

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais

ARTHUR WOLFF HACK

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
DE SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19**

Porto Alegre

2021

ARTHUR WOLFF HACK

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
DE SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Porto Alegre

2021

CIP - Catalogação na Publicação

Hack, Arthur Wolff
EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA
DA COVID-19 / Arthur Wolff Hack. -- 2021.
86 f.
Orientador: José Guilherme Giacomuzzi.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Concessão de serviço público. 2. Equilíbrio
econômico-financeiro. 3. COVID-19. I. Giacomuzzi, José
Guilherme, orient. II. Título.

ARTHUR WOLFF HACK

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
DE SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Aprovado em:Porto Alegre, 23 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Profª Drª Eunice Ferreira Nequete
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

AGRADECIMENTOS

Em especial agradeço ao meu orientador, professor José Guilherme Giacomuzzi, pelas conversas, pelas aulas e pela disposição em me ajudar no percurso deste trabalho.

Agradeço também aos meus pais e familiares, pelo apoio na escolha de fazer esta segunda graduação que se conclui agora.

Aos meus amigos da Fabico, do Americano e da Verbo, pelo apoio e companheirismo de sempre.

Aos amigos que fiz no Direito, Remussi, Léo, Márcio e William, pelo compartilhamento de angústias, risadas e projetos.

À *Res Severa Verum Gaudium* e a todas as equipes com quem trabalhei nela durante quase todo meu período de graduação.

Agradeço também à UFRGS, que pela segunda vez me proporcionou uma graduação pública e de qualidade, contribuindo de maneira inestimável para minha formação.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à Verônica, minha companheira neste final de graduação e na vida inteira, pelo companheirismo, apoio, amor e por ter feito a pandemia um período mais suportável.

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no contexto da pandemia da COVID-19. A partir da observação de que esses contratos foram largamente afetados pelas decorrências da crise sanitária, pretende-se analisar como o instituto do equilíbrio econômico-financeiro pode ou não ser utilizado para mitigar os prejuízos havidos tanto pelo poder concedente como pelos concessionários. Com esse fim em mente, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, são analisadas noções de serviço público e de concessões, tanto do ponto de vista da doutrina como do da legislação. No segundo, são feitas contextualizações doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais acerca do equilíbrio econômico-financeiro. Por fim, no último capítulo é analisada, a partir das noções engendradas pelas duas primeiras partes do trabalho, a utilização do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no contexto da pandemia da COVID-19.

Palavras-chave: Concessão de serviço público. Equilíbrio econômico-financeiro. COVID-19.

ABSTRACT

This work aims to analyze the fair remuneration of public utilities in the context of the COVID-19 pandemic. Having the notion that such activities were largely affected by the sanitary crisis, the goal is to research how – and if – the concept of fair remuneration can be utilized to mitigate the financial losses of the Administration and of the concessionaires. Thus, this paper was divided in three sections. In the first, it is analyzed the concepts of franchising and concessions. Such analysis is made both from a theoretical and jurisdictional point of view. The second section focuses on fair remuneration, whose use is problematized in Brazilian law, jurisprudence and doctrine. Lastly, aiming to unite the discussions made on the previous sections, the third one aims to analyze the utilization of the notion of “fair remuneration” applied to franchising in the context of the COVID-19 pandemic.

Keywords: Franchising. Fair Remuneration. COVID-19.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONCESSÕES E SERVIÇO PÚBLICO	11
2.1 SERVIÇO PÚBLICO	11
2.1.1 Noções sobre a matéria	11
2.1.2 Histórico	16
2.1.3 Histórico do tratamento dos serviços públicos no Brasil	19
2.1.4 Serviços Públicos na Constituição da República Federativa do Brasil	20
2.2 CONCESSÕES	22
2.2.1 Noções conceituais e terminológicas	22
2.2.2 Histórico das concessões	24
2.2.3 Espécies contidas na Lei nº 8.987/1995	26
2.2.4 Objetivos e fundamentos.....	27
2.2.5 Características notáveis	30
2.3 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	32
2.3.1 Considerações conceituais	32
2.3.2 Objetivos	35
3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	37
3.1 ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS.....	37
3.2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	44
3.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEI Nº 8.987/1995	48
3.4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA JURISPRUDÊNCIA.....	51
3.4.1 Decisões do TCU	51
3.4.1.1 Acórdãos 2104/2008 e 346/2012	51
3.4.1.2 Acórdão 883/2020	53
3.4.1.3 Acórdão 2264/2021	54
3.4.2 Decisões do STF	56
3.4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2733-6.....	56
3.4.2.2 Recurso Extraordinário nº 571.969/DF	59
4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19	65

