

A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs*

The evolution of the protection of economic and financial balance in public service concessions and in public-private partnerships

*Alexandre Santos de Aragão ***

RESUMO

O presente artigo trata da evolução que a proteção do equilíbrio econômico-financeiro vem sofrendo nos últimos anos, na doutrina, na praxe administrativa e no direito positivo, com foco nas concessões de serviços públicos comuns da Lei nº 8.987/1995 e, paralelamente, nas concessões administrativas e patrocinadas da Lei das PPPs.

* Artigo recebido em 25 de março de 2013 e aprovado em 15 de abril de 2013.

** Mestre em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e doutor em direito do estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor adjunto de direito administrativo da Uerj. Procurador do estado do Rio de Janeiro e advogado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: alexandre.aragao@clcmra.com.br.

PALAVRAS-CHAVE

Equilíbrio econômico-financeiro — concessão de serviços públicos — parcerias público-privadas

ABSTRACT

This article deals with the evolution of protection of economic and financial balance in recent years in doctrine, administrative praxis, and positive law, focusing on public service concessions as regulated by Law 8.987/1995 and, at the same time, in the administrative concessions and sponsored concessions of the PPP Law.

KEY-WORDS

Economic and financial balance — public service concession — public-private partnership

1. Introdução

O objeto do presente artigo é fazer uma retrospectiva da evolução que a proteção do equilíbrio econômico-financeiro vem sofrendo nos últimos anos, na doutrina, na praxe administrativa e no direito positivo, com foco nas concessões de serviços públicos comuns da Lei nº 8.987/1995 e, paralelamente, nas concessões administrativas e patrocinadas da Lei das PPPs.

Para esse fim, começaremos analisando a tradicional diferença entre as cláusulas regulamentares ou de serviço e as cláusulas econômicas, que estão na raiz da própria conceituação de equação econômico-financeira (tópico 2). Em seguida, analisaremos os parâmetros mais convencionais de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro (tópico 3).

Passaremos então às fortes mudanças nos critérios de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro que têm emergido na doutrina e na praxe administrativa com vistas a se ter uma modelagem de alocação de riscos mais apropriada a cada caso, não imposta abstratamente de forma genérica (tópico 4).

Por derradeiro, analisaremos como a Lei das PPPs expressamente positivou o modelo que este artigo propugna em relação às concessões comuns,

no sentido de que o *locus* mais apropriado para a definição da divisão de riscos é o edital de licitação e a respectiva minuta contratual, não previsões genéricas e abstratas prévias, que devem apenas estabelecer suas diretrizes básicas (tópico 5).

2. Elementos modificáveis e imodificáveis da concessão

As concessões de serviços públicos — e aqui nos referimos, ressalvadas eventuais peculiaridades, às concessões comuns da Lei nº 8.987/1995, às concessões administrativas e patrocinadas, subespécies de PPPs — são regidas por duas categorias básicas de normas.

Em primeiro lugar, as **cláusulas regulamentares ou de serviço**: oriundas dos *cahiers des charges* do direito administrativo francês, são as que, constando de lei, decreto ou do próprio contrato, disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de modo a sempre melhor atender aos seus objetivos. Como esses são por definição dinâmicos, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente (*jus variandi* do poder concedente).¹

O Estado tem a possibilidade de emitir regulamentos sobre o serviço concedido, mas não sobre aspectos intestinos da empresa concessionária. Não poderá também, naturalmente, a pretexto de regulamentar o serviço, mudar seu objeto. Não poderia, por exemplo, transformar um serviço de transporte por fios elétricos em automotor, ou um contrato de delegação em prestação terceirizada de serviços.

Fala-se de

contratos que formam a “lei do serviço” ou, em termos mais amplos, em “acordos convencionais geradores de efeitos regulamentares” ou “contratos de efeitos regulamentares”, traduzindo, em qualquer dos casos, vínculos contratuais dotados de uma evidente eficácia normativa. (...) O conteúdo dos contratos da Administração Pública pode não ser isento da projeção de efeitos jurídicos sobre os administrados,

¹ Para uma crítica das prerrogativas exorbitantes da administração nos contratos administrativos, que na maioria das vezes aumenta seu custo para o próprio Estado, e da conveniência de a lei restringi-las e vedar a criação contratual de outras prerrogativas, ver MAIRAL, Hector A. La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas. In: GORDILLO, Agustín (Org.). *El contrato administrativo en la actualidad*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 3-18.

utilizando-se a estipulação de cláusulas imediatamente reguladoras das relações entre a Administração e o respectivo contraente que, num momento subsequente, se refletem, no entanto, sobre terceiros.²

Os regulamentos de serviço podem ser veiculados das seguintes formas:³ (a) Inseridos no próprio contrato de concessão, podendo ser alterados a qualquer momento; (b) O contrato de concessão contém apenas uma cláusula genérica pela qual o concessionário se obriga a observar todos os regulamentos presentes ou futuros concernentes ao serviço (com isto, o poder concedente ou eventual autarquia reguladora poderá emitir regulamentos para todos os concessionários ou para determinada concessão específica, desde que haja critério discriminante legítimo para tanto); (c) A elaboração dos regulamentos é delegada ao próprio concessionário, devendo as minutas por ele elaboradas ser submetidas à aprovação do poder concedente; (d) Determinadas disposições regulamentares podem ser de tal forma relacionadas com a equação econômico-financeira que o contrato pode, excepcionalmente, exigir a concordância das duas partes para sua modificação.

Além das cláusulas regulamentares, há as chamadas **cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras**, correspondentes à equação econômico-financeira contida no contrato, que não pode ser modificada.

Alguns importantes aspectos econômicos do contrato constam de cláusulas de serviço (ex.: a fixação da tarifa), e como tal estão na esfera unilateral do poder público, que, no entanto, deverá sempre observar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, recompondo-o se for o caso (art. 9º, § 4º, Lei nº 8.987/1995).⁴ É que, ao contrário do que pode parecer, a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si, inclusive as respeitantes à estrutura tarifária, que podem, portanto, ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado (ex.: a tarifa pode ser diminuída, mas o

² OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 524.

³ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 243.

⁴ André de Laubadère pondera que, se, por um lado, não há dúvidas de que “as quantias autorizadas pelas cláusulas tarifárias correspondem a vantagens financeiras reconhecidas ao concessionário à guisa de remuneração, não é menos verdade, por outro, que a tarifa constitui elemento essencial das regras de funcionamento do serviço público” (apud GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE e o contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 318-319, 2001).

equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade de parte dos bens, o aumento do prazo da delegação etc.).⁵

Caio Tácito, citando Duez e Debeyre, afirmou que

as obrigações recíprocas que figuram na concessão não têm um valor absoluto, elas possuem um valor de relação: entre elas se estabelece uma determinada proporção e é esta proporção que deve ser mantida. Não são as prestações (A, B, C) do concedente que são imutáveis, nem aquelas (*a, b, c*) da concessionária, mas a relação que foi estabelecida entre A, B, C e *a, b, c*.⁶

Em igual sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que

as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual — e que, por isso, não pode ser modificado pelo poder público — é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Donde, ao concedente é lícito alterar, como convenha, a grandeza dela, contanto que, ao fazê-lo, mantenha incólume a igualdade matemática substancial já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles. Logo, não há impediante jurídico a que o poder público adote um sistema de tarifas subsidiadas, se a tanto for levado para manter-lhes a necessária modicidade.⁷

O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que “hoje admite-se que não apenas a parte estatutária desse ato complexo, misto, duplo, contrato-e-regulamento, possa ser modificada. Também a parte contratual, dado que a

⁵ Na verdade, raras seriam as cláusulas da concessão, denominadas de cláusulas de serviço ou não, sem conteúdo econômico ou financeiro e, conseqüentemente, praticamente todo o contrato seria imodificável.

⁶ TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público., In: _____. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 201.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 654. Para um histórico da evolução do poder do concedente sobre as tarifas, da sua imutabilidade ao *ius variandi* estatal, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro, ver URRUTIGOITY, Javier. Retribución en los servicios públicos. In: AGUIRRE, Marta González de (Coord.). *Los servicios públicos: régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 71-77.

empresa sempre tem a garantia da equação financeira. O que o Governo não pode é tirar-lhe o equilíbrio financeiro”.⁸

3. Equilíbrio econômico-financeiro

Os contratos administrativos em geral possuem uma proteção contra a instabilidade que inexistente nos contratos privados, proteção essa consistente basicamente na proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem seus elementos constitutivos, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria álea da economia e que nada tenham a ver com a atuação do Estado.

