cláusulas exorbitantes são aplicadas, mas também há inclusão de mais uma prerrogativa exclusiva dos contratos de concessões, prevista nos artigos 32 ao 34, da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre Administração intervir extraordinariamente e temporariamente na concessionária.³⁵

Desta forma, passa-se para a análise destas cláusulas exorbitantes.

2.4.1 Alteração Unilateral

A alteração unilateral consiste no poder da Administração incluir modificações no contrato que regula a concessão do serviço público, sem o direito do concessionário requerer a rescisão contratual.³⁶

Em análise desta prerrogativa, há entendimento no sentido, que se trata do *ius variandi* manifesto por ato administrativo, baseado em pressupostos materiais e formais, ou seja, o conteúdo e o procedimento de informação ao concessionário sobre o ato modificativo.³⁷

Assim, a Administração poderá realizar a modificação desde que mantenha o objeto contratual, a prestação da obrigação possa ser executada, e o equilíbrio econômico-financeiro seja mantido.³⁸

³⁴ JUSTEN FILHO, 2015, p. 468.

³⁵ *Ibid.*, p. 773.

³⁶ MELLO, 2015, p. 754.

³⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos no âmbito das concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 5-9, jan. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47498/45244>>. Acesso em: 05 set. 2017.

³⁸ GUIMARÃES, loc.cit.

Sendo assim, a Administração pode modificar unilateralmente as cláusulas da concessão do serviço público, para atender a interesse da coletividade, a qual é usuária da prestação realizada. Entretanto, devem ser realmente necessárias as modificações das cláusulas, tendo em vista que quando não houver identificação de quais interesses públicos, bem como a fundamentação de que forma estes interesses serão atendidos pela modificação unilateral, haverá fraude ao dever de motivação do ato administrativo.³⁹

2.4.2 Mutabilidade do Regime Jurídico

Para alguns doutrinadores a mutabilidade do regime jurídico se relaciona com o poder de alteração unilateral da Administração, tendo em vista que através de eventos que causem a necessidade de modificação, será a própria Administração que realizará o ato modificativo.

Entretanto, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a mutabilidade decorreria ainda de outros eventos supervenientes da relação jurídica entre o particular e a Administração, os quais se elencam em força maior, álea ordinária, econômica, administrativa.⁴⁰

Decorrente destes eventos, que serão apreciados no decorrer da pesquisa, a mutabilidade do regime jurídico da contratação gerará responsabilidades à parte concedente e ao concessionário, tendo em vista que durante a vigência da concessão o que se busca é o equilíbrio nas relações entre concedente e o concessionário para a efetiva execução do objeto contratual. Para isto, se aplicará as teorias desenvolvidas, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, caso atingido pela mutabilidade do regime jurídico.

2.4.3 Exigência Garantia

³⁹ GUIMARÃES, 2000, p. 16.

⁴⁰ DI PIETRO, 2015, p. 323-325.

A Lei nº 8.987/95 previu a possibilidade de a Administração exigir garantia do concessionário do serviço público, para assim ficar resguardada sobre o descumprimento da prestação do objeto contratual. Contudo a referida lei não especificou as modalidades de garantia que podem ser exigidas. Assim, como somente é permitida a exigência de garantia em lei, entende-se que poderá de forma subsidiária aplicar a Lei nº 8.666/93, que apresenta as modalidades de caução, seguro-garantia, fiança bancária, que não excedam o limite de 5% (cinco por cento) do valor contratado.⁴¹

Nas concessões parcerias-privadas a garantia prestada pelo concessionário, será nas mesmas modalidades citadas, porém com valor elevado de até 10% (dez por cento), conforme prevê o artigo 5º, inciso VII, da Lei nº 11.079/04 culminado com artigo 56, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666/93.

Com a previsão de que a garantia passa ser também ônus do parceiro público, entende-se que a exigência de garantias nas parcerias público-privada deixa-se de configurar como cláusula exorbitante.⁴²

2.4.4 Fiscalização da Administração

A prerrogativa de fiscalização sobre o concessionário, prevista no artigo 29, inciso I, Lei nº 8.87/95 e artigo 15, da Lei nº 11.079/04, visa que embora a Administração tenha realizado a transferência de execução do serviço, ainda há poder-dever de acompanhar permanentemente o exercício do concessionário, bem como exigir documentos para acesso à informação da contabilidade, administração do concessionário.

O exercício da fiscalização tem por função prevenir práticas abusivas do concessionário durante o exercício do serviço público, bem como assegurar a qualidade da prestação do serviço público.⁴³

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 88-89.

⁴² Id., 2015, p. 315.

⁴³ JUSTEN FILHO, 1997, p. 295; 301.

2.4.5 Aplicação de Penalidades

A prerrogativa de a Administração punir é prevista na Lei nº 8.987/95, porém a lei não indica as formas de punições em caso de infrações praticadas pelo concessionário. Nesse sentido, há entendimento de que este poder punitivo complementa o poder de fiscalização, e assim constadas irregularidades Administração poderá se utilizar das penalidades previstas no artigo 87 e 88 da Lei nº 8.666/93 de forma subsidiária.⁴⁴

2.4.6 Intervenção no Serviço Público

É assegurada à Administração o poder de intervenção na concessão, dentro dos limites legais, previsto no artigo 29, da Lei nº 8.987/95, sendo regulado seu procedimento nos artigos 32 ao 34 da Lei supracitada.

Ao realizar a intervenção a Administração assume o poder de controle, tendo em vista que assume temporariamente a administração empresarial do concessionário. Todavia, há limites e prazos para a realização da intervenção, assim a Lei demonstra que esta prerrogativa se dará de forma excepcional e tem por objetivos eliminar ou reduzir danos, pelo serviço inadequado ou inadimplemento do concessionário.⁴⁵

No final do prazo de intervenção, se for entendido que o concessionário encontra-se em insolvência para continuar no exercício do serviço público, a Administração deverá rescindir o contrato, pois não pode usar desta medida para restabelecer a administração econômica do concessionário.⁴⁶

2.4.7 Rescisão Unilateral

⁴⁴ DI PIETRO, 2008, p. 84-85.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, 1997, p. 305-309.

⁴⁶ Ibid., p. 308.

O poder de rescisão unilateral da concessão pela Administração é a prerrogativa de que antes do prazo final da concessão de serviço público pode-se rescindir a concessão, se existir motivos fundados no interesse público para a extinção do contrato. Assim, com a extinção a Administração pode retomar o exercício do serviço público por encampação ou caducidade, sendo estas formas da extinção por ato unilateral da Administração.⁴⁷

A encampação é prevista no artigo 35, inciso II, da Lei n. 8.987/95 e ocorrerá quando a Administração exercer seu juízo de conveniência para avaliar se a manutenção da concessão atende aos interesses da coletividade. Entretanto, na avaliação deve ser demonstrada quais os aspectos da concessão são inviáveis ao interesse público em concreto, para se evitar a prática de poder arbitrário da Administração.⁴⁸

Sendo assim, a encampação reflete diretamente na cláusula econômica do contrato, a qual é calculada sobre determinado prazo da contratação. Diante disso, o concessionário terá direito à indenização pela extinção antecipada da concessão.⁴⁹

Quanto à caducidade, prevista no artigo 38, caput, parágrafo 1º e seus incisos, da Lei nº 8.987/95, trata-se da extinção como forma de sanção que pode ser declarada nas hipóteses elencadas no referido artigo, que se referem aos critérios de prestação avançados, os quais não sejam atendidos, bem como a perda técnica do concessionário para dar continuidade na prestação do serviço público.

Diante disso, Justen Marçal Filho faz uma crítica ao dispositivo legal supracitado quanto ao inciso IV, em razão da caducidade ocorrer por perda de habilitação técnicas, econômicas, o qual pode decorrer de situações imprevistas pelo concessionário e não o torna inadimplente suficiente para a Administração extinguir a relação contratual. Nesse sentido, o autor afirma que as hipóteses de caducidade da idoneidade do concessionário são presunção da lei que independem demonstrar a culpa, sendo necessária apenas sua configuração para extinguir a relação jurídica pactuada.⁵⁰

⁴⁷ MELLO, 2015, p. 755.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, 1997, p. 339.

⁴⁹ MELLO, op. cit., p. 773.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 347.

Entretanto, nas concessões não tem se aplicado de forma tão objetiva, tendo em vista que a caducidade é de natureza punitiva e o concessionário terá declarada a caducidade após o devido processo administrativo, que somente será realizado a critério da concedente, nos níveis de proporcionalidade da infração praticada. Ainda, no aspecto econômico somente caberá indenização, ao concessionário que for declarado a caducidade, relativo ao capital não amortizado, referente aos materiais necessários ao serviço público que terá reversão à concedente.⁵¹

⁵¹ MELLO, 2015, p. 774.

3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES

3.1 CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O equilíbrio econômico-financeiro teve seu surgimento a partir de 1910, quando o Conselho de Estado francês realizou o julgamento do caso *Compagnie Générale Française de Tramways*, o qual aplicou o conceito deste instituto nos contratos de concessões. O voto proferido considerou a existência do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos públicos como a equivalência financeira entre os encargos e benefícios concedidos ao concessionário.⁵²

Para o estudo do tema, Gerges Vedel ensina que embora o contrato de concessão autorize uma empresa privada prestar serviço público, o equilíbrio econômico-financeiro não garante o particular receber benefícios, além do previsto pela Administração. E isso decorre em razão da equação econômico-financeira ser relacionada à noção dos riscos que envolvem a contratação, os quais podem ser conhecidos ou desconhecidos pelas partes⁵³.

No Brasil, o equilíbrio econômico-financeiro foi recepcionado pela Constituição Federal, no artigo 37, inciso XXI, que determina na contratação a presença das cláusulas de obrigação de pagamento, bem como durante a vigência contratual assegure as condições efetivas da proposta. Ainda, há outros dispositivos que visam tratar do equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessões comum e parcerias público-privadas, exemplo disto o artigo 9º, parágrafos 2º e 4º, artigo 10, ambos da Lei nº 8.987/95 e artigo 5º, incisos III e IV, da Lei 11.079/04, os quais demonstram que o regime jurídico é voltado a garantir segurança jurídica ao particular e incentivo à contratação com a Administração.⁵⁴

Dessa maneira, o equilíbrio contratual não é somente voltado para o concessionário, mas é uma garantia constitucional para a relação jurídica da

⁵² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 40.

⁵³ VEDEL, Georges. **Derecho administrativo**. Traduzido por Juan Rincon Jurado. 6. ed. Paris: Aguillar. p. 716-717.