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

No dia 07 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram à Organização Mundial da Saúde (OMS) que haviam identificado um novo tipo de coronavírus nunca antes identificado em seres humanos, o vírus SARS-CoV-2, responsável por causar a doença conhecida como COVID-19. Pouco mais de dois meses depois, em 11 de março, a OMS decretava que vivenciávamos uma pandemia. No Brasil, o primeiro caso havia sido detectado algumas semanas antes, em 26 de fevereiro. De lá até o fechamento deste trabalho, a doença levou mais de 609 mil pessoas a óbito no Brasil, número que chega a mais de cinco milhões em escala global.

A pandemia da COVID-19 teve muitos efeitos, dos quais o mais importante e nefasto sem dúvida foram as vidas ceifadas pela moléstia. Além disso, porém, vivenciamos efeitos sociais, jurídicos, econômicos, financeiros dentre tantos outros. Se atualmente já temos cerca de 55% da população brasileira com o ciclo vacinal completo, antes do advento dos imunizantes – algo que aconteceu no final de 2020 – a melhor forma de se combater a disseminação da doença eram as medidas do chamado isolamento social. Visando diminuir a circulação de pessoas, e, portanto, do vírus, essas medidas fizeram com que escolas e universidades fechassem, empresas adotassem o *home office* como regime laboral para seus trabalhadores, bares e restaurantes tivessem de suspender suas atividades, dentre tantas outras atividades que foram afetadas.

Um objeto jurídico, mas que tem efeitos nas outras searas supracitadas – social, econômica, financeira etc. –, é o das concessões de serviço público. Como nota Egon Bockmann Moreira (2012), um cidadão comum que, ao se levantar pela manhã, ligue o rádio, tome banho em um chuveiro elétrico e pegue seu carro para trafegar em uma rodovia, faz uso de vários tipos de concessões de serviço público, provavelmente sem percebê-lo. Essa breve anedota é suficiente para notarmos que as concessões permeiam nossa vida cotidiana de forma quase ubíqua aos nosso afazeres mais ordinários.

Entendermos como os contratos de concessão estão presentes nas mais variadas searas das nossas vidas também faz com que percebamos como um período em que o dia a dia de praticamente toda população foi afetado teve efeitos nesse tipo de contrato administrativo e sua economicidade. Afinal, os contratos de concessão de serviço público normalmente têm na tarifa paga pelos usuários um fator importante para a remuneração do concessionário. Portanto, uma

pandemia com efeitos tão devastadores nas relações e atividades humanas acaba, *ipso facto*, tendo efeitos sobre as concessões de serviço público.

Nesse sentido, neste trabalho pretende-se analisar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no contexto da pandemia da COVID-19. A escolha do objeto se justifica tanto pela importância do instrumento, nos moldes do que foi explicado acima, quanto por sua complexidade. Afinal, contratos de concessão têm uma longa duração de tempo, engendram escolhas políticas e estratégias inerentes ao tamanho do Estado e servem à prestação de serviços públicos que devem ter sua prestação contínua e com modicidade tarifária. Todos esses aspectos foram largamente afetados – de uma forma ou de outra – pela pandemia.

Há de se ressaltar que a pandemia ainda não terminou. Nas 24 horas antecedentes à data de fechamento deste estudo, 436 brasileiros perderam suas vidas para a doença. Se é um número muitíssimo menor do que aqueles com que convivíamos há apenas alguns meses, ainda assim demonstra como os efeitos do vírus estão longe de ter terminado. Isso sem falarmos nas questões econômicas, cujos efeitos demorarão a deixarem de ser sentidos. Com isso, as análises deste trabalho ficam algo restritas: não tendo a possibilidade de serem retrospectivas, fatalmente terão caráter mais geral.

Outra ressalva que merece ser feita é que o recorte escolhido para este trabalho é o das concessões de serviço público, ou seja, aquelas disciplinadas na lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Não entram no escopo do trabalho, portanto, as espécies de Parcerias Público Privadas (PPPs), concessões administrativas e patrocinadas. O recorte se justifica por dois motivos. Primeiramente, porque a adição de mais duas espécies conceituais alargaria em muito o tamanho deste estudo. Além disso, considerou-se que seria mais interessante, em um trabalho concernente aos efeitos da pandemia, que se analisassem contratos capazes de gerar mais imbricações com outros aspectos do cotidiano dos cidadãos, bem como com questões atinentes a políticas públicas estatais.