Todavia, nos contratos de concessão de serviços públicos, em face da sua longa duração e do fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma ainda maior preocupação do legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro.⁹ Se no decorrer da sua execução houver algum fato que a altere, seja impondo-lhe um maior custo (ex.: obrigação de construir abrigos para passageiros, não prevista originariamente) ou a sua diminuição (ex.: redução do percurso de linha de ônibus), a equação deve ser recomposta.

A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é determinada em diversos dispositivos das Leis nº 8.666/1993, 8.987/1995 e 9.074/1995, e há os que entendem que também possui esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição (“mantidas as condições

⁸ STF, MS nº 17.957, rel. min. Aliomar Baleeiro.

⁹ Temos, então, se comparado com o regime geral da Lei nº 8.666/1993, “um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc. (...) A peculiaridade do equilíbrio econômico-financeiro em sede de concessões se torna ainda mais destacada quando verificamos que, nas hodiernas concessões, se tem adotado o modelo de financiamento por *project finance*. Tal estruturação é definida na doutrina como a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos veem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender aos serviços de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de Informação Legislativa*, v. 159, p. 194-195, 2003).

efetivas da proposta”) e no direito de propriedade inerente à iniciativa privada (arts. 5º, XXII, e 170, CF).¹⁰

Muito antes da Constituição de 1988, Francisco Campos já ensinara que

a obrigação, imposta à propriedade privada das concessionárias de serviço público, de tarifas inferiores à justa remuneração a que tem direito resulta em diminuir, de modo indireto, o seu valor, e, portanto, em expropriá-la de uma parte do seu valor. (...) As tarifas que não corresponderem a uma justa remuneração do capital serão, portanto, tarifas confiscatórias, ainda que fisicamente ou no seu *corpus* em nada haja sofrido a propriedade.¹¹

O equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, inclusiva de todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes. Se as áleas extraordinárias em questão ocorrerem desonerando o concessionário, o contrato deve ser revisto em benefício do poder concedente ou dos usuários. Não se trata de sanção ou gravame para o concessionário, mas apenas da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, da mesma forma que ocorreria, caso a álea extraordinária estivesse onerando o concessionário. O que se visa em ambos os casos é evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes. O equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, uma garantia de mão dupla, razão pela qual os reguladores também devem estar constantemente atentos para eventuais desequilíbrios em favor das concessionárias.¹²

¹⁰ “O âmbito de proteção da propriedade abrange não apenas a de bens imobiliários ou móveis, mas também a propriedade de uma série de direitos subjetivos públicos” (SCHOLLER, Heinrich. *Constituição e globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de mercado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92).

¹¹ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Imprensa Nacional, 1943. p. 159-160.

¹² “A norma não tem como destinatário exclusivo o particular contratado. É norma que tem por finalidade igualmente a proteção da situação contratual do concedente, na medida em que a alteração unilateral pode ocorrer apenas para reduzir os encargos do particular, ensejando prejuízo ao interesse público, eis que a remuneração inicialmente pactuada restará desproporcional em relação às novas obrigações da concessionária. Competirá à Administração, neste caso, valer-se do dever-poder de readequar o valor da tarifa, diminuindo-o, para restabelecer a equação econômico-financeira inicialmente pactuada” (SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 150). De toda sorte, a modificação unilateral do contrato e a recomposição da sua equação econômico-financeira, favorável ou contrária à concessionária, devem ser feitas em observância do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, ainda que não envolvam qualquer suposta

A proteção especial da estabilidade das concessões ocorre não apenas diante da possibilidade de alteração administrativa unilateral de cláusulas do contrato, o que de fato representa um fator extra de instabilização contratual, como diante de fatos imprevisíveis em geral. No primeiro caso, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro é um contrapeso às prerrogativas exorbitantes da administração pública na gestão dos contratos de que seja parte. No segundo, a proteção não existe para resguardar imediatamente o concessionário, mas sim a continuidade do serviço público e o interesse público atendido pelo contrato.

Pela visão tradicional — cuja evolução veremos mais adiante —, os fatos previsíveis não levam à recomposição da equação econômico-financeira, salvo disposição contratual ou legal expressa em sentido contrário. Em princípio, portanto, o único fato previsível que pode levar à recomposição da equação econômico-financeira do contrato é a desvalorização da moeda, que, com periodicidade mínima de um ano, acarreta o reajuste de preços segundo o índice de correção monetária previsto contratualmente. Aí temos a clássica distinção entre o reajuste, devido sempre em razão do fato previsível da desvalorização da moeda, e a revisão, decorrente de fatos imprevisíveis (art. 18, VIII, Lei nº 8.987/1995, e art. 40, XI, Lei nº 8.666/1993).

Os fatos imprevisíveis, aí incluídas as eventuais alterações unilaterais do contrato, trazem consigo, ao revés, a figura da revisão contratual, que poderá se consubstanciar ou não em uma revisão tarifária, já que o reequilíbrio da equação inicial pode ser feito por meio da manipulação de outros elementos do contrato que não a tarifa.¹³

A **álea ordinária ou empresarial**, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, de acordo com os paradigmas da doutrina clássica, ensejar uma proteção especial para a concessionária: as circunstâncias previsíveis; as imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado. É que o concessionário continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos da sua atividade. No dizer de Marçal Justen Filho,¹⁴ “os eventos econômicos, embora

infração da concessionária, terão reflexos em sua esfera jurídica e patrimonial. Para uma visão da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro preponderante e essencialmente protetiva dos usuários, ver SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 371 e ss.

¹³ Sobre as revisões tarifárias quinquenais, que representam uma grande modificação em relação à ideia de as revisões deverem resultar apenas de fatos imprevisíveis, representando a assunção pelo poder concedente de parte dos riscos da álea econômica ordinária, ver o subtópico a seguir.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 157.

imprevisíveis, que se insiram na normalidade do processo econômico não autorizam modificações de preço”.¹⁵

Apenas a **álea extraordinária** acarreta o reequilíbrio do contrato, seja ela administrativa, isto é, oriunda do Estado (alteração contratual unilateral, fato do príncipe e fato da administração), ou econômica (oriunda de circunstâncias externas ao contrato e às partes). Vejamos cada uma delas:

(a) **Álea Administrativa da Alteração Unilateral do Contrato:** a alteração unilateral dos contratos administrativos é uma das principais cláusulas exorbitantes que os caracteriza, de grande importância nas concessões de serviços públicos em razão de quase todas as suas cláusulas poderem, como visto no tópico anterior, ser modificadas.¹⁶

Deve-se distinguir, contudo, o poder de alteração unilateral da concessão (*jus variandi*) do seu poder de direção e fiscalização, em que o poder concedente apenas emite ordens à concessionária quanto ao cumprimento de disposições contratuais tal como originariamente firmadas. A distinção entre os dois tipos de imposição pode complicar-se quando emitidas com base em cláusulas abertas, como seria a que dispusesse que “a prestação do serviço deve se dar sempre com a técnica mais atualizada”. A determinação do poder público para que seja adotada uma técnica mais recente constitui uma alteração unilateral das condições iniciais de prestação do serviço, sendo devida a recomposição da equação econômico-financeira? Ou, ao revés, trata-se de mera aplicação de cláusula que sempre existiu, da mesma maneira que a prestação do serviço sempre teve de se dar pela técnica mais recente, e, no caso, o poder público estaria apenas explicitando-a, sem alteração da equação econômico-financeira inicial?

¹⁵ Se o concessionário tiver proposto na licitação valores de tarifa que não sejam suficientes para cobrir os custos do contrato, não pode haver a revisão, uma vez que contrariaria a licitação cujo julgamento teve como parâmetro esses valores.

¹⁶ Há quem sustente que a alteração unilateral do contrato não precisa se dar apenas de acordo com a cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, só se forem modificadas as condições de fato subjacentes à concessão, podendo também advir de uma nova ponderação da administração em relação às circunstâncias já existentes quando da celebração do contrato (GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 200-201). Entendemos, sobretudo em razão dos princípios da impessoalidade, segurança jurídica e da teoria das autolimitações administrativas, que essa possibilidade, apesar de não poder ser afastada *a priori*, deve ser tratada com grande cautela, sendo admissível apenas em casos muito excepcionais. É sob o influxo daqueles princípios que as prerrogativas da administração sobre os contratos administrativos evoluíram imensamente. Seguem, naturalmente, sendo uma expressão do poder unilateral do Estado, mas não de um Estado de polícia, sim de um estado democrático de direito. Não podem mais ser vistas como uma carta em branco insindicável para a administração fazer o que bem entender.