⁵⁴ SANTOS, 2002, p. 148.

concessão. Assim, pode ser aplicado em benefício do poder concedente e de igual modo para o particular.⁵⁵

Existe o interesse da Administração na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista que na ausência deste instituto a Administração receberia dos particulares propostas mais onerosas baseadas em garantir as consequências de potenciais eventos lesivos. E assim, a Administração arcaria com custos somente das hipóteses de eventos danosos durante a vigência contratual. Sendo assim, a tutela da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro colabora para que a transação seja realizada com menor custo para Administração, pois ao garantir para o concessionário o direito de recomposição do equilíbrio, as propostas tornam-se adequadas aos custos dos encargos.⁵⁶

Os contratos de concessões firmados decorrem de procedimento licitatório, o qual o particular apresenta em minuta suas características técnicas e financeiras como forma de proposta na tentativa de obter a concessão do serviço público. Desta forma, ao conseguir a concessão do serviço público o concessionário e o concedente estarão vinculados aos bônus e ônus iniciais da relação contratual durante sua vigência.⁵⁷

Assim, entende-se que o momento de formação do equilíbrio econômico-financeiro inicia-se no momento da realização da proposta do interessado na concessão e como eficácia a partir da homologação da licitação.⁵⁸

Sendo assim, estabelecido contratualmente o modo de contraprestação assegurada pela concedente e os encargos assumidos pelo concessionário, se resulta o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos.⁵⁹

Na interpretação do direito colombiano, o qual admitiu a aplicação do equilíbrio econômico-financeiro em 1972, em juízo arbitral, o equilíbrio econômico é entendido como o saldo econômico do contrato, o qual por nenhum motivo as normas podem

⁵⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. Parcerias público-privada na modalidade concessão patrocinada: equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 377.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 747-748.

⁵⁷ MARRARA, Thiago; SOUZA, André. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 302.

⁵⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 102 e JUSTEN FILHO, op. cit., p. 747.

⁵⁹ DI PIETRO, 2015, p. 323.

referir-se a mudar cenário financeiro estabelecido, para assim manter a equivalência dos benefícios acordados inicialmente na contratação, sendo o caso da ocorrência de desequilíbrio aplicar a devida restauração.⁶⁰

O equilíbrio econômico financeiro se apresenta nas chamadas cláusulas econômicas do contrato administrativo, o qual contém as disposições referentes à forma da amortização do capital, lucro do concessionário, as multas pecuniárias.⁶¹ Nesse sentido o José Anacleto Abduch Santos, afirma que as cláusulas econômicas afetam a administração econômica do concessionário, visto que através das cláusulas econômicas o concessionário criará projetos para organizar suas metas empresariais e atingir sua lucratividade.⁶²

Nessa lógica, para Caio Tácito, o equilíbrio econômico-financeiro apresenta finalidade dinâmica, pois garante a continuidade e melhorias do serviço público, como também a preservação de interesses das partes, quando realizado o regime de tarifas, haja vista que se não ocorrer justa remuneração do capital investido se vislumbra confisco da propriedade do concessionário.⁶³

No que tange à fixação de tarifas, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz compreende que a tarifa na prestação do serviço público assegura justa remuneração do capital, e conseqüentemente garante o equilíbrio econômico financeiro do contrato, por isto é viável ocorrer sua revisão periódica, uma vez que é atribuído à concedente

restabelecer o equilíbrio através da revisão de tarifas, de modo não só a restaurar-lhe os termos de igualdade mas ainda com fito de assegurar a justa retribuição do capital. Em outras palavras a Lei Magna impõe indiretamente a adoção, nas concessões, do regime de serviço pelo custo, dando a garantia de uma margem fixa de lucro.⁶⁴

⁶⁰ RODRIGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, p. 63-64, jan. 2011. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3126>>. Acesso em: 11 out. 2017.

⁶¹ MOREIRA NETO, 2014, p. 484.

⁶² SANTOS, 2002, p. 141.

⁶³ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica - Tarifas - Equilíbrio financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 203, p. 337, jan. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46737/46726>>. Acesso em: 27 set. 2017.

⁶⁴ LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O contrato de concessão de serviço público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 164, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/328>> Acesso em: 12 ago. 2017.

Diante deste caráter remuneratório da tarifa, sua relação é constante com o equilíbrio econômico-financeiro e deverá ser observada durante toda a vigência da concessão, pois na ocorrência de alterações que gerem desequilíbrio entre encargos e vantagens do concessionário, a revisão tarifária poderá ser realizada visando à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.⁶⁵

Ao se compreender que a tarifa integra a equação econômico-financeira, sua fixação atinge interesses dos usuários, visto que a relação jurídica realizada entre o concessionário e concedente estabelece a tarifa como “preço-contrapartida”, o qual é arcada pelos usuários, sendo regulado não somente pelo pela prerrogativa de alteração unilateral da Administração, como também pelo valores de mercado no custeio do serviço público a ser prestado.⁶⁶

Nas concessões de serviço público, a legislação dispôs sobre a fixação de tarifa módica, o qual sua fixação é calculada sobre o custo da prestação da atividade de forma a propiciar ao concessionário sua remuneração, e ainda com a finalidade facilitar o acesso dos usuários ao serviço público.⁶⁷

Ainda, como parte da equação econômico-financeira, a tarifa ao ser estipulada também servirá de análise no momento da fixação do prazo necessário para amortização do capital, tendo em vista que a concessão do serviço público deve ser por tempo determinado. Nessa lógica, em regra o prazo é fixado conforme a equação econômico-financeira, porém pode ocorrer do prazo não ser fundamentado somente no aspecto econômico e não considerar o valor da tarifa, gerando a possibilidade do prazo ser fixado de forma desequilibrada na contratação.⁶⁸

Diante disso, é relevante a proteção jurídica do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessões, sendo estabelecida sua intangibilidade de modificação, e quando ocorrida modificações contratuais que alterem o equilíbrio inicial, seja concedida para as partes o direito de recomposição do equilíbrio contratual. A intangibilidade da equação econômico-financeira origina-se do princípio de igualdade entre os encargos sociais, o qual não pode somente o concessionário arcar com ônus advindo de um fato que provoque graves modificações econômicas no contrato, sendo

⁶⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 74.

⁶⁶ GUIMARÃES, 2012, p. 180-181.

⁶⁷ Ibid., p. 182.

⁶⁸ AMARAL, 2002, p. 86-87.

devida recomposição para atingir as condições iniciais da relação jurídica estabelecida.⁶⁹

Logo, a importância de que seja estabelecida a equação econômico-financeira, nos contratos de concessões, concerne no sentido de que as contratações administrativas têm analisado assegurar aos particulares a estabilidade na base econômica dos contratos, em caso de eventos que possam ocorrer durante a vigência contratual. Outrossim, a tutela do equilíbrio contratual desenvolveu-se em contrapeso as prerrogativas da Administração em realizar alteração do contrato de forma unilateral, porém na atualidade a análise do equilíbrio econômico-financeiro não se restringe neste motivo, tendo em vista que as concessões realizadas prezam pela eficiência do objeto do contrato, atribuindo à tutela do equilíbrio contratual também a abrangência sobre a análise da alocação dos riscos do contrato.⁷⁰

Considerando-se os riscos sobre eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis é que se tutela a intangibilidade da equação econômico-financeira na relação contratual. Nesse contexto, Justen Marçal Filho ensina que a composição do equilíbrio econômico-financeiro, não se constitui somente da remuneração do concessionário, porém contempla suas circunstâncias no aspecto patrimonial e nos encargos atribuídos para a execução do contrato, a exemplo disso trazido pelo autor são prazos de início, execução e época para liquidação contratual.⁷¹

De modo geral, quanto à análise sobre os riscos envolvidos na realização de negócios, o investidor comum analisará quais as expectativas de produtividade e retorno de seu investimento no capital da atividade que deseja desenvolver. Entretanto, é certo que o empreendedor ao desenvolver uma atividade tem expectativa de resultados positivos, ou seja, lucrativos, e da mesma forma tem previsão quanto à possibilidade de a atividade não produzir o resultado lucrativo esperado.

Os riscos são analisados perante o cenário econômico, ou seja, os valores de mercado, o montante a se investir no capital de uma determinada atividade, bem como a utilidade da atividade a ser desenvolvida, para se obter uma análise de mercado de

⁶⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**: (interpretação da Lei 8.666/1993). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 260.

⁷⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPS: formação e metodologia para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-90.

⁷¹ JUSTEN FILHO, 2009, p. 746.

consumidores. Assim, poderá ter um mínimo de base para planejamento do negócio, e de igual modo se estudar como a atividade se desenvolverá na economia do país, o qual durante o exercício da atividade pode gerar instabilidade com reflexo na gestão da atividade empresarial, e tornar-se um risco para aquele negócio que não possuir planejamento de administração sobre eventuais alterações econômicas no mercado.

Contudo, o risco avaliado pelo empreendedor comum não é o mesmo assumido pelo concessionário, tendo em vista o campo de atuação empresarial que ambos são incluídos, pois aquele se submete ao mercado de livre concorrência e iniciativa, enquanto o segundo atua conforme os parâmetros básicos ditados pela Administração, para o exercício do serviço público. Distinguem-se também quanto aos interesses destes empreendedores, pois o empresário comum não tem como objetivo imediato o interesse coletivo, enquanto o concessionário, com autonomia relativa, deverá se pautar no interesse público para sua gestão nos serviços públicos, e por esse motivo sua remuneração não se fixa exclusivamente pelo mercado.⁷²

Desta forma, os riscos apresentam-se de forma relevante nas concessões, pois a Administração estabelece o objeto e parâmetros em que exige a prestação do serviço público. No entanto, o concessionário prestará o serviço público a partir de sua própria direção de exploração da atividade empresarial privada com estimativa de remuneração, sendo assim assumidos pelo particular no decorrer da execução do contrato os riscos do negócio da atividade desenvolvida.⁷³

Neste aspecto econômico-financeiro, os contratos de concessões têm sido atingidos, visto que além de serem contratos complexos sujeitos a longos prazos e diversos eventos, passam por longo período do procedimento licitatório ao início da execução do contrato. Dessa forma, o contexto econômico, que outrora fora realizada a proposta, pode passar por instabilidade, e trazer dificuldades para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado.⁷⁴

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 333.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre a equação econômico-financeiro das concessões de serviço público: a questão da TIR. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 413.

⁷⁴ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 116-117.

Nas concessões, os riscos são inerentes a contratação e conceituado como a possibilidade da ocorrência de eventos futuros que possam gerar efeitos negativos ou positivos, atribuindo responsabilidade às partes do contrato de concessão sobre o risco assumido.⁷⁵

A classificação de riscos contratuais apontada pela doutrina⁷⁶ abrange riscos ordinários e extraordinários.

Os riscos ordinários consideram-se aqueles eventos que são previsíveis e calculáveis que ocorrem a partir de que o empresário se insere no mercado. Enquanto os riscos extraordinários são eventos supervenientes que não foram previstos à época da contratação e geram consequências incalculáveis na relação jurídica estabelecida.⁷⁷

A partir da classificação dos riscos envolvidos na concessão de serviços públicos, passam-se analisar quais são seus aspectos e reflexos na relação jurídica destes contratos. Do mesmo modo, como o desequilíbrio da equação econômico-financeiro acarretará responsabilidade tanto ao concedente como ao concessionário.

3.2 A RESPONSABILIDADE DO CONCESSIONÁRIO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Ao obter a concessão do serviço público, o particular terá como responsabilidade desenvolver a prestação do serviço público, bem como tomar decisões pautados no interesse público, assim surgem responsabilidades legais, e aquelas decorrentes das obrigações assumidas com a Administração. Nas responsabilidades contratuais ao longo do entendimento doutrinário e jurisprudencial adotou-se a aplicação de teorias na tentativa de adequar-se aos impasses provocados pelos riscos durante a vigência dos contratos administrativos.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, 2016, p. 411.