Assim, este trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, serão realizadas uma série de contextualizações. Primeiramente, dos serviços públicos, os quais são analisados conceitual e historicamente; depois, das concessões de forma geral, buscando-se entender quais as características principais e quais os objetivos desse instituto; finalmente, essas duas subseções convergirão para que analisemos as concessões de serviço público no Brasil, seu histórico e seu tratamento legislativo.

No ponto dos serviços públicos, cabe salientarmos novamente que não se tem a pretensão de esgotar todos os pontos atinentes a uma matéria que é deveras complexa, e cujo próprio conceito é alvo de discussões doutrinárias. De fato, ao longo de seus trabalhos, muitos

autores (ARAGÃO, 2013; DI PIETRO, 2019; RIVERA, 2016; SCHIRATO, 2012) usam adjetivos como “polissêmicos” ou “polêmicos” ao se referirem aos serviços públicos. Portanto, é certo que alguns pontos tratados no primeiro capítulo poderiam ser objeto de um trabalho inteiro – seja pela extensão dos temas e noções que engendram, seja por terem tratamento polêmico na doutrina ou na jurisprudência –, mas aqui a opção foi por tratá-los apenas em suas noções mais gerais para não fugir do escopo deste estudo. São exemplos disso os princípios do serviço público, a história destes, a “crise” – aludida por alguns autores – por que passa sua noção ou mesmo as escolas históricas e suas respectivas acepções da matéria: embora sejam aspectos inegavelmente relevantes e complexos, foram abordados apenas em seus pontos mais gerais, julgados essenciais para o cumprimento dos objetivos estabelecidos aqui.

No segundo capítulo, abordaremos o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Assim, em um primeiro momento faremos uma análise conceitual da matéria, para então partirmos para uma análise do seu tratamento na Constituição e na legislação. Encerrando o capítulo, far-se-á uma análise do tratamento da matéria nas jurisprudências do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal.

Fechando o trabalho, o terceiro e derradeiro capítulo nos trará uma análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no contexto da pandemia da COVID-19. Pretende-se, pois, que os conceitos e usos trazidos nos dois primeiros capítulos convirjam para que possamos analisar a matéria da melhor forma possível. Assim, acreditamos que conseguiremos caracterizar a utilização do equilíbrio econômico-financeiro no contexto pandêmico como algo eminentemente multifacetado, para cuja correta análise são necessários diversos instrumentos e conceitos.

2 CONCESSÕES E SERVIÇO PÚBLICO

Neste capítulo, com fito de cumprir o objetivo deste trabalho, que é o de analisar os efeitos da pandemia da COVID-19 à concessão de serviços públicos no Brasil, estudaremos conceitualmente esses institutos jurídicos. Assim, em um primeiro momento nos debruçaremos sobre serviços públicos, para então partimos à análise das concessões. Fechando o capítulo, examinaremos as concessões de serviço público, buscando identificar como ambos conceitos se imbricam entre si, formando o instrumento jurídico conhecido como concessões de serviço público ou “concessões comuns”.

É importante ressaltar que nenhuma das três seções deste capítulo tem a pretensão de exaurir as matérias ali tratadas. Haveria uma infinidade de abordagens e temas a serem abordados em cada um desses assuntos, a maioria dos quais foge do escopo deste trabalho, seja por restrições de tamanho, seja por afinidade temática ao objetivo dele. Assim, foram escolhidos os pontos considerados mais importantes ao intuito de observar os efeitos da pandemia da COVID-19 nas concessões de serviço público no Brasil.

2.1 SERVIÇO PÚBLICO

2.1.1 Noções sobre a matéria

Os serviços públicos são adjetivados frequentemente na doutrina com termos como “polissêmicos”, “multifacetados” ou “polêmicos”. Para Aragão (2013), disso decorre que não é adequado falar em “conceito” de serviços públicos, mas sim em sua “noção”. Para Rivera (2016) o motivo de dita polêmica em torno da matéria advém da capacidade que ela tem de engendrar tensões político-ideológicas entre aqueles que associam o tema à burocracia estatal, aos males da estatização, ao déficit público e a outros aspectos tidos como negativos em oposição à (suposta) eficiência que se julga ser maior na iniciativa privada. Sobre a polissemia do tema, aduz o pensador mexicano que:

[...] a noção de serviço público, como se pôde apreciar desde suas primeiras etapas, apresenta-se não como uma forma de atividade administrativa, mas como a confluência de muitas em uma só atividade, seja de prestação, fomento ou limitação. Em outras palavras, quando o legislador estabelece uma determinada atividade sob categoria de serviço público, refere-se tanto à atividade prestacional em sentido estrito como também permite à Administração Pública realizar atividades de intervenção e limitação na vida dos administrados, estabelecendo condições, limites e restrições no gozo de direitos ou na forma como tais direitos serão exercidos, e ainda um sistema

de sanções, principalmente quando a prestação do serviço se faz de modo concorrente com os particulares. (RIVERA, 2016, p. 39–40)

Sobre a noção dos serviços públicos, Martins (2011) atesta que para que uma atividade seja classificada como serviço público há a necessidade de que o sistema normativo vigente a classifique dessa forma. Menegat (2020) segue em chave semelhante. Para este último autor, não há uma ontologia subjacente às atividades consideradas serviços públicos, mas sim a atribuição de uma qualidade jurídica a elas. Dito em outras palavras, não há um objeto no mundo real que possa ser observado e qualificado ontologicamente como serviço público. Há várias observações a serem feitas a partir dessa acepção. Primeiramente, a de que serviço público é uma noção, não um objeto concreto, palpável. Ademais, a de que é possível separar a atividade econômica propriamente dita da noção de serviço público: “A atividade econômica em si (fornecimento de energia elétrica, oferta de saneamento básico, etc.) é que existe no mundo fático, a noção de serviço público é uma criação jurídica para adjetivá-la”. (MENEGAT, 2020, p. 36)

Assim, conclui o doutrinador que elevar uma atividade ao patamar de serviço público é uma escolha política, porquanto estas não têm tal qualificação como algo inerente a sua natureza: “Em termos linguísticos, pode-se afirmar que o ‘serviço público’ é o adjetivo atribuível à atividade (substantivo) que, na prática, reúna características a ponto de ser tida como relevante e, legislativamente, ser qualificada como tal.” (MENEGAT, 2020, p. 36–37). Aragão (2013) também concorda com a noção de que não há nada que difira, em termos de sua essência, serviços como públicos ou privados: como atividades econômicas que são, poderiam pertencer a uma ou outra esfera. Contudo, por uma vontade do constituinte ou do legislador, a partir de uma avaliação das necessidades e anseios da coletividade em determinado período histórico, entendeu-se que essas atividades deveriam ser de titularidade estatal.

Seguindo em sua explanação, Martins (2011) conceitua que os serviços públicos se tratam de atividades de imprescindível prestação estatal, seja por motivos de segurança nacional, seja por não se tolerar que parte da população fique alijada do serviço. De qualquer forma, é importante notar que não é a atividade *per se* que é necessária, mas sim sua prestação: é esta última, e não a primeira, que é privatizada. Como decorrência lógica dessa breve conceituação, os serviços públicos se submetem ao regime de direito público, porquanto atividades imputadas ao Estado.

Dessa asserção temos, *ipso facto*, que a prestação de serviços públicos não se insere no campo da liberdade: o direito público é fundamentado no dever de realizar o interesse público. A Administração Pública tem, no máximo, discricionariedade, não podendo se falar em

liberdade. Martins (2011), então, define os três princípios básicos dos serviços públicos: mutabilidade, universalidade e continuidade. Da mutabilidade decorre que a prestação pode mudar ao longo do tempo em decorrência de fatos supervenientes. A universalidade tem como fulcro o fato de os serviços públicos não serem prestados com viés lucrativo, com o intuito de aumentar a aferição de renda do prestador, mas sim com o objetivo de realizar o interesse público, devendo ser prestados à totalidade da população. Por fim, a continuidade atesta, como o próprio nome do princípio já diz, que a prestação deve ser contínua, sem interrupção.

Ricardo Marcondes Martins (2020b), em trabalho diferente ao supracitado, alega que das considerações concernentes ao fulcro dos serviços públicos decorre que estes não podem ser prestados por empresas estatais. Isso porque, de acordo com o autor, estas são “estatais, apesar de empresas” (MARTINS, 2020a, cap. 2): ou seja, são formas criadas não com o objetivo inerente de busca de lucro, como empresas privadas, mas sim para que se atinjam objetivos de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional. Portanto, quando um ente federativo cria uma empresa estatal, esta fica circunscrita à órbita territorial daquele; como, nos moldes do que foi dito acima, a empresa não pode buscar lucro, não há que se falar na delegação de serviço público a empresa pública de ente distinto. Por outro lado, tampouco é possível a delegação a empresa pertencente ao mesmo ente: nesse caso, estamos diante do que Martins (2020a, 2020b) chama de “contrafação de autarquia”, uma entidade criada para burlar as amarras burocráticas e políticas inerentes à criação de autarquias, com uma fuga ao regime jurídico adequado.