Como são imprevisíveis as evoluções técnicas que a prestação do serviço pode sofrer ao longo dos anos da concessão, considerar que a prescrição de uma nova técnica de prestação não implica alteração da equação econômico-financeira violaria todo o espírito da garantia da sua incolumidade, já que a concessionária ficaria sem proteção em face do fato imprevisível de quais serão as técnicas que, em 20 ou 30 anos, a administração poderá lhe impor. E mais, as cláusulas como a exemplificada na verdade são apenas explicitações da modificabilidade de aspectos que já estariam de toda sorte contemplados no *jus variandi* do poder concedente. Não deixarão, assim, de ser uma álea administrativa de alteração contratual unilateral que enseja a revisão da concessão.¹⁷

(b) **Álea Administrativa do Fato da Administração:** é a ação ou omissão da administração contratante que atinge concreta e diretamente (não é geral) a concessão. Consiste em um inadimplemento por parte do poder concedente, que pode levar à responsabilização da administração ou à rescisão do contrato (ex.: não entrega ou não desapropriação do local em que a obra necessária à prestação do serviço deve ser executada). Como consiste em verdadeiro inadimplemento das obrigações da administração contratante, impõe-se o pagamento de ampla indenização.

(c) **Álea Administrativa do Fato do Príncipe:** determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, da própria administração contratante. Por ser geral, atinge o contrato apenas reflexamente (ex.: variações tributárias provocadas pelo ente titular do serviço concedido — art. 9º, § 3º, Lei nº 8.987/1995 —, os direitos das concessionárias federais pelo congelamento das tarifas impingido pelo governo federal; extinção do serviço público concedido, por exemplo, em razão da sua liberalização).

Deve afetar o contrato substancialmente, excluídas meras variações econômicas pouco significativas. Para ser considerado como fato do príncipe, a medida há de ser da mesma entidade contratante. Se for de outra administração, aplica-se genericamente a teoria da imprevisão (álea econômica — v. infra).

(d) **Álea Econômica (Teoria da Imprevisão):** é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. Trata-se da tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, que, após o individualismo do *pacta sunt servanda* do

¹⁷ *Ibid.*, p. 259-260.

Código de Napoleão, teve nova aplicação com as imprevisões decorrentes da Primeira Guerra Mundial, sendo o marco dessa retomada o caso do “Gás de Bordeaux”, decidido pelo *Conseil d’État* em 1916, em que o aumento do preço do carvão inviabilizou a prestação dos serviços da concessionária.

Invoca-se a favor da aplicação teoria da imprevisão que, por um lado, a ocorrência de fatos excepcionais não pode elidir o cumprimento das obrigações da concessionária, e, por outro, que não seria justo que ela respondesse sozinha para que um contrato do interesse de toda a coletividade continuasse a ser executado.¹⁸

Cabe ainda mencionar os **fatos imprevistos** (não imprevisíveis), inferidos dos arts. 57, § 1º, III, e 78, XVII, da Lei nº 8.666/1993. São fatos materiais, incidentes técnicos, já existentes no momento da contratação, mas desconhecidos até um momento posterior, já durante a execução do contrato (ex.: uma rocha insuspeita no caminho de uma escavação), que, dependendo das suas consequências, devem ser tratados à luz da teoria da imprevisão (se ocorrer apenas um desequilíbrio econômico), ou como força maior (em caso de impossibilidade absoluta de prosseguimento do contrato).

O art. 9º, § 4º, Lei nº 8.987/1995, determina que, em caso de desequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão acarretado por alteração unilateral do contrato, sua readequação deve se dar “concomitantemente”.¹⁹ Em outras palavras, o ato do Estado que, alterando o contrato, onerar ou desonerar o concessionário deve conter, em si próprio ou em ato paralelo emitido na mesma oportunidade, a forma de recomposição da equação econômico-financeira inicial. Nesses casos será mais correto falar em obrigação de

¹⁸ No direito civil, a aplicação da teoria da imprevisão se dá com a divisão dos custos inesperados entre as partes. No direito administrativo, porém, parte da doutrina entende que o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é constitucional, não podendo ser parcialmente atendido, razão pela qual o poder público deve assumir integralmente os ônus da teoria da imprevisão.

¹⁹ “O ordenamento jurídico, no caso das concessões, a par de assegurar e garantir o direito da concessionária ao reequilíbrio econômico e financeiro, introduz uma exigência de que a restauração deste seja concomitante ao evento desequilibrador. É o que vemos predicado no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995. Isso porque se apercebeu o legislador de que, nas complexas modelagens do contrato de concessão, mormente a partir da introdução dos referidos *project finance*, de nada servirá recompor o equilíbrio ao final do contrato, pois até lá poderá já estar inviabilizado todo o projeto” (Marques Neto, Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões, op. cit., p. 196). Já o Conselho de Estado francês inicialmente decidia pela nulidade das alterações unilaterais feitas pela administração pública que não respeitassem o equilíbrio econômico-financeiro, posição posteriormente modificada para admitir a validade da alteração, gerando, contudo, posterior direito à indenização para sua recomposição (cf. JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1914. p. 285-286).

manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do que de sua recomposição, já que ele nem pode chegar a ser alterado para depois ser recomposto. A própria modificação unilateral do contrato deve *ab ovo* mantê-lo.

O fato de o dispositivo se referir apenas às variações da equação econômico-financeira que decorram de alteração unilateral é compreensível, já que as demais áleas não se dirigem especificamente ao contrato, ocorrendo, *ipso facto*, sem que o poder concedente tenha o que prévia ou concomitantemente fazer para evitar o desequilíbrio. Nesses casos, a recomposição da equação econômico-financeira só pode mesmo se dar *a posteriori*, mas o mais imediatamente possível, constituindo direito subjetivo à revisão contratual.

Qualquer alteração unilateral da concessão, aí inclusas as cláusulas de serviço, que não for desde a sua origem acompanhada do reequilíbrio, tenha sido editada pelo Estado-administração ou pelo Estado-legislador, fica com sua eficácia em relação à concessão suspensa, condicionada a que seja definida a forma de manutenção da equação econômico-financeira inicial.²⁰

Essa é a posição do STJ, por exemplo, na decisão assim ementada:

Concessão de serviço de transporte coletivo. Alteração unilateral de cláusula econômica do contrato e correspondente reajuste das tarifas de remuneração. Possibilidade. Ausência de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.153/91, do Município de Campos-RJ. É lícito ao poder concedente alterar, unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e, até, agravar os encargos ou as obrigações da concessionária, desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A Lei nº 5.153/91 do Município de Campos-RJ não é inconstitucional, posto que, embora imponha a gratuidade nos transportes coletivos de servidores municipais que indica, acobertou, esses ônus, com o aumento concreto do itinerário concedido às linhas de ônibus do Município, bem como, com o reajuste das tarifas. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante.²¹

²⁰ Há autores que entendem diversamente, no sentido de que, caso não haja a recomposição da equação econômico-financeiro no mesmo momento que a alteração unilateral do contrato, haverá apenas um direito da parte prejudicada a pleitear judicialmente a recomposição, sem, no entanto, afastar a imediata aplicabilidade da alteração ao concessionário (Justen Filho, *Concessões de serviços públicos*, op. cit., p. 156). Parece-nos, contudo, que se a Lei quisesse apenas ter garantido o direito ao reequilíbrio não precisaria ter expressamente estabelecido que ele deveria se dar “concomitantemente” à alteração.

²¹ RMS 3161/RJ, rel. min. Ministro Demócrito Reinaldo.

De forma ainda mais clara, o presidente do STJ, em suspensão de segurança,²² decidiu, em relação à pretensão da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), de implantar imediatamente novas gratuidades previstas no Estatuto do Idoso, da seguinte forma:

Claro que amparar o idoso, inclusive garantindo-lhe gratuidade nos transportes coletivos urbanos, é dever do Estado. Mas também da família e da sociedade. Do Estado, pessoa jurídica, que autoriza, concede ou permite, mediante um contrato, a linha de transporte. Assim, o contrato de autorização, concessão ou permissão de uma linha de ônibus, por exemplo, há que prever — e isso está previsto desde a promulgação da Carta de 1988 — as formas de ressarcimento pelo Estado das despesas da empresa para o cumprimento dessa ordem constitucional. Nossas relações econômicas se regem pelas regras do sistema capitalista, da economia de mercado, não sendo lícito ao Estado, em nome de uma obrigação que é sua, confiscar vagas em ônibus ou qualquer outro meio de transporte, sem a correspondente contrapartida indenizatória. Se isso não tem previsão contratual, não está em vigor, não foi pactuado entre a empresa e o Estado; ainda que essa ordem decorra de uma Lei, não está a empresa autorizada, concessionária ou permissionária, obrigada a transportar de graça o matusalém, por mais carcomido que apareça. (...) Ato jurídico perfeito aí é o contrato celebrado e em vigor entre as empresas de transportes e o poder público. Significa dizer que nem a lei pode alterar o que foi, antes, previamente contratado. O que se há de fazer, sim, será um aditivo ao contrato, uma maneira legal de se estabelecer, mediante nova negociação, a forma de ressarcimento às empresas das despesas decorrentes do transporte gratuito assegurado pela Lei. (...) Não há como, em princípio, admitir a alegação da ANTT de que tais regras seriam posteriormente fixadas, pois não há como admitir que a União venha a ressarcir o período que vai desde 1º de agosto de 2004 até a data da vigência da suposta lei, ou seja, retroativamente, repor às concessionárias a diferença.