⁷⁶ DI PIETRO, 2015, p. 324 e JUSTEN, 2015, p. 528-532.

⁷⁷ NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 17, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=18&artigo=825>>. Acesso em 17 ago. 2017.

Desta forma é viável demonstrar a responsabilidade que deverá ser assumida pelo concessionário ao conseguir a concessão da prestação do serviço público.

3.2.1 Risco ou Álea Ordinária

O risco ordinário é atribuído como responsabilidade ao concessionário, pois corresponde a normalidade envolvida nos negócios empresariais, ou seja, há previsibilidade das circunstâncias econômicas que determinada prestação do serviço público estará submetida.⁷⁸

Por essa razão, o equilíbrio econômico-financeiro não abrange a álea ordinária, o qual se inclui a possibilidade de resultados prejudiciais decorrentes da estimativa que o particular esperou da captação e manutenção de usuários do serviço, bem como não sejam alcançados os proveitos desejados das fontes alternativas de receita.⁷⁹

Ainda complementa José Anacleto Abuch Santos que os erros cometidos pelo concessionário na elaboração da proposta também podem integrar responsabilidade da álea ordinária e exemplifica que

por força do princípio da isonomia, do princípio licitatório e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como da proposta formulada na licitação, o prejuízo resultante de um erro na formulação da proposta em relação à tarifa a ser cobrada do usuário ou ao preço a ser cobrado do Poder Público pela execução do contrato deve, em princípio, ser absorvida pela estrutura financeira do concessionário.⁸⁰

Logo, se o concessionário não conseguir dar continuidade na execução da concessão, a consequência será a rescisão da concessão e aplicação de penalidades contratuais.⁸¹

Ademais, a Lei n. 8.987/95 apresenta um rol no artigo 31, incisos I ao VIII, sobre os encargos do concessionário ao assumir a prestação do serviço público. Todavia,

⁷⁸ DI PIETRO, 2015, p. 324.

⁷⁹ MELLO, 2015, p. 766-767.

⁸⁰ SANTOS, 2002, p. 156.

⁸¹ SANTOS, loc. cit.

não se trata de um rol exaustivo, mas como principais deveres referentes às condutas do concessionário durante a vigência, além daqueles deveres construídos na doutrina.⁸²

A concessão do serviço público atribui ao concessionário o dever de realizar de forma adequada, bem como manter o serviço público nestes padrões durante a vigência contratual. Nesse ponto, o concessionário deverá observar as normas e técnicas para o cumprimento de seu dever e manter o serviço público nos termos objetivos em que for exigido pela Administração.⁸³

Para cumprir com a prestação de serviço adequado, constante no artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.987/95, o concessionário deve realizar uma administração em constante busca de desenvolvimento de técnicas para prestação do serviço.

Entretanto, na escolha das técnicas utilizadas pelo concessionário com intuito de cumprir seus deveres na concessão, que não produzam resultado esperado, não se atribuirá responsabilidade à Administração quanto ao pagamento de eventuais indenizações.⁸⁴ Assim, entende-se que o exercício do serviço público é por conta e risco do concessionário, e suas condutas de gestão abrangem a álea ordinária.⁸⁵

Nesse ponto de vista, Justen Marçal Filho ressalta que os resultados da exploração da atividade não se relacionam com a equação econômico-financeira, o qual não enseja desequilíbrio na relação e não pode ser motivo de eventual recomposição pela Administração.⁸⁶

Ao concessionário também é atribuído o dever de conservar os bens vinculados à prestação do serviço público, independentemente de estarem na posse do concessionário, visto que deve manter-se a integralidade dos bens para a contínua prestação do serviço concedido.⁸⁷

Ainda no que tange à conservação dos bens vinculados à prestação do serviço, há disposição para a obrigação de o concessionário realizar seguros destes bens. O contrato de seguro será analisado para a formação da equação econômica, quando devidamente comprovado, e ocorre para que haja possibilidade do concessionário

⁸² JUSTEN FILHO, 2003, p. 505.

⁸³ Ibid., p. 506.

⁸⁴ SANTOS, 2002., p. 157-158.

⁸⁵ DI PIETRO, 2015, p. 324.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, 2015, p. 528.

⁸⁷ Id., 2003, p. 508-510.

transferir os riscos danosos destes bens a um terceiro, pois se não realizado o seguro a responsabilidade será atribuído ao concessionário como parte de álea ordinária.⁸⁸

Entretanto, como o seguro destes bens tem por finalidade garantir a continuidade da prestação do serviço, caso seja o concessionário capaz de assumir encargos de tais riscos danosos aos bens e não atinja a prestação serviço, poderá se avaliar pelo critério de razoabilidade para se realizar seguro somente de bens mais suscetíveis a danos.⁸⁹

3.3 A RESPONSABILIDADE DO PODER CONCEDENTE NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A Administração Pública possui o dever de estabelecer nas concessões as obrigações a serem cumpridas pelas partes, e de igual modo durante a execução do contrato praticar a observância das cláusulas inicialmente pactuadas.⁹⁰

Desta maneira, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt leciona que para que haja o controle e fiscalização das disposições contratuais, alguns serviços públicos, como por exemplo, serviço de telecomunicações, tem sua prestação controlada pelas agências reguladoras, garantindo-se assim evitar prejuízos à coletividade decorrente de influências políticas nas decisões tomadas durante a vigência das concessões.⁹¹

Ainda, o professor entende que às agências reguladoras são atribuídas funções de responsabilidades exercidas pelo poder concedente nas concessões, entre os quais a definição do valor da tarifa e sua revisão ou reajuste, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários.⁹²

Sendo assim, as reclamações referentes ao serviço prestado pelo concessionário também servem de base para impulsionar o dever, previsto no artigo 29, inciso VII, da Lei nº 8.987/95, à concedente ou a agência reguladora para iniciar

⁸⁸ JUSTEN FILHO, 2003, p. 508-510.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, loc. cit.

⁹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 1995. p. 135.

⁹¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 56.

⁹² Ibid., p. 57.

averiguação se prestação do serviço público tem atendido as disposições regulamentares e contratuais.⁹³

Por outro lado, há o posicionamento de Justen Marçal Filho em que é preciso ao afirmar a impossibilidade da titularidade integral pelas agências reguladoras sobre as competências atribuídas ao poder concedente, tendo em vista a natureza legislativa de algumas competências privativas do poder concedente.⁹⁴

Ainda assim, independente da presença do poder concedente ou agência reguladora, o que se verifica é que quando se forem partes nas concessões lhe são atribuídas responsabilidades, tendo em vista a noção de que na relação jurídica da concessão, o poder concedente tem atuação para atender ao bem comum, sua posição jurídica apresentará conteúdo com base nas regras e princípios administrativos.⁹⁵

Assim, a Lei nº 8.987/95 no artigo 29 elencou os encargos do poder concedente durante a vigência da concessão, os quais se relacionam com as prerrogativas da Administração na relação jurídica. Diante disso, verifica-se que se trata de atribuições de deveres-poderes à Administração.

Nesse termo de dever-poder, a interpretação extraída é que a Administração com o objetivo de obter uma concessão que atenda ao interesses públicos terá deveres a praticar e ao cumpri-los utiliza-se de suas prerrogativas, os quais são indisponíveis.⁹⁶

Além disso, o dever-poder do concedente torna-se essencial para que haja eficaz controle sobre o concessionário, pois os encargos atribuídos são como mecanismos que devem ser usados de modo coerente com o objetivo de evitar nocividades ao serviço público.⁹⁷

Os encargos do concedente não se limitam somente nas disposições legais do regime das concessões, tendo em vista que foram dispostos de forma exemplificativas, sendo assim apresentados também deveres implícitos, os quais não precisam estar expressos contratualmente ou legalmente, uma vez que já são próprios da concessão.⁹⁸

⁹³ BLANCHET, 1995, p. 138.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, 2003, p. 294.

⁹⁵ Ibid., p. 424.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-45.

⁹⁷ BITTENCOURT, 2006, p. 63.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 434.

Em análise dos deveres que inadimplidos trazem reflexos ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, pode citar-se o dever de assegurar a remuneração apropriada ao concessionário, realizar os pagamentos pactuados como nos casos de fixação de subsídios, e o dever de garantir o justo preço dos bens que o concessionário investiu para a prestação do serviço público e ao final do prazo da concessão não conseguiu concluir a amortização. Os deveres de cunho patrimonial atribuídos ao concedente são essenciais para a relação jurídica estabelecida, pois a remuneração e o investimento do concessionário são as expectativas sobre a exploração econômica e o desenvolvimento da atividade a ser realizada, caso não seja cumprido este deveres não haverá como manter a prestação do serviço público, com encargos financeiros e econômicos a serem suportados exclusivamente pelo concessionário, o qual sendo prejudicado terá o direito de recorrer sobre perdas e danos.⁹⁹

3.3.1 Risco ou Álea Extraordinária

Diversamente da álea anteriormente analisada, a álea extraordinária é entendida como probabilidade de um evento imprevisível que afete os termos da contratação, o qual a responsabilidade, em regra, não será atribuída ao concessionário.¹⁰⁰

No direito argentino, a doutrina reconheceu que o contrato administrativo não pode ser tratado com rigidez nas cláusulas financeiras devido às instabilidades que começam a surgir na economia. Com isso, o risco imprevisível é admitido como eventos não previstos pelas partes na contratação e quando materializado, gera possibilidade do concessionário requer indenização ou compensação à Administração, se reconhecido que a circunstâncias causaram danos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁰¹.

⁹⁹ JUSTEN, 2003, p. 435-439.

¹⁰⁰ DI PIETRO, 2008, p. 99.

¹⁰¹ SALOMONI, Jorge. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 383-384.

A responsabilidade sobre a álea extraordinária tem sido atribuída ao poder concedente, o qual deverá realizar reequilíbrio econômico-financeiro atingido pelo evento imprevisível, tendo em vista a tutela constitucional da equação econômico-financeira prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.¹⁰²

O risco ou álea extraordinária é abrangida pela álea administrativa, álea econômica, e caso fortuito ou força maior tutelada através da teoria da imprevisão.¹⁰³

3.3.2 Risco ou Álea Administrativa

Na relação jurídica desenvolvida na concessão, o risco de alterações das condições estabelecidas inicialmente também pode ser decorrente da atuação do próprio poder concedente ou do ato de alguma autoridade pública que reflita no aspecto econômico-financeiro do contrato.¹⁰⁴

Sendo assim, a álea administrativa se faz presente através da alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da administração, com suas respectivas reflexões na relação jurídica firmada.

3.3.2.1 Alteração Unilateral

O concedente, como já analisado nas prerrogativas da Administração, detém o poder de alterar unilateralmente as disposições regulamentares da concessão, o qual ao concessionário será submetido a cumprir com as modificações realizadas, desde que a alteração observe a manutenção da equação econômico-financeira, pois ao contrário será reservado ao concessionário o direito a recomposição do equilíbrio contratual, conforme artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.987/95.¹⁰⁵

¹⁰² DI PIETRO, 2015, p. 324.

¹⁰³ Id., 2008, p. 98-99.

¹⁰⁴ Ibid., p. 100, e MELLO, 2015, p. 663.

¹⁰⁵ MELLO, 2015, p. 754.

A recomposição deve ser de forma simultânea a alteração, tendo em vista sua finalidade de manter o respeito aos direitos subjetivos dos usuários e concessionários, e o cumprimento das normas que regem a concessão de serviço público. Ainda, considera-se a manutenção da equação econômico-financeira fundamental para estabelecer as condições de alterações que podem ser realizadas nos contratos de concessões, pois caso haja modificação unilateral causadora de desequilíbrio que não seja restabelecido, haverá reflexo nos projetos de investimento pelo concessionário podendo ocasionar uma concessão deficiente e gerar sua extinção pela impossibilidade de execução.¹⁰⁶

3.3.2.2 Fato do Príncipe e Fato da Administração

A teoria do fato do príncipe é adotada por Jean Rivero como atos de medida geral ou do uso da prerrogativa unilateral do poder público quando for parte da relação jurídica, e que causem reflexos na execução do contrato. Nesse caso, haveria a aplicação da teoria para responsabilizar o contratante pelos encargos que causassem prejuízo ao cumprimento do contrato.¹⁰⁷

Desta forma, verifica-se que o autor ao interpretar a teoria do fato do príncipe não apresenta distinção quanto ao fato da administração, pois esta é incluída na aplicação da primeira teoria quando exista ato geral do poder público, contratante na relação, que agrave o cumprimento das condições inicialmente estabelecidas.¹⁰⁸

Sendo assim, atos que decorram de autoridade pública externa à relação não poderiam ser considerados para responsabilizar o contratante, sendo a situação tutelado pela teoria da imprevisão.¹⁰⁹

No direito brasileiro, os doutrinadores divergem no entendimento quanto à responsabilidade que surge das teorias do fato do príncipe e fato da administração, visto que estes fatos decorrem de atos distintos.

¹⁰⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 383-385.

¹⁰⁷ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 149.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, 2008, p. 540-541.

¹⁰⁹ RIVERO, 1981, p. 149.

A distinção destes fatos para Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁰ se justifica pelo fato do príncipe ser ato lícito que repercute no contrato, de modo a onerar o particular ou a economia do contrato, e que ainda assim gerará para a Administração o dever de indenização, ao passo que o fato da Administração é o ato irregular, praticado pela própria parte contratante, quanto às suas obrigações, gerando o dever indenizatório dos prejuízos ocorridos.

A posição adotada por Marçal Justen Filho¹¹¹ e José dos Santos Carvalho Filho¹¹² é que ocorrerá a aplicação da teoria do fato do príncipe diferente da doutrina francesa, pois independe que o ato gerador da onerosidade ao concessionário seja proveniente da mesma pessoa jurídica que configurou como parte na relação contratual, devido às alterações onerosas que o fato do príncipe pode gerar no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Entretanto, esses doutrinadores diferem nas consequências de cada teoria. O primeiro autor defende por responsabilizar a Administração ao pagamento de indenização ao concessionário que tenha prejuízos oriundos do fato do príncipe ou fato da administração, em razão de não se poder compelir ao concessionário a execução do contrato sob consequências onerosas da modificação contratual oriundos destes fatos.¹¹³ Enquanto que José dos Santos Carvalho Filho entende que pelo fato do príncipe, o concessionário terá o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro através da revisão, e nos casos de ocorrência de fato da administração será responsabilidade da Administração indenizar o concessionário pelos prejuízos ocasionado por este fato.¹¹⁴

De outro ponto de vista, há posicionamento para atribuir responsabilidade à Administração quanto à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sobre eventuais prejuízos do concessionário resultante do fato do príncipe ou do fato da administração.¹¹⁵

O fato do príncipe pode ser admitido como aquele ato emanado de autoridade pública, que atua não somente como parte da relação jurídica estabelecida, e por consequência esse ato cria ônus excessivos, ainda que de modo indireto, ao

¹¹⁰ MELLO, 2015, 664-667.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, 2015, p. 531.

¹¹² 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.

¹¹³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 531-537.

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 211.

¹¹⁵ DI PIETRO, 2008, p. 105.

concessionário que afeta seu equilíbrio econômico-financeiro para a execução do objeto do contrato administrativo.¹¹⁶

A responsabilidade pelas consequências do fato do príncipe é imputada de forma objetiva ao poder concedente, tendo em vista que os atos gerais da Administração não podem criar encargos que desequilibrem a equação econômico-financeira do concessionário, ainda que haja interesse coletivo como fundamento do ato. Considerando a partilha dos encargos públicos, há desproporcionalidade do concessionário suportar a modificação de seu equilíbrio econômico-financeiro, em prol da coletividade em decorrência de um ato geral que agrave a execução do contrato.¹¹⁷ Desta forma, sendo o concessionário afetado pelo fato do príncipe poderá requerer revisão das cláusulas financeiras à Administração, como nos casos do artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.987/95¹¹⁸ em razão do princípio de equidade.¹¹⁹

Em relação ao fato da administração, reputa-se aquele ato praticado pelo contratante, o qual viola os direitos do contratado, e por consequência prejudica a execução do objeto da concessão.¹²⁰ Quando ocorrido o fato da administração, faz surgir ao concessionário o direito de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro,¹²¹ em razão do concessionário não conseguir prever quais os fatos da administração pode ocorrer durante a vigência do contrato ao pactuar a concessão.

O direito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ao concessionário é medida que se impõe, tendo em vista que este não pode suspender a execução contratual com fundamento no fato da administração. Assim, embora a Administração possa realizar atos que impliquem na modificação das condições estabelecidas ou não cumpra com seus deveres estabelecidos, não será aplicável a teoria do *exceptio non adimpleti contractus* para suspender a execução do contrato, em benefício do concessionário, em razão de que nas concessões, deve se contemplar a

¹¹⁶ DI PIETRO, 2008, p. 99-100.

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 253-254.

¹¹⁸ [...] 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. BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1997. 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 República Federativa do Brasil**. Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

¹¹⁹ DI PIETRO, loc. cit.

¹²⁰ MELLO, 2015, p. 667.

¹²¹ DI PIETRO, loc. cit.

continuidade da prestação do serviço público. Apesar disto, como forma de recomposição, o concessionário impedido de realizar a execução do contrato, poderá requerer rescisão do contrato, nos termos do artigo 39, da Lei n. 8.987/95, e indenização por perdas e danos causados pelo fato da administração.¹²²

O artigo 39, parágrafo único, da Lei n. 8.987/95, veda que o serviço público seja interrompido até decisão transitada em julgado. Entretanto, o dispositivo não pode ser aplicado a rigor, sem análise dos danos irreparáveis que podem ser causados ao empreendimento do concessionário na continuidade da prestação do serviço público em posição de desequilíbrio econômico-financeiro. Desta forma, sendo possível o requerimento pelo concessionário de medidas acautelatórias para interrupção do serviço público antes do trânsito em julgado da decisão.¹²³

3.3.3 Risco ou Álea Econômica

Os contratos de concessões também estão sujeitos a álea econômica, devido tratar de contrato com execução por longo período e dependente da viabilidade econômica, sujeito a várias alterações no campo econômico. Assim, José Anacleto Abduch Santos conceitua como evento da álea econômica aquele evento imprevisível, que ocorre de forma externa e indiferente da vontade das partes do contrato. Distinguindo-se ainda a possibilidade da ocorrência de álea econômica ordinária ou extraordinária, sendo a primeira decorrente de variação inflacionária, que pode ser prevista sua variação através de indicadores econômicos, sendo tutelada pela álea ordinária, enquanto a álea econômica extraordinária não tem a possibilidade de obter cálculo sobre o risco ou variação devido sua imprevisibilidade pelas partes.¹²⁴

Então, quanto à álea econômica extraordinária, a doutrina pátria se apoiou na decisão do Conselho de Estado Francês, no caso de *Gaz de Bordeuax* em 1916, o

¹²² DI PIETRO, 2008, p. 102-103.

¹²³ DI PIETRO, loc. cit.

¹²⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos:** formação e controle interno da execução com particularidade dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 213.

qual ocorreu aplicação da teoria da imprevisão, para que não somente o concessionário arcasse com prejuízos decorrente da álea econômica.¹²⁵

A teoria da imprevisão visa que haja revisão do contrato, para que seja possível a continuidade da prestação do serviço público sem prejuízo econômico das partes. É aplicada através da cláusula denominada *rebus sic standibus*, quando comprovada o desequilíbrio econômico-financeiro na concessão devido aos fatos imprevistos de ordem econômica.¹²⁶

A partir da aplicação da teoria da imprevisão, tem se analisado que uma vez que o contrato é revisto devido alguma circunstância imprevista se torna menos oneroso do que realizar sua extinção, em especial nos contratos de concessões de serviço público que possui interesse voltado à estabilidade do contrato a fim de atender as demandas sociais.¹²⁷

Considerando que a teoria da imprevisão tem possibilitado a revisão das cláusulas financeiras, para que seja restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro, a Administração não responderá de forma integral pelo evento da álea econômica extraordinária. Haverá a partilha entre o concedente e o concessionário sobre as consequências do prejuízo do evento imprevisível, alheio à vontade das partes e inevitável devido sua ocorrência não ser causado por responsabilidade de nenhuma das partes.¹²⁸

Contudo, há quem entenda que quando houver o desequilíbrio da relação, que ensejar a aplicação da teoria da imprevisão, a preferência inicial será de indenizar ao concessionário sem as alterações de imediato nas cláusulas financeiras, ou após a impossibilidade de composição da indenização entre as partes, optar pela decisão do magistrado, que avaliará os prejuízos do evento imprevisível e partilhar entre as partes.¹²⁹

3.3.4 Causas de força maior, caso fortuito e sujeições imprevistas

¹²⁵ MELLO, 2015, p. 671.

¹²⁶ MEIRELLES, 2006, p. 250-251.

¹²⁷ GARCIA, 2016, p. 113.

¹²⁸ DI PIETRO, 2008, p. 105.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, 2003, p. 386-387.

Considera-se força maior e caso fortuito quando com imprevisibilidade e inevitabilidade, decorrentes de evento da natureza ou do ser humano, o qual as partes não conseguem cumprir com as obrigações do contrato, devido estes eventos tornar o cumprimento inexecutável. Desta forma, não se pode exigir de alguma das partes o cumprimento das obrigações quando presente tais eventos, pois afetaria a comutatividade do contrato, gerando encargos excessivos em relação a uma parte enquanto a outra que não fosse afetada em sua obrigação se beneficiaria da situação. Sendo a consequência dos eventos de causas de força maior e caso fortuito às partes a possibilidade de requerer a rescisão do contrato, sem responder pela inexecução das obrigações contratuais.¹³⁰

Por outro lado, os fatos imprevistos¹³¹ ou sujeições imprevistas não impedem a execução, porém criam embaraços para o desenvolvimento da execução, de modo que para não ocorrer desequilíbrio econômico-financeiro, é necessária a recomposição dos preços e dilação de prazo do contrato administrativo.¹³²

Em contraposição, há entendimento de que uma vez que ocorrer agravos econômicos do contrato decorrente da sujeição imprevista, que altere as condições inicialmente estabelecidas, será devido indenização integral em relação aos prejuízos causados ao contratado devido ao surgimento do encargo não pactuado inicialmente.¹³³

¹³⁰ MEIRELLES, 2006, p. 252.