Como se vê, não se trata de negar a plena vigência e eficácia de atos administrativos e leis que alterem unilateralmente as condições de prestação dos

²² Suspensão de Segurança nº 1.404-DF, 2004/0119581-4.

serviços delegados, mas sim de, a exemplo das implementações de direitos fundamentais não previstas no marco regulatório inicial, compreendê-los como **dirigidos ao Ente estatal titular e responsável pelo serviço, não diretamente ao concessionário**, cujo vínculo com o serviço não é de caráter político-constitucional, mas meramente contratual, decorrente de um ato jurídico perfeito, que deve ser respeitado inclusive pela lei.

A eficácia de leis dessa natureza se dá, portanto, apenas sobre o poder concedente e em três aspectos: obrigando-o a prestar o serviço de acordo com a nova legislação, caso o faça diretamente; vinculando-o a contemplar a nova legislação nas cláusulas das licitações que a partir de então vier a promover; e aplicar as inovações legislativas aos particulares titulares de concessões anteriores, conquanto que, concomitantemente a essa aplicação, confira uma compensação econômica equivalente ao novo ônus para que a equação econômico-financeira não chegue a se desestabilizar.

Parte da doutrina também sustenta que, se no desenvolver da concessão, for verificado que uma das partes, seja o Estado, os consumidores ou o concessionário, está usufruindo de vantagens desmesuradas, o contrato deve ser revisto para ser reenquadrado em termos negociais normais.²³ Sempre a depender do que dispuser o contrato, não nos parece que a hipótese possa ser *a priori* descartada, inclusive em virtude da boa-fé e da vedação da lesão contratual (arts. 113 e 157, Código Civil).²⁴

4. A insuficiência dos critérios tradicionais de equilíbrio econômico-financeiro: o equilíbrio dinâmico e o compartilhamento de riscos

Exposta a visão tradicional sobre o tema, e de fato ainda aplicada em parte dos casos, incumbe-nos doravante, como anunciado pelo título deste artigo,

²³ GORDILLO, Agustín. *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996. p. III.7 e ss.

²⁴ "A concessão funda-se no princípio da boa-fé. Esse é um princípio originário e essencial da concessão de serviço público, do qual deriva a obrigação de se ter nele firmado e afirmado uma equação econômico-financeira honesta e equilibrada para as partes da avença que formaliza a outorga da delegação para a prestação daquela atividade e uma relação destas para com o usuário. É a lição expressa de Jêze, que manifesta a natureza derivada do princípio da equidade da relação econômico-financeira da concessão fundada naquele primeiro e originário princípio da boa-fé" (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 65).

analisar a insuficiência dos critérios tradicionais do equilíbrio econômico-financeiro, de como estamos passando de uma concepção estática para uma concepção dinâmica do equilíbrio econômico-financeiro e da alocação de riscos nos contratos de parceria entre o Estado e particulares, sobretudo nos que envolvem elevados valores e longos prazos de amortização, durante os quais muitos eventos — previsíveis ou não, de natureza propriamente econômica ou não, mas que afetam a economia contratual — certamente vão ocorrer.

Nas concessões de serviços públicos, ao contrário dos contratos administrativos em geral, o risco do negócio é, de acordo com a doutrina clássica, exclusivo da concessionária,²⁵ inclusive como preceitua a definição de concessão de serviços públicos do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995 (“por sua conta e risco”), ressalvados os riscos imprevisíveis ou decorrentes de alterações unilaterais do contrato, em relação aos quais o particular está protegido pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro.²⁶

Todavia, dentro da evolução do próprio modelo contratual clássico das concessões, muitos contratos de concessão vêm fazendo com que o poder concedente e os usuários assumam parte da área empresarial ordinária da concessão, o que nos afigura plausível em face dos arts. 9º, § 2º, e 23, IV, da Lei nº 8.987/1995, que delegam aos contratos o estabelecimento de mecanismos de revisão tarifária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Nas concessões regidas pela Lei nº 8.987/1995, a modificação mais comum nos critérios clássicos de repartição de riscos entre concessionário e poder concedente se deu por meio da instituição de revisões quinquenais (revisões periódicas ordinárias).

As revisões tradicionais são, como visto acima, devidas apenas em razão de fatos imprevisíveis e de consequências vultosas, sem qualquer periodicidade predeterminada.²⁷ Já pelas revisões quinquenais há uma análise

²⁵ No sistema da Lei nº 8.666/1993, o particular é, por exemplo, contratado para construir determinada ponte. Independentemente do fluxo de trânsito que essa ponte vier a ter, o Estado pagar-lhe-á o que foi prefixado na licitação.

²⁶ Na verdade, “a concessão nunca se dá por conta e risco exclusivos da concessionária. Mesmo sob o enfoque da doutrina tradicional das áreas da concessão, a Administração Pública assume os riscos extraordinários do empreendimento. Ainda que admitíssemos, teoricamente, a transferência dessas áreas extraordinárias ao concessionário, restariam, nessa hipótese, sob a responsabilidade do concedente, os riscos relacionados às matérias nas quais, por força legal, vigora a responsabilidade solidária entre concessionário e concedente (o risco relacionado ao cumprimento das normas ambientais...)” (PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese (doutorado) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 205-206). Para uma comparação entre os sistemas de divisão de riscos nos contratos administrativos da Lei nº 8.666/1993, das concessões da Lei nº 8.987/1995 e das concessões da Lei das PPPs, ver o último tópico.

²⁷ “A revisão periódica da tarifa pode também ser prevista no contrato, de forma a recompor o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido inicialmente. Neste caso, a revisão destina-se a

periódica de toda a planilha de custos, incluindo ganhos ou perdas de eficiência, da concessionária, análise que deverá readequar a tarifa para manutenção da equação econômico-financeira inicial, inclusive em relação a fatos previsíveis como variação de demanda e aumento do custo dos insumos, e compartilhamento com os usuários de eventuais ganhos de eficiência, sobretudo mediante a aplicação do chamado “fator X”.²⁸

É comum os contratos preverem momentos em que não apenas se reajustarão os preços mediante índices previamente estabelecidos, mas também nos quais se fará a revisão ordinária, com a correção de todos os desequilíbrios que não possam ser compostos por simples reajustamento de preços dos insumos contratuais. Assim, as revisões extraordinárias, não periódicas, devem ser reservadas apenas para as situações-limite, de fatos imprevisíveis que possam comprometer a continuidade dos serviços e que não possam esperar até o momento da revisão quinquenal.²⁹ “Com a crise do tradicional princípio do risco e conta, e sua substituição pelo da cobertura suficiente, o que importa é uma garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, daí derivando um direito *ex lege* ou *ex*

considerar os custos do serviço não cobertos pelos reajustes efetuados, bem como as receitas alternativas ou complementares ou decorrentes de projetos associados, se existirem (art. 11), a fim de que se mantenha a relação encargo-remuneração fixada na proposta. (...) Nos contratos de concessão há dois tipos de revisão da tarifa: aquela prevista no contrato (periódica) e aquela independente de previsão, originada pela alteração unilateral do contrato, pelo ‘fato do príncipe’ e pela aplicação da teoria da imprevisão” (AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos*. Comentários às Leis 9.987 e 9.074 [Parte Geral], com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 43). Demonstrando que as revisões periódicas por fatos imprevisíveis e por alguns fatos previsíveis não são tão recentes assim, o Código das Águas já estabelecia em seus arts. 163 a 178 o princípio da revisão trienal das tarifas por ele reguladas (BARROS, Cecília Vidigal Monteiro de. *Reestruturação do setor elétrico e concorrência*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999. p. 105).