¹³¹ Denominação adotada por Maria Silva Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo.

¹³² MEIRELLES, op. cit., p. 257.

¹³³ MELLO, 2015, p. 664-665.

4 AS FORMAS DE MANUTENÇÃO OU RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

4.1 A PARTILHA DE RISCOS NAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As concessões de serviço público apresentam nas relações estabelecidas a viabilidade jurídica, econômica, social e tecnológica, áreas das quais se faz presente o risco de suas atividades. Assim, devido à importância da prestação do serviço público, a partilha de risco tornou-se essencial para que haja possibilidade de evitar ou diminuir conflitos nos custos da concessão. Isto por consequência traz maior segurança e incentivo ao projeto do concessionário, que possui expectativa de lucro na atividade, em virtude do direito a compensação de eventuais prejuízos extraordinários.¹³⁴

No que se refere à análise dos riscos, é importante salientar que não é possível abarcar todas as possibilidades e consequência da ocorrência dos eventos, que podem intervir no contrato das concessões. O particular, que tem interesse em realizar a prestação do serviço público verificará o seu custo-benefício no projeto e providenciará as medidas para aqueles riscos do negócio, que possam aparecer no decorrer da relação, porém não terá objetivo de eliminá-las do contrato, motivo pelo qual incidirão nos custos do projeto do concessionário.¹³⁵

Com isso, Egon Bockmann Moreira disciplina que os contratos de concessões devem observar o estudo do risco através das variáveis endógenas e exógenas, o qual segundo o autor permite o gerenciamento eficiente dos riscos envolvidos na vigência da concessão. As variáveis endógenas analisam a responsabilidade das partes quanto ao objeto da concessão, a definição da influência de desempenho contratual no caso de alterações do conteúdo do contrato, bem como a forma que se dará o processo de reequilíbrio do contrato. Enquanto as variáveis exógenas se relacionam de forma mediata com o contrato de concessão, através da realidade que o contrato de concessão está inserido, pelo qual a forma de minimizar seus efeitos

¹³⁴ MOREIRA, 2010, p. 111.

¹³⁵ Ibid., p. 112-113.

pode ocorrer através de instrumentos, analisados durante o projeto, que delineiam a relação jurídica, pois a inobservância destas variáveis torna os contratos de concessões incompletos e inseguros.¹³⁶

Os riscos assumidos nas concessões comuns de serviço público têm sido tutelados a partir das áleas ordinárias e extraordinárias, econômica e dos casos de força maior, o qual parte da doutrina entende no sentido de que eventual alteração nos contratos decorrente da álea extraordinária também pode ser baseada na aplicação subsidiária do artigo 65, alínea “d”, Lei nº 8.666/93.¹³⁷ Desta forma, a interpretação da legislação que regula as contratações públicas, sempre atribuiu a responsabilidade de cada parte conforme a configuração de cada álea realizada, sendo a álea extraordinária impedida de deslocamento de responsabilidade ao concessionário, devido sua proteção pelo equilíbrio econômico-financeiro.¹³⁸

Diferentemente do que defende Floriano Azevedo Marques Neto, no estudo sobre as concessões, ao afirmar que partilha dos riscos e responsabilidades devem ser definidos pelo contrato de concessões de serviço público e não somente pela norma legal, a qual há aplicação genérica. Enquanto que a partilha no contrato considera o caso concreto e a repercussão dos interesses envolvidos, ao analisar a parte que tem competência de gerir com eficiência a prevenção ou consequências dos riscos assumidos no contrato¹³⁹.

Com o advento da Lei nº 11.079/04 que dispõe sobre as Parcerias Público-Privadas (PPP), o artigo 4º, inciso VI e artigo 5º, inciso III apresentam diferencial quanto à repartição objetiva dos riscos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária assumida pelas partes.

Esses dispositivos despertaram entendimentos desfavoráveis para sua aplicação integral, devido constar a possibilidade de partilha dos riscos na ocorrência do fato do príncipe. Como já analisado, o fato do príncipe atribui responsabilidade objetiva, não sendo possível excluí-la por lei ordinária. Posto isso, compreende-se que parte da doutrina entende por aplicar a partilha dos riscos na concessão, quando os fatos decorrerem independentemente da vontade das partes, ou seja, somente se aplicará a repartição nos casos de força maior e álea econômica extraordinária.¹⁴⁰

¹³⁶ MOREIRA, 2010, p. 129.

¹³⁷ DI PIETRO, 2008, p. 105. No mesmo entendimento: JUSTEN FILHO, 2015, p.766.

¹³⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012b. p. 304.

¹³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.184.

¹⁴⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 155. Segue no mesmo entendimento: MELLO, 2015, p. 805-806.

Embora parte da doutrina entenda pela inconstitucionalidade da alocação do fato do príncipe ao particular, o dispositivo legal não infringe a Constituição Federal, que por sua vez não impôs o modo de alocação do risco, mas assegura que sejam mantidas as condições efetivas da proposta na contratação. Nessa lógica, a fim de gerar maior eficiência econômica nas concessões, há possibilidade das partes realizarem a alocação do risco decorrente do fato do príncipe ao particular, o qual na formulação da proposta incluirá a assunção do risco, bem como por consequência à Administração não haverá responsabilidade indenizatória decorrente do fato do príncipe.¹⁴¹

Ademais, a Lei nº 11.079/04 traz a partilha objetiva de risco como cláusula essencial nos contratos de parcerias público-privada. A distribuição dos riscos não visa somente que haja divisão igualitária de riscos entre as partes, mas que a partilha de riscos na parceria público-privada refira-se atribuir a algum parceiro, público ou privado, a responsabilidade total ou parcial sobre o risco assumido, desde que haja a análise financeira de quem tem maior capacidade para receber a atribuição de tal risco.¹⁴²

Considera-se também que a legislação, impôs a alocação eficiente de riscos, o qual é o detalhamento na matriz de risco utilizando-se da análise de capacidade de cada parte para atribuí-la a responsabilidade do risco. Com o cumprimento da alocação eficiente dos riscos, se possibilitará que as partes adquiram conhecimento sobre abrangência dos riscos assumidos e que possam refletir na concessão, bem como que a responsabilidade seja atribuída à parte capaz de realizar atos preventivos da concretização dos riscos de forma mais econômica.¹⁴³

Isso resta demonstrado nas práticas contratuais, de modo a exemplificar, como ocorreu na concessão administrativa para construção e operação de serviços não clínicos de unidade hospitalar na Bahia¹⁴⁴. No Capítulo Quarto do contrato, que trata

¹⁴¹ FLEURY, Felipe. **A Repartição dos Riscos e o Reequilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, Belo Horizonte, n. 62, p. 04-08, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239463>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁴² GUIMARÃES, 2012b, p. 296-297.

¹⁴³ Id., 2016, p. 97.

¹⁴⁴ SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA. **Concessão administrativa para construção e operação de serviços não assistenciais de unidade hospitalar do estado da Bahia**. p. 54-58. Disponível em: < http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2017/12/Minuta-Contrato-de-Concessao_121217_Versao-Original.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018. (Ver anexo I)

da equação econômico-financeira, verifica-se no item 16 a alocação dos riscos para as partes.

No contrato foi realizada a alocação eficiente dos riscos da concessão, sendo atribuída parte dos riscos extraordinários ao particular, ou seja, aqueles decorrentes de eventos imprevisíveis que se materializados deverão ser assumidos pelo parceiro-privado.

Pode se analisar que o parceiro-privado se responsabilizou pela álea extraordinária, desde que nos parâmetros estabelecidos pela matriz de risco delineada no contrato. E por outro lado, em razão da matriz não aplicar repartição igualitária dos riscos, mas de acordo com a capacidade das partes, o parceiro-público assumiu responsabilidade pela álea extraordinária, e somente responderá quando o parceiro-privado não apresentar condições de gerenciar o risco, como por exemplo, no contrato em questão, os bens suscetíveis a caso fortuito ou força maior, que não há possibilidade de seguro, ou seja, materializado este risco caberá à Administração a responsabilidade de reequilíbrio contratual.

Logo, a partilha de riscos resultará em minimizar a ausência de informações contidas no contrato de concessões, embora não haja possibilidade de expandir ao máximo da alocação de riscos, devido sua natureza de imprevisibilidade de suas consequências em cada caso, pois elevaria os custos da transação com o Poder Público. Contudo, uma vez que realizado a alocação de riscos entre os parceiros público e privado, haverá resultados positivos na contratação, tendo em vista que diminuirá a chance de condutas oportunistas pelas partes. Também reflete na materialização do risco, tendo em vista que se a responsabilidade estiver alocada contratualmente *ex ante*, não haverá necessidade de litígios judiciais atribuindo uma alocação de riscos *ex post* ao Poder Judiciário, que realizaria alocação às partes de forma jurídica, carente de habilidade técnicas econômicas para julgamento do caso de materialização do risco não alocado contratualmente.¹⁴⁵

Considerando que embora haja repartição objetiva dos riscos caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, não há possibilidade de delimitar a abrangência e consequências decorrente dos riscos assumidos na contratação nas parcerias público-privada, surge então o questionamento sobre a forma da tutela que se dará naqueles contratos da parcerias público-privadas em que

¹⁴⁵ GUIMARÃES, 2016, p. 92-94.

não forem realizados a alocação objetiva de riscos às partes e posteriormente estes riscos sejam materializados. Nesse sentido, Fernando Vernalha Guimarães traz seu posicionamento sobre a questão e disciplina que na ausência de alocação dos riscos na contratação, haverá a necessidade de análise do caso concreto, pois ao realizar a concessão do serviço público deve verificar-se a autonomia do parceiro-privado, e analisar se o risco materializado estava inserido nesta autonomia, para assim a responsabilidade ser aplicada conforme a álea ordinária. Caso contrário, o professor citado posiciona-se pelo sentido de aplicação da teoria da imprevisão de forma subsidiária para o contrato quanto à partilha dos riscos extraordinários.¹⁴⁶

Nessa perspectiva, compreende-se que a matriz de risco visa alocar riscos a fim de prevenir conflitos futuros quanto a responsabilidades das partes, porém há de considerar sua estreita relação com o equilíbrio econômico-financeiro. Deste modo, não pode atribuir a matriz caráter estático e absoluto, pois os contratos de concessão envolvem perspectivas dinâmicas e flexíveis. Portanto, se não ocorrer alocação do risco, e seus efeitos forem materializados onerando de forma excessiva a continuidade da execução do contrato, deve-se aplicar a alternativa que atenda melhor ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁴⁷.

4.2 O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Como tem se analisado a relação jurídica estabelecida nas concessões tem vários aspectos, que dependem de observação para a adequada execução desses contratos de longo prazo. Para isto, a equação econômico-financeira, como já visto, é essencial para o equilíbrio entre os encargos e compensações atribuídas às partes, tendo em vista os elementos que podem refletir na economia e no resultado da atividade objeto do contrato.¹⁴⁸

Para que haja o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessões, há mecanismos que podem ser previstos a fim de que durante a vigência da

¹⁴⁶ GUIMARÃES, 2012b, p. 309-311.

¹⁴⁷ GARCIA, 2016, p. 115-123.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, 2003, p. 387-388.

concessão sejam utilizados para a manutenção ou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A doutrina brasileira indica, entre outras formas de reequilíbrio, o reajuste e a revisão (recomposição de preços) como institutos que servem de reequilíbrio da equação econômico-financeira,¹⁴⁹ o qual se passa a análise.

4.2.1 Reajuste

A Lei nº 8.987/95 prevê que o reajuste deve ser previsto no edital de licitação, também no contrato, que atribui ao concedente realizar sua homologação quando necessário. O reajuste é forma de indexação de preços do contrato, o qual se submete a variação conforme o índice fixado.¹⁵⁰

O objetivo do reajuste é reequilibrar a equação econômico-financeira que é atingida pela inflação, e assim garantir o poder aquisitivo da moeda. No entanto, o reajuste deve ser analisado com base na álea ordinária, vez que o concessionário tem ciência de preços de mercado e suas variáveis naturais.¹⁵¹

Igualmente, há de considerar que a Lei nº 8.883/94 alterou o artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93 que circunscreve o reajuste, estabelece seja observada a efetiva variação no custo de produção para ocorrer aplicação de reajuste com índices setoriais ou específicos. Significa que a variação no custo atinja realmente a condição do concessionário prestar o serviço público de forma proporcional como havia sido contratado, devido alteração no valor dos insumos, e assim necessário o reajuste para que altere o valor remuneratório do concessionário.¹⁵²

Para se alterar os valores através de reajuste é necessário o prazo de periodicidade superior a um ano, contado da data limite para proposta, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 10.192/01. Devido esse prazo disposto, o concessionário, com garantia ao equilíbrio econômico-financeiro, ficará assegurado pela revisão de preços decorrente de eventos extraordinários que decorram no prazo inferior a um ano.¹⁵³

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, 2003, p. 402-404.

¹⁵⁰ Ibid., p. 403.

¹⁵¹ SANTOS, 2015, p. 219-221.

¹⁵² MELLO, 2015, p. 654-656.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 404.

Em razão de a legislação dispor que o reajuste deve constar expressamente na contratação, José Anacleto Abduch Santos apresenta questionamento quanto à possibilidade da aplicação do reajuste não previsto na contratação. Disciplina o professor, que a ausência de previsão de reajuste, possa ter impedido a participação de outros interessados na licitação que presumiram responsabilizar-se pelas variações inflacionárias, assim por consequência se ao contratado for dado o direito de reajuste não previsto, acarretaria na ofensa ao princípio licitatório e da isonomia.¹⁵⁴

De outra forma, há entendimento pela aplicação de reajuste mesmo que não haja sua previsão, pois o reajuste não modifica o real valor do contrato, mas assegura a preservação do valor da prestação ao concessionário, o qual não pode executar o contrato sob efeitos da inflação que atinge o equilíbrio econômico-financeiro.¹⁵⁵

O poder aquisitivo da moeda também poderá ser garantido no contrato pela atualização financeira, prevista no artigo 40, inciso XIV, alínea c, da Lei nº 8.666/93, porém não pode ser confundida com a aplicação do reajuste, tendo em vista que é aplicada pelo índice geral de preços para que haja a correção do valor de cada prestação desde seu cumprimento até o real pagamento pela Administração.¹⁵⁶ No que tange à distinção entre atualização financeira e reajuste, Carlos Ari Sundfeld exemplifica que

o contrato pode vincular o reajustamento do preço a certo índice e a atualização financeira da prestação a outro. Em um contrato de obras, por exemplo, o preço será reajustado pelo índice setorial da construção civil e a prestação, depois de devidamente apurada, sofrerá atualização por índice geral de preços.¹⁵⁷

Disso resulta que embora haja semelhança dos institutos em razão de suas finalidades de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, os fatores de ocorrência da aplicação da atualização financeira e reajuste são distintos e devem ser observados desde a instituição no edital para que haja efetivos resultados.

¹⁵⁴ SANTOS, 2015, p. 224.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, 2003, p. 155.

¹⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 245-246.

¹⁵⁷ Ibid., p. 246.

Além disso, o reajuste como forma de compensação devido à inflação, também se distingue da correção monetária, visto que esta é imposta para a Administração quando não cumpre com os prazos de pagamento do concessionário, sendo o índice fixado quando ultrapassado a data de vencimento da prestação.¹⁵⁸

Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a distinção entre correção monetária e reajuste ao afirmar que:

ao contrário da correção monetária, em que o valor devido permanece constante, alterando-se apenas a quantidade de moeda que expressa o mesmo valor, no reajuste em consideração ao fato de que alterou o próprio custo da prestação ajustada, aumenta-se o valor do pagamento.¹⁵⁹

Para o autor, a correção e atualização monetária apenas têm variação no número que as configura, sendo devidas pelo concedente quando ocorrido atraso de pagamentos ao concessionário, a fim de evitar que no lapso de tempo entre a prestação do serviço e o pagamento realizado, o concessionário receba valor menor à época da contratação, caso haja a desvalorização da moeda, o que geraria o enriquecimento ilícito da parte concedente. Sendo assim distintos do reajuste, o qual é devido pela variação de valor nos preços dos insumos que integra o preço da prestação.¹⁶⁰

4.2.2 Revisão

A equação econômico-financeira pode ser reequilibrada através da revisão, instituto com maior amplitude do que o reajuste nos contratos de concessão devido suas razões de aplicação. A revisão pode ocorrer de forma periódica ou circunstancial, ou seja, pode ser preestabelecida no contrato a definição da condição a ser aplicada ou para realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado por eventos da álea extraordinária, caso fortuito, força maior.¹⁶¹

¹⁵⁸ SANTOS, 2015, p. 220.

¹⁵⁹ MELLO, 2015, p. 655.

¹⁶⁰ Ibid. 652-653.

¹⁶¹ MOREIRA, 2010, p. 360

Nesse sentido, denota-se que para existir a possibilidade de invocação da revisão, os eventos devem ser imprevisíveis, e quando previsível não for possível o cálculo de suas consequências na execução do contrato. Os eventos passíveis de aplicação da revisão são aqueles já vistos na análise das áleas extraordinárias, sendo eventos considerados de natureza administrativa (alteração unilateral, fato do príncipe ou administração), álea econômica, caso fortuito, força maior e sujeições imprevisas. Quando presente a configuração destes eventos a revisão poderá ser invocada pelas partes para a devida recomposição do equilíbrio econômico-financeiro independentemente de existir sua previsão na contratação do concessionário, em vista da proteção constitucional em manter as condições efetiva da proposta.¹⁶²

A revisão das concessões é prevista no artigo 9º, parágrafos 2º ao 4º, da Lei nº 8.987/95, e considerada complexa devido abranger a análise dos custos previstos na proposta; os custos que tem onerado a parte e a comprovação de eventos extraordinários que geram desequilíbrio entre custos previstos e custos reais.¹⁶³ Por este motivo, ao requerer a revisão do contrato, cabe a parte demonstrar a analiticamente a variação efetiva dos custos dos produtos e mão de obra que envolve o objeto do contrato.¹⁶⁴

Em decorrência da amplitude da revisão em relação ao reajuste, Egon Bockmann Moreira afirma que:

o processo de revisão pode implicar tanto o aumento como o decréscimo do valor da tarifa; a eliminação de subsídios cruzados; o alargamento de prazo do contrato; a alteração da respectiva incidência – tudo a depender do que for examinado e quais as conclusões da Comissão Técnica, cujo trabalho deverão ser avaliados e aprovados pela autoridade competente.¹⁶⁵

Logo, se demonstra que a revisão é distinta do reajuste, não somente pelas consequências de seus resultados, mas também pelos fundamentos e análise de aplicação de cada instituto, visto que o reajuste é baseado na variação de índices inflacionários, enquanto a revisão além de abranger mais hipóteses de incidência,

¹⁶² SANTOS, 2015, p. 235.

¹⁶³ JUSTEN FILHO, 2003, p. 404-405.

¹⁶⁴ SANTOS, op. cit., p. 241-242.

¹⁶⁵ MOREIRA, 2010, p. 360.

deverá demonstrar documentalmente a variação de custos e a necessidade de revisão para recompor o equilíbrio econômico financeiro.¹⁶⁶

4.3 A REPACTUAÇÃO E O EQUILÍBRO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Além do reajuste e revisão serem utilizados para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, o Decreto nº 2.271/97, ao tratar das contratações de serviços pela Administração Pública Federal, dispõe no artigo 5º, a repactuação como procedimento para que os contratos permaneçam adequados aos valores de mercado. A repactuação é a única forma admitida para que seja realizada a recomposição do equilíbrio econômico financeiro, decorrente de variação nos custos de insumos e mão de obra dos contratos de prestação de serviço contínuo, visto que o artigo 4º, inciso I, do Decreto nº 2.271 veda que o contrato apresente índices gerais ou setoriais como o reajuste.¹⁶⁷

Devido à repactuação ter sua origem por decreto, pode ser considerada como uma solução administrativa para estes tipos de contratações em que é inadequado a aplicação de reajuste automático, porém também não há óbice de tratar a repactuação como instituto jurídico, devido os atos da Administração atenderem a legalidade e o regime da repactuação também ser baseado no procedimentos legais de reajuste e revisão.¹⁶⁸

Com objetivo de orientar o procedimento da repactuação, também foi publicada a Instrução Normativa nº 02/08 no artigo 37 ao 41-B, os quais dispõem sobre a forma que deve ser requerida a repactuação, a contagem dos prazos para seu requerimento.¹⁶⁹

Do mesmo modo, adveio a Instrução Normativa 05/17, o qual define, em seu anexo I, a repactuação como

¹⁶⁶ SANTOS, 2015, 241-242.

¹⁶⁷ Ibid., 2015, p. 227.

¹⁶⁸ MOREIRA, Jorge Alexandre. Repactuação de contratos de prestação de serviços de execução continuada. **Advocacia Geral da União**. Brasília, 16 nov. 2012. p. 16-21. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/218294> Acesso em: 14 out. 2017.

¹⁶⁹ SANTOS, op. cit., p. 227.

forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que deve ser utilizada para serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no ato convocatório com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao Acordo ou à Convenção Coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.¹⁷⁰

Neste conceito determinado pela Instrução Normativa 05/17 e do conteúdo de seu artigo 53 e 54, depreende-se que a repactuação é espécie de reajuste. Nesse sentido, é possível afirmar que o reajuste se divide em reajuste (em sentido estrito) e repactuação. Sendo assim, a repactuação e o reajuste são institutos que reequilibram a equação econômico-financeira do contrato decorrente de previsíveis variações de preços dos insumos e salários, porém não se confundem, em razão de suas formas de estipulação e aplicação.