²⁸ “A fórmula utilizada para reajustes (*Retail Price Index minus X* — algo como índice de preços ao consumidor menos X) passou a ser utilizada para indicar a figura. O modelo também é conhecido como *price-cap* (...). O órgão competente fixa uma tarifa inicial, cujo montante presume-se adequado a cobrir todos os custos. (...) Prevê-se desde logo e para data futura um reajuste vinculado a determinado índice, mas sujeito a uma redução determinada (normalmente uma percentagem). (...) O valor real da tarifa sofrerá uma redução, em virtude da aplicação do deflator. (...) Os ganhos de eficiência da concessionária serão apropriados pelo concessionário até a data do reajuste e na medida em que ultrapassem o deflator. Suponha-se que o concessionário reduza seus custos em valores reais de 10% ao final do primeiro ano e mantenha seus custos nesse patamar por cinco anos. Ao final do quinquênio, aplica-se o reajuste, com um deflator de 8%. Isso significa que o concessionário incorporou ao seu patrimônio o lucro de 10% por quatro anos e, depois, teve um ganho de 2%” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 359-360).

²⁹ PERES, Luiz Afonso de Melo. A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de delegação da prestação de serviços públicos e o papel das agências de regulação. *Marco Regulatório*, v. 6, p. 19, 2002.

contracto à revisão periódica das tarifas, sem excluir as revisões em razão de circunstâncias previstas de antemão”.³⁰

Pela doutrina clássica, a variação do custo dos insumos dentro de determinada margem de razoabilidade encontrava-se dentro da álea ordinária, sendo incabível sua transferência para a tarifa, o que só seria admissível em caso de variação totalmente inesperada de custos (ex.: se determinada matéria-prima aumentasse de preço absurdamente em razão de o país que a produz, sempre pacífico e estável, ter entrado em guerra).

A opção legal ou contratual pelas revisões quinquenais e outras formas não estanques de divisão de riscos, com vistas a dar maior estabilidade e eficiência à delegação, não nos parece, todavia, inconstitucional ou ilegal.

Em primeiro lugar, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro referido constitucionalmente é inferida apenas da exigência de manutenção das “condições efetivas da proposta” (art. 37, XXI, CF), tornando admissível a repartição de riscos diversa dos parâmetros da doutrina clássica, seja para atribuir à concessionária riscos que normalmente eram considerados do poder concedente ou vice-versa, desde que prevista no ato convocatório da licitação e, conseqüentemente, ao menos de forma implícita, da proposta apresentada pelo concessionário.³¹ Em segundo lugar, os arts. 9º, § 2º, e 23, IV, Lei nº 8.987/1995, conferem espaço de modelagem das delegações de serviços públicos suficiente para que a administração adote, no instrumento convocatório, diferentes modalidades de revisão tarifária e de compartilhamento de riscos.³²

Seguimos, no particular, Marcos Augusto Perez, no sentido de que “por sua conta e risco”, tal como constante do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, “não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são ‘por conta e risco’ da concessionária aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir”.³³

³⁰ URRUTIGOITY, Javier. *Retribuición en los servicios públicos*. In: AGUIRRE, Marta González de (Coord.). *Los servicios públicos: régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 82.

³¹ Para os que defendem que foi constitucionalizado o modelo clássico de divisão de riscos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, as revisões quinquenais, tal como acima sucintamente descritas, seriam inconstitucionais.

³² Para uma visão sistemática da Lei nº 8.987/1995 no sentido do acolhimento de modalidades diversas de repartição de riscos nas concessões, ver o já citado imprescindível trabalho de Perez, *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*, op. cit., p. 156.

³³ *Ibid.*, p. 141-142. Na França também “se está passando da noção de exploração por conta e risco para aquela de ‘remuneração pelo menos substancialmente assegurada pelo resultado da

Em casos em que as condições objetivas da prestação do serviço se modificassem intensamente, sem que pudessem ser enquadradas nas teorias da imprevisão ou do fato da administração, haveriam duas soluções: (a) obrigar o concessionário a devolver a concessão, perdendo seus investimentos, fazendo com que a exploração do serviço fosse adiada até que se fizesse uma nova licitação e o novo contratado realizasse por sua conta novos (e em grande parte repetidos) investimentos; ou (b) reconhecer o dinamismo inerente aos contratos de longo prazo, admitindo a revisão do contrato fora dos lindes tradicionais do reequilíbrio econômico-financeiro.

A segunda opção é mais recomendável, já devendo ser adotada na elaboração da minuta de contrato anexa ao edital de licitação, que pode dilargar os termos da fórmula clássica “fatos previsíveis → risco da concessionária; fatos imprevisíveis → risco do concedente/consumidores”, diminuindo os riscos de uma ou de outra parte, conforme vier a ser disposto contratualmente, o que em nada afeta a garantia do equilíbrio contratual nos termos da proposta, uma vez que tal modelagem de divisão de riscos já integrava a equação econômica do contrato desde o início.

Essas medidas também contornam as dificuldades de a distinção entre as áleas ordinária e extraordinária³⁴ levar a

exploração do serviço’. (...) Se o poder público assume todos os riscos e imprevistos ligados à gestão do serviço, o contrato é uma empreitada ou uma prestação de serviços terceirizada, não uma concessão. (...) Mas a Comissão da União Europeia não determina o nível de risco assumido pelo Estado a partir do qual a qualificação do contrato muda. Ao contrário, ela afirma que a repartição de riscos entre concessionário e concedente deve ser feita caso a caso, em função das respectivas capacidades de melhor administrá-los” (SERVOIN, François. *Droit administratif de l'économie*. 2. ed. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble (PUG), 2001. p. 211-212 e 222).

³⁴ Essa divisão de riscos, se, em tese, parece clara, diante de exemplos concretos torna-se bastante nebulosa, com inúmeros casos em uma grande zona cinzenta intermediária, e a questão, no final das contas, acaba sendo definida pelo Poder Judiciário. Até que ponto, por exemplo, variações cambiais mais bruscas devem ser consideradas fatos imprevisíveis? A partir de que variação? O mesmo se diga das previsões de demanda, ponto em relação ao qual há rico debate também na doutrina e jurisprudência argentinas, decorrentes das divergências quanto à natureza comutativa ou aleatória do contrato de concessão (Salomoni, *Teoría General de los Servicios Públicos*, op. cit., p. 378 e ss.). “Não existe critério objetivo, abstrato e predeterminado para diferenciar álea ordinária e extraordinária. Aliás, as tentativas de definição tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos. A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinariedade ou a extraordinariedade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento” (Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, op. cit., p. 400). Um dos maiores desafios atuais das concessões no Brasil é enfrentar o problema de geralmente a inflação ser puxada justamente pelas tarifas dos serviços públicos concedidos. “Esse fenômeno pode ser explicado por várias razões. Em primeiro lugar, pela ênfase do governo

uma definição extremamente vaga do risco efetivamente suportado pelo concessionário, em cotejo com uma definição muito larga dos riscos suportados pelo concedente. Sem definições mais precisas, o conflito tende a não ser resolvido ou a sê-lo em desfavor do erário e do usuário, que acabarão de uma forma ou outra conservando a missão de manter sob o seu custeio o serviço público em funcionamento. Avançar, portanto, a partir do marco colocado pela teoria das áleas ordinária e extraordinária, é imprescindível.³⁵

Para Roberto Dromí,

o contrato público de terceira geração — que vai além das hipóteses dos contratos de colaboração e integração administrativa — cumpre um papel jurídico como instrumento e como protagonista da transformação econômica da sociedade. (...) O século XXI, que se inicia, anuncia tempos nos quais a pós-modernidade, a globalização e o novo Direito debilitam certezas (...). Por isso é preciso estabelecer espaços de segurança e solidariedade. Deve-se voltar aos valores. (...) A equação permite o cotejo entre a segurança jurídica originária e a realidade econômica superveniente. A equação em “estática” e em “dinâmica”, traduz os momentos do contrato, no equilíbrio “investimento-rentabilidade”, vistos, a partir da sua historicidade, em estática, quando nasceu o

brasileiro na questão fiscal no Programa de Desestatização, isto é, privilegiou-se uma forma de leilão na qual o vencedor era escolhido pelo maior preço oferecido pelo ativo. Dessa forma, as empresas de serviço público foram vendidas a preços bastante elevados, o que requereu grande esforço de captação de recursos para financiamento das aquisições e consequente endividamento por parte dos investidores, reduzindo-se, conseqüentemente, a capacidade privada para novos investimentos e propiciando um patamar inicial de tarifas elevado. Essa situação foi ainda agravada pela desvalorização cambial de janeiro de 1999, a qual teve por efeito a elevação do nível de endividamento das empresas, e pressionou ainda mais as tarifas dos serviços públicos, já que os custos em muitos casos eram indexados à moeda americana. No setor elétrico, por exemplo, grande parte da energia comprada pelas distribuidoras vem da usina Itaipu Binacional e é cotada em moeda estrangeira. Além disso, turbinas são em muitos casos importadas e financiamentos de longo prazo são oferecidos por instituições financeiras, privadas ou não, estrangeiras, como, por exemplo, o Banco Mundial” (LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Consequirão as PPPs atrair os investimentos pretendidos?* 2005. Mimeografado). Defendendo que, se o índice de reajuste previsto for significativamente superior à inflação e aos custos setoriais, haverá um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato favorável ao concessionário, ABREU, Odilon Rebés. A escalada das tarifas públicas e a possibilidade jurídica de revisão das cláusulas de reajuste automático. *Marco Regulatório*, v. 4, p. 69-75, 2001.

³⁵ Perez, *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*, op. cit., p. 127.

contrato, e, a partir da “atualidade”, em dinâmica, quando o contrato se desenvolveu no tempo e no espaço.³⁶

Na opinião de Marçal Justen Filho,

não se vislumbra qualquer impedimento jurídico à consagração entre nós desse modelo. O maior obstáculo poderia ser a concepção clássica da intangibilidade da equação econômico-financeira, que conduziria à estabilização de uma relação estática entre encargos e vantagens. Mas isso pode ser afastado na medida em que a solução esteja explicitamente prevista no ato convocatório da licitação. Não há vedação ao estabelecimento de uma relação dinâmica entre encargos e vantagens,³⁷ fixando-se que o dever da concessionária reside em ampliar sua eficiência e promover a redução dos seus custos.³⁸

Não nos parece que qualquer modelo de concessão que implique uma repartição de riscos diversa do modelo clássico deva necessariamente ser enquadrado na Lei das PPPs, cujas características na questão serão vistas no tópico seguinte. Como visto, tanto o art. 37, XXI, CF, como o art. 9º, § 2º, Lei nº 8.987/1995, dão espaço suficiente para essa variação na modelagem das concessões de serviços públicos se dar dentro do marco da própria Lei nº 8.987/1995. O enquadramento na Lei das PPPs será necessário somente no caso de se desejar conferir ao concessionário as garantias excepcionais de adimplência do poder concedente nela previstas (ex.: através do Fundo de Garantia das PPPs — FGP).

Questão de especial importância prática e teórica é saber se, para preservar a concessão, os critérios tradicionais de divisão de riscos nas concessões podem ser mitigados ainda que essa possibilidade não tenha sido prevista *ab ovo* no edital de licitação e na minuta de contrato a ele anexa.

³⁶ DROMÍ, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 8-9 e 308. Em outra obra, o autor defende que “a solução à controvérsia entre uma segurança jurídica originária, a letra do contrato pactuado entre as partes, e a defasagem desse marco jurídico em razão de fenômenos de uma realidade político-econômica superveniente, na qual também está comprometido o interesse público, exige atualmente outras regras do jogo” (DROMÍ, Roberto. *Derecho telefónico*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 55).

³⁷ Por exemplo, através das já analisadas revisões quinquenais.

³⁸ Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, op. cit., p. 360.

O problema pode ocorrer tanto quando a concessionária não tiver como arcar com fatos previsíveis (e, portanto, segundo o critério tradicional de divisão de riscos, de sua responsabilidade), como quando os usuários ou o poder concedente não tiverem como suportar as consequências (de reequilíbrio econômico-financeiro) em favor da concessionária devidas em razão da ocorrência de fatos imprevisíveis (risco assumido pelo Estado — ex.: se provocarem um aumento de tarifas além da capacidade de pagamento dos usuários).

A depender da magnitude das consequências práticas de eventual rompimento contratual por culpa da concessionária (caso os fatos “previsíveis” tenham sido muito onerosos) ou de eventual sobrecarga para os usuários/poder concedente (caso os fatos “imprevisíveis” sejam economicamente excessivos), entendemos que o modelo tradicional de divisão de riscos pode, excepcionalmente, ser temperado pela realidade verificada mesmo quando outro compartilhamento de riscos não tiver sido previsto no contrato.³⁹

Deve-se ter em vista o caráter dinâmico que as relações contratuais possuem no mundo contemporâneo, em que as constantes mudanças sociais, econômicas e tecnológicas inviabilizam o tratamento jurídico do contrato, como o congelamento de determinadas relações jurídicas no momento da sua celebração, adaptáveis apenas a fatos imprevisíveis.⁴⁰

³⁹ Há muito, encontra-se superada a assertiva de que a lei deve ser aplicada mesmo que o mundo pereça (*fiat justitia, pereat mundus; dura lex, sed lex*). “A frase vetusta e terrível (*fiat justitia, pereat mundus*) passou a ser olhada com antipatia por muitos, com desconfiança, pelo maior número; alguns a repelem com ironia, outros em tom patético; raros a invocam ainda como motivo de decisão, e nem como escusa merece apreço.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961. p. 212-213). “Nossa linha de pensamento caminha no sentido de afirmar que todas as avenças contratuais, que sejam instrumentais em relação ao objeto do contrato, podem ser alteradas em situações de risco, de modo a reequilibrar financeira e economicamente o contrato e a se resguardar a estabilidade e a continuidade contratual. Todas essas alterações devem ser motivadas pelo intuito de se alcançar o escopo da concessão: a prestação adequada do serviço público. Essa missão é grandemente facilitada se o contrato de concessão prevê esse grau de mutabilidade” (Perez, *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*, op. cit., p. 194). Para uma análise da modificação do sistema de divisão de riscos adotado no contrato em situações de emergência econômica e social, rica é a doutrina argentina, elaborada em razão da crise pela qual recentemente passou o nosso vizinho. Podem ser citados para esse efeito GORDILLO, Agustín (Org.). *El contrato administrativo en la actualidad*. Buenos Aires: La Ley, 2004; e DROMÍ, Roberto (Org.). *Renegociación de contratos públicos en emergencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

⁴⁰ “A concessão envolve assunção de riscos muito mais intensos do que nos contratos administrativos comuns ou do que em empreendimentos privados. Em face das contratações administrativas comuns, a diferença fundamental reside em que o concessionário desempenha o serviço por conta e risco próprios. (...) Mais ainda, as concessões envolvem contratações de longo prazo, superando largamente os prazos praticados nos demais contratos administrativos. Por outro lado, os empreendimentos privados comportam ampla margem de autonomia para o particular.

Tatiana Esteves Natal afirma, nesse sentido, que

podemos observar uma inevitável incompletude do contrato de concessão visto que, durante seu termo, alteram-se os elementos do mercado, o padrão tecnológico evolui e, da mesma forma, deverá mudar a política tarifária eleita inicialmente, com reflexos necessários ao equilíbrio econômico-financeiro original. Nesse passo, ao longo de um período de 30 anos, as mudanças tecnológicas tendem a ser gigantescas o que, obviamente, traz impactos econômicos de toda ordem e, por vezes, extremamente intensos, sobre determinado setor de serviços públicos.⁴¹

Ainda de acordo com a autora,

na realidade do dia a dia das contratações de concessões de serviços públicos, sem prejuízo da crítica a uma teoria que preconiza uma divisão abstrata de riscos (...), não há como as partes preverem todos os riscos e incertezas possíveis, já que alguns decorrem da própria evolução tecnológica da atividade, ou mesmo de alterações da política tarifária.⁴²

Impõe-se, no direito administrativo e na teoria geral dos contratos, a visão do contrato como processo, ou seja, como um plexo de relações jurídicas que podem e devem, muito além apenas da vetusta e oitocentista teoria da imprevisão, ser adequadas ao longo do tempo diante das exigências dos problemas que forem sendo verificados, em suma, da experiência da sua execução.

(...) Já a concessão de serviço público envolve planejamento muito mais rígido e impossibilidade de interrupção das atividades. Ora, é materialmente impossível conceber que Estado e particular tenham o poder (e o dever) de prever, de modo completo e satisfatório, eventos futuros que ocorreriam dez ou quinze anos depois. Isso seria exigir dons sobre-humanos dos envolvidos. Logo, tem de adotar-se interpretação razoável a propósito de que o concessionário tem o ônus de prever os eventos futuros (...)" (Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, op. cit., p. 401-402).

⁴¹ A Teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão. Disponível em: <www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/artigos-e-teses/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-administrativo/TATIANA%20ESTEVE%20NATAL.pdf>.

⁴² *Ibid.*

Se essa é a diretriz contemporaneamente imposta pela teoria geral dos contratos, deve *a fortiori* ser aplicada a contratos de concessão, de longuíssima duração e envolvendo investimentos a serem amortizados até o fim do prazo contratual. A assertiva é reforçada pelos princípios da estabilidade das relações contratuais, da boa-fé, da moralidade e economicidade, no sentido de se evitar o desperdício de todos os recursos que já tiverem sido despendidos com o contrato.⁴³

Vale notar, nesse particular, que não há vedação para tanto na Constituição Federal. O art. 37, XXI, não prescreve um modelo rígido e definido de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, apenas garante a manutenção das condições da proposta.