Para a realização da repactuação é necessário a periodicidade de mínima de doze meses, como ocorre no reajuste, porém necessária demonstração analítica da variação de seus custos da mesma forma daquela exigida na revisão.¹⁷¹

Há semelhança ainda entre a repactuação quanto ao reajuste e revisão, no que tange sua formalização, pois conforme artigo 57, parágrafo 4º, da Instrução Normativa 05/17, a repactuação será formalizada igualmente o reajuste através de apostilamento, assim como poderá ser formalizada através de aditamento como na revisão, se coincidir com a prorrogação do contrato.¹⁷²

Contudo, no entendimento do Tribunal de Contas da União, a distinção reside no reajuste (em sentido estrito), o qual é possível a estipulação por índices setoriais ou específicos para serem imediatamente aplicados na ocorrência de desequilíbrio devido à inflação. Enquanto que na repactuação há vedação de estipulação daqueles índices, e assim verificado desequilíbrio será necessário a demonstração analítica dos custos alterados no contrato¹⁷³.

¹⁷⁰ BRASIL. Instrução Normativa nº 5, de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Portal de compras – Governo Federal**. p. 28. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

¹⁷¹ MOREIRA, 2012, p. 21.

¹⁷² SANTOS, 2015, p. 241.

¹⁷³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1>>

4.4 O PRAZO DAS CONCESSÕES E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Na concessão comum, a Lei nº 8.987/95 não dispõe de limite de prazo para vigência dos contratos de concessão comum. Embora não haja disposição de limite e não se aplique de forma subsidiária o artigo 57, da Lei nº 8.666/93, que limita o prazo de vigência nos respectivos créditos orçamentários, nas concessões deve ser fixado prazo determinado ao equivalente para garantir que o concessionário consiga amortizar o capital vinculado a prestação do serviço público, tal como manter sua adequada prestação.¹⁷⁴

A ausência de legislação à limitação do prazo pode ser entendida como forma de que cada ente federado discipline o regime do prazo conforme as características do serviço público que tenha sido concedido.¹⁷⁵ Embora haja oposição a este fundamento, visto que aos entes federados não competem complementar com fixação de prazos a legislação de regime de concessões e permissões, sob pena de usurpar a competência legislativa atribuída à União, há de salientar que enquanto a União não legislar sobre o prazo das concessões, a ausência atribuirá ao poder executivo, ou seja, à Administração Pública, a definição do prazo quando conhecido dos investimentos de que tratam o objeto da concessão.¹⁷⁶

Nessa lógica, se considera que o prazo constitui elemento da equação econômico-financeira e deve ser determinado, pois é pela ciência do prazo de vigência da concessão que o concessionário formulará projetos para investimento, criará seu fluxo de caixa para amortização do capital deste investimento.¹⁷⁷

563%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 04/04/2018. (Ver anexo II)

¹⁷⁴ BLANCHET, 1995, p. 110.

¹⁷⁵ FREITAS, Rafael Vêras de. RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 291-292.

¹⁷⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 49-51.

¹⁷⁷ FREITAS; RIBEIRO, 2016, p. 283.

Diferentemente, nas parcerias público-privadas a Lei nº 11.079/04 previu no artigo 5º, inciso I, que a vigência do contrato deve ocorrer entre cinco e trinta e cinco anos, incluindo as hipóteses de prorrogação. Entende-se que o legislador ao determinar limite na vigência do contrato objetivou evitar que os financiamentos dos projetos, em razão de sua relação com as contraprestações do parceiro-público, incorressem em hiperendividamento estatal.¹⁷⁸

Posto que a concessão, desde o edital, deve conter um prazo determinado, não há óbice para que este prazo seja modificado para aumento ou diminuição da vigência do contrato, tendo em vista que o prazo nas concessões se relaciona com a finalidade do objeto do contrato, o qual se realizado e atingido seu fim, ocorrerá seu término antecipado. De outra forma, pode ocorrer por interesse da Administração, a rescisão do contrato devido o objeto de concessão não possuir mais necessidade de sua prestação.¹⁷⁹

Nas hipóteses em que o contrato de concessão tem seu prazo final antecipado, reflete na equação econômico-financeira, o que será necessário por parte do concedente a análise do montante que o concessionário conseguiu amortizar do investimento, sendo o valor remanescente assegurado ao concessionário o direito de requerer pelo valor que receberia ao prazo final que foi fixado.¹⁸⁰

Em relação ao prazo nas concessões, a Lei nº 8.987/95, no artigo 23, inciso XII, também impõe a necessidade que o contrato de concessão estabeleça os requisitos para a prorrogação do contrato. Além da prorrogação que poderá ocorrer por preenchimento das condições fixadas no contrato, também existe a prorrogação pela ocorrência de eventos supervenientes e imprevisíveis, em ambas as hipóteses o tempo de prorrogação deve ser determinado pelas mesmas razões que devem ser fixadas o prazo inicial do contrato.¹⁸¹

A prorrogação dos contratos administrativos gera reflexões quanto à sua aplicação, em razão dos princípios constitucionais de isonomia, prévia licitação e do atendimento ao interesse público. Inicialmente, a dificuldade de se utilizar a prorrogação contratual nas concessões seria em virtude da semelhança com uma nova contratação direta, que confrontaria com a exigência de licitação disposto no

¹⁷⁸ GUIMARÃES, 2016, p. 51-52.

¹⁷⁹ MOREIRA, 2010, p.131-132.

¹⁸⁰ MELLO, 2015, p. 751.

¹⁸¹ BLANCHET, 1995, p. 111.

artigo 175, da Constituição Federal. Ainda que houvesse a observância do interesse público para a prorrogação do contrato de concessão de serviço público, em favor de um concessionário, por outro lado implicaria na ausência de isonomia para os demais particulares concorrerem à contratação com o concedente.¹⁸²

Nessa perspectiva, vislumbra-se que a prorrogação de concessões deve ser tratada com ponderação, tendo em vista que quando concedida pode gerar incompatibilidades entre princípios. Logo, a prorrogação contratual pode ser realizada para reequilíbrio quando observada a tentativa de harmonizar os interesses e princípios constitucionais. Nesse contexto, afirma Marçal Justen Filho que a prorrogação do contrato de concessões é constitucional, desde que verificado que outras formas de reequilíbrio possam causar abalos ao erário público ou aos usuários do serviço público, sendo a prorrogação a forma menos gravosa de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.¹⁸³

Nesse ponto de vista têm sido proferidas as decisões Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que analisa a possibilidade de prorrogações nos contratos de concessões como forma de reequilíbrio econômico-financeiro:

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos De Declaração. Ação civil pública. Transporte coletivo municipal. Prorrogação da concessão, com o escopo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e amortizar os prejuízos acumulados pelas concessionárias. Dever de indenizar reconhecido em ação julgada por esta câmara. Indenização de elevada monta, que representa onerosidade demasiada aos cofres públicos. Possibilidade de prorrogar. Ponderação dos interesses em jogo. Prevalência do interesse público. Matérias devidamente analisadas [...]. Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2013.057791-0, Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargada: Município de Criciúma e outro. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Florianópolis, 31 de março de 2015.¹⁸⁴

A Segunda Câmara entendeu pela possibilidade da prorrogação do contrato, visto que o pagamento de indenização à concessionária prejudicaria o erário do município em questão. Com o julgamento, a Câmara adotou o posicionamento

¹⁸² JUSTEN FILHO, 1997, p. 270

¹⁸³ Id., 2003, p. 406.

¹⁸⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PMSH0010&nuSeqProcesso=Mv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7898930&pdf=true>>. Acesso em: 14 fev. 2018. (Ver anexo III)

doutrinário pela aplicação da prorrogação para fins recomposição do equilíbrio-econômico.

Atualmente, as hipóteses de ampliação de prazos têm sido conceituadas como prorrogações ordinárias e extraordinárias. A prorrogação ordinária deve ser prevista contratualmente, e trata-se do contrato de concessão que se encontra em estado de cumprimento adequado, sem apresentar desequilíbrios, e por consequência a Administração veja interesse em manter a concessão do que realizar nova licitação.¹⁸⁵

A previsão contratual da prorrogação da concessão também é necessária na visão de Floriano de Azevedo Marques Neto, já que considera a prorrogação não prevista como fator de desequilíbrio contratual. Justificando-se que ocorre esse desequilíbrio quando ao final da concessão, alcançadas metas estabelecidas e concedida prorrogação da continuidade da exploração, o particular tem que se reorganizar com os custos para um novo período contratual a fim de atender a demanda do serviço, além do que havia previsto no início contratual.¹⁸⁶

Diversamente, a extensão do prazo para fins de reequilíbrio econômico, que pode ocorrer independentemente da sua previsão contratual, devido sua finalidade de recomposição da equação econômica para oportunizar, nesse prazo, o concessionário explorar a utilidade pública e gerar aumento de ganhos.¹⁸⁷

A prorrogação extraordinária tem sido entendida como a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões, pois é admitida na ocorrência de fatos não previstos no início da contratação que afetam a equação econômico-financeira, impedindo sua execução no prazo previsto.¹⁸⁸ Por essas razões há ausência de previsão da prorrogação extraordinária, uma vez que é dever do concedente em dispor de meios para que seja mantida ou restaurada a equação econômico-financeira do contrato para a continuidade da prestação do serviço público.¹⁸⁹

Outra questão que surge em relação às prorrogações extraordinárias, nas concessões de serviço público, é a forma de sua determinação, pois as parcerias

¹⁸⁵ CANTO, Mariana Dall'Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessões. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 212-213.

¹⁸⁶ MARQUES NETO, 2016, p.168-169.

¹⁸⁷ Ibid., p.168-169.

¹⁸⁸ CANTO; GUZELA, op. cit, p. 212-213.

¹⁸⁹ AMARAL, 2002, p. 89.

público-privadas têm limite de prazo definido incluindo a prorrogação, ao passo que concessão comum não possui limite legal de prazo, embora sua vigência e prorrogação não possam ser por tempo indeterminado. Então, o que se analisa é se a prorrogação pode estabelecer seu limite pelo prazo fixado inicialmente no contrato ou o prazo necessário para a parte tenha sua recomposição de equilíbrio econômico-financeiro.

Existem entendimentos que compreendem que a prorrogação ordinária seguirá seus limites conforme o estipulado no contrato. Ao passo que a prorrogação extraordinária não é estabelecida inicialmente com limite do prazo, uma vez que sua fixação é determinada para restaurar equilíbrio econômico-financeiro, em vista disso, não há como estabelecer imposições limitadoras para o tempo de prorrogação extraordinária, pois esta é estabelecida conforme cada caso de desequilíbrio, o qual é pesquisado e demonstrado a possibilidade de reequilíbrio através da prorrogação do prazo contratual.¹⁹⁰

Ocorre que na prática a Administração tem considerado que as prorrogações se limitem ao prazo legal, como nas parcerias-público privada ou no prazo estipulado inicialmente no contrato. Diante disso, Bernardo Strobel Guimarães, afirma que quando a parte concedente impede a prorrogação do prazo, com fundamento da prorrogação ultrapassar os limites de prazo estabelecidos, e não elabora outros meios de reequilíbrio, provoca prejuízos ao concessionário que continua a executar o objeto do contrato em desequilíbrio. Diante desta situação, a alternativa que o autor apresenta para o concessionário é suspensão das atividades até o concedente realizar alguma medida reparadora do desequilíbrio, sendo afastada a cláusula que veda a suspensão da prestação da atividade, em razão do direito do concessionário não ter seu patrimônio prejudicado pela inobservância da Administração no seu dever de reparação.¹⁹¹

Com a relevância constitucional da matéria de prorrogação para fins de reequilíbrio, a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina alcançou julgamento no Superior Tribunal de Justiça, sendo reformada:

¹⁹⁰ CANTO; GUZELA, 2016, p. 216-219.