Egon Bockmann Moreira chama a atenção para o fato de que

na atualidade, para ser estável e perene, é necessário ser mutável. A regulação normativa não tem o atributo de prever o futuro, nem tampouco de o submeter ao Direito. Por isso que a certeza da mudança é uma premissa da segurança. O que se torna ainda mais evidente no campo da regulação dos contratos públicos (sobretudo os de longo prazo, como as concessões e as parcerias público-privadas). (...) As atividades sob regulação tendem a ser empreendimentos econômicos de alta capilaridade social (bancos, seguros, ações, telefonia, medicamentos, planos de saúde, etc.), dentre os quais estão os serviços públicos (cuja atração de colaboradores sérios depende da elaboração de um projeto que oferte remuneração adequada ao investidor). Envolve projetos

⁴³ “A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual — sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento —, norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de apud COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora RT, 2000. p. 509). A teoria tradicional da Imprevisão não dá mais conta das necessidades econômicas e jurídicas contemporâneas, razão pela qual foram a ela se agregando subteorias visando a dar maior flexibilidade e, consequentemente, maiores chances de manutenção dos negócios jurídicos. É assim que se entende que “haverá quebra da base objetiva do negócio, por exemplo, quando houver (...) *onerosidade excessiva* impossibilitando o devedor de cumprir a prestação”, o que “nada tem a ver com ‘imprevisão’ (situação psicológica, subjetiva das partes contratantes), porquanto onerosidade excessiva é aferível de modo objetivo (...). A revisão do contrato pode ocorrer não apenas por situações aferíveis objetivamente (quebra da base objetiva do negócio), como também por imprevisão (CC 478)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 339-40). Da perspectiva da teoria geral dos contratos, é também essencial para a compreensão das novas fronteiras do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

de longo prazo (consubstanciados em contratos de 10, 20 ou 30 anos), com investimentos de longa maturação (aportes iniciais significativos, a ser recuperados ao longo de muitos anos).⁴⁴

Em vista disso, em um contrato administrativo de longa duração, como é o caso do contrato de arrendamento, pode ser necessário

alterar o momento ou a forma de execução das obrigações; prorrogar ou diminuir o tempo do contrato ou do objeto da contratação; incorporar ou excluir serviços, especialmente diante da evolução tecnológica, etc. Essas exigências somente serão reveladas na execução da atividade, somente no exato momento real em que o agente privado e/ou o regulador se depararem com o obstáculo ou vicissitude que não teve como ser previsto no momento da celebração da avença (...). Tal como as sinfonias, o projeto de concessão somente é revelado quando implementado de fato, como na frase atribuída a H. Von Karajan: “ninguém pode dizer que conhece uma partitura, por mais que a tenha na cabeça, antes de tê-la experimentado na orquestra”.⁴⁵

E conclui o autor:

A realidade socioeconômica é caprichosa e não admite desprezo. Mais ainda: seria um contrassenso, atentatório à eficiência administrativa, pretender estancar tais contratos, atrelando-os ao passado. (...) Daí a regulação exigir a convivência aberta com o novo, a sensibilidade técnica quanto à necessidade de mutação jurídica, a rapidez nas soluções e a certeza de sua precariedade.⁴⁶

O sucesso dos contratos de delegação exige a instituição de mecanismos de “convivência com a realidade atual e futura. (...) neste contrato o futuro é mais importante do que o presente”.⁴⁷ As técnicas clássicas de reequilíbrio econômico-financeiro não são suficientes.

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 25, p. 110, jan./mar. 2009.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 111.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 111-112.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 110-111.

5. A alocação de riscos positivada na Lei das PPPs

As concessões sob a forma de PPPs são o exemplo por excelência do fenômeno visto acima de insurgência de certa liberdade da administração pública para estabelecer, em cada licitação, o modelo de alocação de riscos que deseja para determinado contrato. E o exemplo é ainda mais eloquente por ter sido expressamente positivado, demonstrando que a necessidade doutrinária, econômica e da praxe administrativa encontrou eco no legislador.

A sua lei, de forma expressa, delega aos contratos a repartição dos riscos, tanto dos riscos ordinários (com o poder concedente podendo assumi-los em parte), como dos riscos extraordinários (até então assumidos apenas pelo poder concedente em razão da sua obrigação de recompor a equação econômico-financeira em favor da concessionária).

Um ponto específico a ser minuciosa e objetivamente disciplinado nos contratos de PPP é a repartição dos riscos entre o parceiro público e o privado, o que terá íntima relação com os valores a serem pagos pelo poder público.

Há nas parcerias público-privadas

o elemento de arbitramento (repartição) de riscos. Cada PPP envolverá uma repartição específica de riscos amoldada à peculiaridade do escopo da parceria. Em termos de definição legal, é importante que se deixe claro o fato de ser inerente a uma PPP um regime de riscos compartilhados e absolutamente detalhado em contrato.⁴⁸

Nos contratos administrativos em geral, regidos pela Lei nº 8.666/1993, o risco é exclusivo da administração pública, que contrata a realização de determinada obra pública ou a prestação de serviço por determinado valor, independentemente de a obra ou o serviço vierem a ser efetivamente utilizados, ou em que intensidade o serão. Será sempre devido ao contratado privado o valor prefixado na licitação, após a entrega do objeto do contrato.

Já nas concessões comuns, disciplinadas pela Lei nº 8.987/1995, o risco é, pelo menos de acordo com a teoria tradicional,⁴⁹ tendencialmente do

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental*. 2005. Mimeografado.

⁴⁹ Mesmo nas concessões comuns é possível uma modelagem não tão rígida em relação à divisão de riscos quanto seu modelo teórico tradicional. Deve ser lembrado que a revisão quinquenal, prevista em muitos contratos de concessão regidos pela Lei nº 8.987/1995, também já representou uma evolução em relação à equação econômico-financeira estática.

concessionário privado. Se o serviço público concedido vai ser mais ou menos utilizado pelos destinatários finais, é em princípio considerado um risco inerente ao negócio. Apenas o risco por fatos imprevisíveis (ex.: racionamento de energia que gere uma inesperada redução de energia) ou de responsabilidade do próprio Estado (ex.: aumento de tributos, alteração unilateral do contrato) são assumidos pelo poder concedente por força do direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

As PPPs se situam exatamente entre esses dois modelos, permitindo uma divisão de riscos entre o poder público e o concessionário maior do que a meramente direcionada a fatos imprevisíveis ou de *jus imperii*. Admite, portanto, uma manutenção da equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral, dita estática e referenciada apenas ao momento inicial do contrato. Em uma manutenção da equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada poderão ser incluídos elementos como previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação econômico-financeira estática.

A Lei não vai, contudo, a pormenores de qual seria a divisão de riscos que caracterizaria as parcerias público-privadas. Atribui essa especificação ao contrato, que deverá prever a repartição objetiva dos riscos entre as partes (artigos 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/2004).⁵⁰

A Lei nº 11.079/2004, portanto, diversamente das Leis nº 8.666/1993 e 8.987/1995, que já estabeleceram um critério básico de divisão de riscos, apenas prevê que o poder público assumirá parcela dos riscos por meio do pagamento de determinadas quantias ao parceiro privado. A lei das parcerias público-privadas delega ao contrato, à autonomia contratual da administração pública, legalmente estabelecida e delimitada, a determinação de que parcela de riscos será assumida pelo Estado e os critérios de como será calculada.⁵¹

⁵⁰ “Cada parceria, consoante seu objeto específico e seu arranjo de viabilidade, haverá de ter uma delimitação específica. Segue daí que o verdadeiro regime da PPP não estará na lei e sim no contrato que lhe dá forma.” Marques Neto, *As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental*, op. cit.

⁵¹ A remuneração a ser arcada pelo Estado pode, nos termos do art. 6º da Lei nº 11.079/2004, ser tanto em dinheiro, como em direitos sobre bens públicos (ex.: construção de um teatro, com o direito de explorar um shopping anexo a ele). Em estudo pioneiro sobre a matéria, Celso Antônio Bandeira de Mello propunha a seguinte solução para quando o Estado não tivesse verbas orçamentárias para arcar com determinada obra pública, nem os cidadãos condições de pagar por seu uso: “O Estado dispõe de seu próprio patrimônio imobiliário (normalmente vasto). O

Não há, portanto, na Lei nº 11.079/2004, modelagem contratual de divisão de riscos *ex ante* vedada ou fixada, havendo considerável margem para se adotar os mais diferenciados modelos de repartição de riscos, podendo-se chegar inclusive ao chamado “pedágio-sombra”, muito utilizado na experiência internacional em rodovias, pelo qual é medido o tráfego na via, mas o pedágio não é pago pelos usuários, e sim direta e integralmente pelo Estado.⁵²

Mesmo em relação aos riscos decorrentes de fatos imprevisíveis (caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária), o art. 5º, III, 2ª parte, da Lei nº 11.079/2004, confere ao contrato a atribuição de definir como serão repartidos. A lei determina que o contrato deverá necessariamente prever que tais riscos serão repartidos e como o serão.

Paulo Modesto sustenta que todos os riscos, inclusive os que nas concessões comuns incumbem integralmente ao Estado, devem ser divididos entre as partes das PPPs (ex.: os custos decorrentes de um aumento de imposto não geram um direito integral do concessionário ao reequilíbrio contratual, devendo ele arcar com parte desse gravame),⁵³ o que não nos parece ter sido predeterminado pelo legislador.

todo ou a parte de cada uma das suas propriedades que não tinha que estar necessariamente comprometida com uma utilização pública podem ser adstritos à exploração econômica dos empreendedores particulares que, neles ou em outro sítio, se disponham a realizar as obras públicas em cuja realização o Poder Público esteja interessado. Dependendo do vulto e da natureza do empreendimento, a parte do patrimônio imobiliário estatal alheia ao uso especial da Administração e não voltada à utilização coletiva pode ser outorgada a título de concessão de uso, concessão de direito real de uso, aforamento ou simplesmente alienada ao empreendedor particular como meio de pagamento de obras por este custeadas”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Obra pública a custo zero (instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero)*. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 3, p. 32, 1993.

⁵² “Quando a exploração da obra se dá de uma forma que não se prevê retribuição alguma por parte do usuário, sendo a Administração Pública que paga ao concessionário, o risco comercial se transfere integralmente a ela. Todavia, há uma forma intermediária entre esse modelo e o da remuneração exclusiva pelos usuários: consiste em deixar com a Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento, modulando-o, contudo, de acordo com uso que for feito pelos usuários da infraestrutura. Quanto maior o êxito na exploração, maior a remuneração. Esta seria a forma do pedágio-sombra puro, que, naturalmente, admite modulações de financiamento misto, procedente parcialmente da Administração e em parte dos usuários. Em todos esses casos não se produz uma transferência integral dos riscos à Administração Pública, com o qual o recurso ao financiamento privado mantém o seu verdadeiro sentido.” MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*. Madrid: Civitas, 2004. Tomo I, p. 1314.

⁵³ Vejamos com vagar a fundamentada posição do jurista baiano: “As concessões de obra ou serviço público são caracterizadas no Brasil como contratos administrativos em que o **risco é exclusivamente do concessionário**. Essa concepção, no entanto, é antes um **mito** (ou um ‘mantra dogmático’, um fraseado repetido sistematicamente, sem reflexão ou crítica) do que um dado da ordem jurídica positiva: o direito brasileiro reduz o conceito de álea ordinária — conjunto de riscos que o concessionário deve suportar — e amplia ao máximo a proteção do concessionário em face da álea extraordinária (nas duas modalidades, álea administrativa e álea econômica),

O que a administração pública não pode é, no uso da margem de modelagem dada pela Lei nº 11.079/2004, adotar critério de divisão de riscos que descaracterize o próprio instituto das PPPs e sua natureza de delegação, como ocorreria se, por exemplo, a administração pública devesse quantia fixa, sem relação com a quantidade e qualidade das utilidades disponibilizadas.⁵⁴

obrigando o Estado a assumir diversos riscos durante o contrato de concessão de serviço ou de obra pública. A teoria do fato do príncipe nos contratos de concessão, por exemplo, possui entre nós um alcance muito mais amplo do que no direito francês: no direito brasileiro, de ordinário, o Estado cobre com exclusividade os desequilíbrios contratuais decorrentes de medidas gerais por ele impostas que afetem indistintamente toda a coletividade (como os tributos), o que não ocorre, como regra, no direito francês. Por igual, entre nós a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão tem sido extremamente generosa para o concessionário, pois diante de fatos imprevisíveis, excepcionais, que afetem a economia do contrato tem-se invocado a responsabilidade integral do Estado pela cobertura destes riscos, enquanto no direito francês os prejuízos decorrentes de fatos imprevisíveis e anômalos (álea econômica) são partilhados entre o concedente e o concessionário. Essa dupla redução de riscos para o concessionário é extraída, pela doutrina majoritária, do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, na parte que estatui que as obras e serviços serão contratados 'com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta'. Sem embargo dessas garantias do concessionário, que nada mais são do que assunção pelo Estado de parte dos riscos da concessão, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, define a concessão de obra ou serviço público como contrato em que o concessionário deve fazer prova de possuir capacidade para executar a obra ou serviço 'por sua conta e risco' (art. 2º, II, III e IV). A Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs) foi mais austera: impôs a 'repartição objetiva de riscos entre as partes' (art. 4º, VI), inclusive os 'referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária' (art. 5º, III). Não tenho dúvida que muitos autores inquirarão o novo dispositivo de inconstitucional, por afronta ao precitado art. 37, XXI, da Constituição Federal. Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. O conceito de 'condições efetivas da proposta' não deve atinar apenas com o preço e as tarefas assumidas: deve encerrar, ao menos nos contratos de parceria público-privada, um objetivo catálogo de situações que indique quais os riscos serão partilhados entre os parceiros e quais os riscos serão de responsabilidade exclusiva de cada parte. É o início do fim dos contratos administrativos elípticos e mal ajustados, de poucas páginas, que asseguram todas as garantias possíveis ao concessionário e deixam o Estado sem clareza sobre a extensão do risco efetivo assumido pelo concessionário" (MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas*: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas, 2005. Grifos do original. Mimeografado, inédito gentilmente fornecido pelo autor. No mesmo sentido, ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 184. Igualmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que, ao contrário do que se dá nos contratos administrativos e concessões em geral, os desequilíbrios decorrentes da teoria da imprevisão e de força maior devem ser divididos entre os parceiros público e privado. O mesmo, segundo a autora, não há de se dizer do fato da administração e do fato do príncipe, arcados integralmente pelo Estado em razão da sua responsabilidade objetiva, *ex vi* do art. 37, § 6º, CF. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 171.

⁵⁴ "Se for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas ao seu esforço, estará excluída uma característica essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração deriva da execução da prestação dele exigida." JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 504.

Nesse caso, não se trataria mais de parceria público-privada, mas de contrato administrativo comum, apenas excepcionada a regra de 30 dias para a realização dos pagamentos após a entrega do objeto contratual ou de suas parcelas à administração (art. 40, XIV, Lei nº 8.666/1993). Não haveria a repartição de riscos preconizada pelos arts. 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/2004.

Referências

ABREU, Odilon Rebés. A escalada das tarifas públicas e a possibilidade jurídica de revisão das cláusulas de reajuste automático. *Marco Regulatório*, v. 4, p. 69-75, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de apud COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora RT, 2000.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos*. Comentários às Leis 9.987 e 9.074 [Parte Geral], com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Obra pública a custo zero (instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero)*. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 3, p. 32 e ss., 1993.

BARROS, Cecília Vidigal Monteiro de. *Reestruturação do setor elétrico e concorrência*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Imprensa Nacional, 1943.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DROMÍ, Roberto (Org.). *Renegociación de contratos públicos en emergencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

_____. *Derecho telefónico*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

_____. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 318-319, 2001.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GORDILLO, Agustín (Org.). *El contrato administrativo en la actualidad*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

_____. *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1914.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Conseguirão as PPPs atrair os investimentos pretendidos?* 2005. Mimeografado.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*. Madrid: Civitas, 2004. Tomo I.

MAIRAL, Hector A. La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas. In: GORDILLO, Agustín (Org.). *El contrato administrativo en la actualidad*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 3-18.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental*. 2005. Mimeografado.

_____. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de Informação Legislativa*, v. 159, p. 193-197, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961.

MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas*, 2005. Grifos do original. Mimeografado.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, n. 25, p. 101-117, jan./mar. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PERES, Luiz Afonso de Melo. A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de delegação da prestação de serviços públicos e o papel das agências de regulação. *Marco Regulatório*, v. 6, 2002.

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

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

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

SCHOLLER, Heinrich. Constituição e globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de mercado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77-104.

SERVOIN, François. *Droit administratif de l'économie*. 2. ed. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble (PUG), 2001.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: _____. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

URRUTIGOITY, Javier. Retribución en los servicios públicos. In: AGUIRRE, Marta González de (Coord.). *Los servicios públicos: régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 71-77.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.