¹⁹¹ GUIMARÃES, 2016, p. 57-59.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.549.406 - SC Transporte. Prorrogação do contrato sem licitação para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade.

1. O STJ entende que, fixado estabelecido prazo de duração para o contrato, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que, in casu, se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas.

2. O Superior Tribunal de Justiça também possui a orientação de que, nos termos do art. 42, § 2º, da Lei 8.987/95, deve a Administração promover certame licitatório para novas concessões de serviços públicos, não sendo razoável a prorrogação indefinida de contratos de caráter precário.

3. Recurso Especial provido. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, 16 de agosto de 2016.¹⁹²

A Segunda Turma entende que não é possível a prorrogação para fins de reequilíbrio, pois a sua ocorrência viola aos comandos que a Constituição impõe sobre a exigibilidade de licitação. Na constatação do desequilíbrio econômico-financeiro, no final da contratação, a concessionária tem direito à indenização, mas não gera a necessidade de prorrogação do contrato.

Os entendimentos no judiciário divergem quanto ao tema de prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, devido à interpretação que se obtém da Constituição. A alternativa que estudiosos sobre este assunto têm proposto, embora em oposição à orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, trata-se da possibilidade da prorrogação do prazo para fins de reequilíbrio, pois sua correta aplicação propicia ao concessionário amortizar o restante de seu investimento, bem como evitar em algumas situações haja alteração muito onerosa das tarifas em prejuízo aos usuários.¹⁹³

Logo, o que se demonstra no estudo do equilíbrio econômico-financeiro é sua importante função nas contratações públicas, e em vista de impedir que ocorra a suspensão da prestação do serviço público, ao poder concedente caberá analisar a melhor forma de realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desde que observado os preceitos constitucionais.

¹⁹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502007810&dt_publicacao=06/09/2016> Acesso em: 03 mar. 2018. (Ver anexo IV)

¹⁹³ CANTO; GUZELA, 2016, p. 218.

5 CONCLUSÃO

No início do trabalho a pretensão da pesquisa baseou-se no estudo do equilíbrio econômico-financeiro, instituto este previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A problemática que abordou o tema referiu-se à manutenção da equação econômico-financeira durante a relação contratual e sua relação com a prestação do serviço público.

Ao longo da pesquisa, através de consultas em doutrina, artigos, jurisprudência, houve o objetivo de explorar como o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é observado nas contratações públicas, como também quais os aspectos atendem a disposição constitucional protetiva do equilíbrio econômico-financeiro.

A partir do conceito do contrato administrativo iniciou-se o estudo, o qual concluiu que não se trata do ato unilateral da Administração, mas de acordo resultante dos interesses das partes. Da mesma forma, se almejou apresentar os contratos de concessões, suas modalidades e peculiaridades, bem como os princípios que os norteiam a fim de realizar a prestação de serviço público de forma adequada e contínua.

Na pesquisa também foram abordadas as principais características do contrato administrativo que refletem na equação econômico-financeira, entre os quais a alteração unilateral exercida pela Administração, o qual surgirá o dever de observar as consequências do ato no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e ocorrendo o desequilíbrio restará à Administração o dever de reequilíbrio contratual. Na intervenção no serviço público, peculiar ao contrato de concessão, se analisou a possibilidade de a Administração contrair o poder empresarial da concessão de modo excepcional, sendo que não se trata de finalidade de restauração econômica do contrato, porém de evitar danos ao interesse público. No que tange as características da extinção contratual foram analisadas a encampação e caducidade e seus reflexos na equação econômico-financeira do contrato que geram direitos indenizatórios ao concessionário.

No tocante ao tema do equilíbrio econômico-financeiro se buscou no estudo apanhar sua origem, entendimentos doutrinários sobre o instituto a fim de interpretar a importância de sua proteção constitucional nas relações contratuais públicas, que trata de garantir que haja na base econômica do contrato estabilidade nos casos de

riscos materializados. Demonstrar que a razão de interesse na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é evitar o custeio de potenciais eventos, por parte da Administração, possibilitando que assim o concessionário apresente propostas proporcionais aos encargos.

Examinou-se que a fim de assegurar mínima estabilidade nas concessões é necessário compreender os riscos que envolvem a concessão dos serviços públicos, visto que se trata de contratos de longo prazo, e assim o contexto fático inicial da proposta pode sofrer diversas circunstâncias. Nesse aspecto, foram analisados os riscos ordinários e extraordinários, que se distinguem por sua previsibilidade desde o início da contratação.

A partir da classificação dos riscos seguiu-se para aplicá-los à responsabilidade das partes da concessão. Primeiramente, observou-se que o risco ordinário engloba os riscos da atividade empresarial, o qual é previsto pelo particular sua ocorrência, e por consequência não gerará o direito ao reequilíbrio econômico. Por outro lado, delineou-se a responsabilidade do poder concedente, que abrange o risco extraordinário.

Durante o desenvolvimento da responsabilidade do concedente, demonstrou-se sua abrangência, sendo dever da Administração o reequilíbrio econômico-financeiro, quando da ocorrência de álea administrativa, uma vez que embora a Administração pratique atos lícitos, podem afetar a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida. Ainda, se constatou no entendimento doutrinário quando da ocorrência da álea econômica extraordinária, causas de força maior ou caso fortuito, em que pese serem imprevisíveis, posicionam-se pela aplicação da teoria da imprevisão e hipótese de rescisão do contrato.

No entanto, considerando os riscos que envolvem as concessões e o caráter dinâmico da equação econômico-financeira, incluiu-se na pesquisa a análise da partilha de risco resultante do regime jurídico da parceria público-privada. A questão trouxe reflexões para a pesquisa do tema, visto que a repartição objetiva de risco está compreendida na equação econômico-financeira. Evidenciou-se que a partilha de risco tem o objetivo de reduzir conflitos posteriores à ocorrência de eventos imprevisíveis, visto que são alocadas as responsabilidades dos riscos de acordo com a capacidade de cada parte, sendo através da matriz de risco garantida a maior segurança nas relações estabelecida.

Ainda, pela impossibilidade de previsão de todas as circunstâncias na matriz de risco, o qual a concessão é submetida, sustentou-se que quando não previsto o risco materializado, alternativa a ser tomada para examinar a responsabilidade das partes deve atender ao equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista que as consequências da responsabilização do risco, não previsto na matriz, poderão gerar reflexos na continuidade da prestação de serviços, por essa razão dependerá da análise do caso concreto.

Conforme apurado no trabalho, as concessões em razão de seus longos prazos firmados são suscetíveis às circunstâncias econômicas que podem afetar o equilíbrio inicial do contrato, porquanto se realizou a abordagem das formas de reequilíbrio econômico-financeiro.

No reajuste se demonstrou seu objetivo de reequilibrar a equação econômico-financeira devido à ocorrência da inflação, e assim através de sua periodicidade, manter o valor da prestação de forma equiparada à mudança econômica ocorrida. Após, se passou examinar a revisão, demonstrando sua amplitude, forma periódica ou circunstancial e seus requisitos. Observou-se que a revisão reequilibrará a equação econômico-financeira quando da materialização de risco imprevisíveis ou incalculáveis, ocorra seu requerimento comprovando que as variações de custos decorrentes destes eventos afetam a continuidade da prestação do serviço.

Por fim, concluiu na exploração do tema com a abordagem do prazo das concessões. Realizada as considerações legais quanto à vigência das concessões comuns e parcerias público-privadas, confirmou-se que o prazo constitui elemento do equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, provocou-se a reflexão sobre a possibilidade da prorrogação do prazo da concessão para reequilíbrio econômico-financeiro.

Em que pese na pesquisa é apresentado posicionamentos distintos, há de se apoiar nos fundamentos doutrinários para que ocorra a prorrogação das concessões para fins de reequilíbrio. Tal razão ficou demonstrado durante o desenvolvimento do tema, pelo qual se entende que o equilíbrio econômico-financeiro reflete de modo direto na continuidade e adequada prestação do serviço público.

Desta forma, quando ocorre o desequilíbrio econômico-financeiro, não somente se trata de atender somente os interesses econômicos do particular, por outro lado repercute no interesse público atendido pelo serviço público.

Por fim, com base doutrinária, sustentou-se que deverá ocorrer a ponderação de valores para a utilização da prorrogação com fins de reequilíbrio, pelo qual através de estudos comprovando sua viabilidade, não haverá violação à disposição constitucional, visto que a Administração deve orientar-se para realizar a melhor medida a fim de manter ou recompor o equilíbrio econômico-financeiro a fim de evitar prejuízos à sociedade decorrente da possível suspensão da prestação do serviço público.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

AREDÊS, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, jan. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8053/6842>>.

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

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 1995.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502007810&dt_publicacao=06/09/2016>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMA%253A1563%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PMSH0010&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7898930&pdf=true>>.

BRASIL. Instrução Normativa nº 5, de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Portal de compras – Governo Federal**. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf>>.

CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessões. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

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.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Extinção dos contratos administrativos**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

FLEURY, Felipe. **A Repartição dos Riscos e o Reequilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, Belo Horizonte, n. 62, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239463>>.

FREITAS, Rafael Vêras de. RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: (interpretação da Lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos**

administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Parceria público-privada.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos no âmbito das concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, jan. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47498/45244>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Concessões de serviços públicos: Comentários às leis nº 8.987 e 9.074, de 1995.** São Paulo: Dialética, 1997.

_____. Considerações sobre a equação econômico-financeiro das concessões de serviço público: a questão da TIR. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O contrato de concessão de serviço público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/328>>.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARRARA, Thiago; SOUZA, André. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro, e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

MOREIRA, Jorge Alexandre. Repactuação de contratos de prestação de serviços de execução continuada. **Advocacia Geral da União**. Brasília, 16 nov. 2012. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/218294>.

NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 17, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=18&artigo=825>>.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, jan. 2011. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3126>>.

SALOMONI, Jorge. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos: formação e controle interno da execução com particularidade dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro.** Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Parcerias público-privada na modalidade concessão patrocinada: equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA. **Concessão administrativa para construção e operação de serviços não assistenciais de unidade hospitalar do estado da Bahia.** Disponível em: < http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2017/12/Minuta-Contrato-de-Concessao_121217_Versao-Original.pdf>.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica - Tarifas - Equilíbrio financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 203, jan. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46737/46726>>.

VEDEL, Georges. **Derecho administrativo.** Traduzido por Juan Rincon Jurado. 6. ed. Paris: Aguillar.

ANEXOS

ANEXO 1 - MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA CONSTRUÇÃO E OPERAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ASSISTENCIAIS DE UNIDADE HOSPITALAR DO ESTADO DA BAHIA - INSTITUTO COUTO MAIA.

ANEXO 2 - ACÓRDÃO N. 1.563/2004 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ANEXO 3 - RELATÓRIO E VOTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N. 2013.057791-0/0 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.

ANEXO 4 - RELATÓRIO E VOTO DE RECURSO ESPECIAL N. 1.549.406 - SC DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.