Seguindo em outra toada, Aragão (2013) define que os serviços públicos são calcados em quatro requisitos ou características imanentes: prestação material, em espécie, periódica e sistemática. A prestação material infere que se deve prestar um serviço por um meio técnico, sendo uma atividade, de fluxo contínuo, e não a entrega de um bem em cujo cerne já se cristalizou uma atividade ou uma obra. Pela materialidade, por sua vez, o serviço deve ser prestado em atividades ou em bens, não em dinheiro, pois, do contrário, seria uma atividade de fomento social e não um serviço. As prestações também devem ser sistemáticas e periódicas, ou seja, sua oferta deve perdurar razoavelmente no tempo e de forma organizada; pois, a ação das forças armadas em desastres naturais, por exemplo, foge do conceito de serviços públicos.

O autor ainda faz o adendo que os serviços devem ser prestados “ao público”, ou seja, dirigidos diretamente aos membros da coletividade. Disso decorre que:

[...] não podem ser considerados serviços públicos aqueles que a Administração presta a si mesma, como os serviços internos de contabilidade pública, de transporte de seu pessoal, de aperfeiçoamento dos funcionários, de consultoria interna etc. Também por essa razão não podem ser considerados públicos os serviços que não se destinam ao público, mas sim a um grupo circunscrito de pessoas (ex., os serviços de

telecomunicações prestados apenas para a comunicação entre os empregados de determinada empresa, a energia elétrica autoproduzida etc.). Naturalmente que, ainda mais em países do Terceiro Mundo, poucos serviços públicos são prestados a todos os membros da sociedade, mas o importante, para que o requisito conceitual seja atendido é que esteja em tese aberto republicana- mente à população em geral, na medida, naturalmente, das possibilidades técnicas e econômicas do estágio em que a universalização do serviço se encontrar. (ARAGÃO, 2013, p. 159)

Como explica Aragão (2013), ao longo da história os serviços públicos foram se diversificando, fazendo com que o Estado precisasse buscar formas organizativas que conseguissem desenvolver a contento essas atividades. Nesse diapasão, a prestação de serviços públicos pode ser centralizada, quando é prestada diretamente pelo ente responsável, ou descentralizada, quando o poder público transfere a titularidade ou a prestação do serviço. A titularidade é transferida quando a entidade para a qual a transferência foi feita tiver personalidade de direito público; por outro lado, a prestação será outorgada quando o for para entidade de direito privado. Há outorga quando a transferência se dá por lei, e delegação, quando ela é feita por contrato. Sobre as atividades que podem ser delegadas, ensina Aragão (2013) que:

Não são também todas as atividades administrativas que podem ser delegadas, mas apenas aquelas que não envolvam de forma precípua o exercício de *jus imperii*, que, segundo o STF, só pode ser exercido por pessoas jurídicas de direito público. Admitese, porém, o exercício de um poder de polícia (meramente) instrumental ao serviço público delegado, principalmente para garantir a postura adequada dos usuários na utilização do serviço (ex., retirando do ônibus passageiro que se recusa a vestir a camisa ou a desligar aparelho de som portátil). (ARAGÃO, 2013, p. 534)

Aragão (2013) vai além e define a prerrogativa tarifária de que dispõe a Administração como uma característica essencial aos serviços públicos. Para o doutrinador, é isso o que difere a prestação de um serviço público de uma atividade privada, na qual o particular pode fixar livremente o preço a ser cobrado: como os serviços públicos, geralmente, são monopólios naturais, a impossibilidade de gerência tarifária por parte da Administração levaria a uma iniquidade social, já que não haveria alternativas à população para ter o serviço prestado.

Em chave semelhante, segundo Rivera (2016) os serviços públicos têm como função subjacente propiciar o crescimento e desenvolvimento da espécie humana em todos seus níveis, desde o mais básico (garantir a sobrevivência da humanidade) até os mais “elevados” (desenvolvimento intelectual e espiritual), passando pela melhoria da qualidade de vida. Assim, o abastecimento de água é um serviço público que garante a sobrevivência da espécie, por ser um bem essencial à vida; o fornecimento de energia elétrica, por sua vez, concerne à melhoria da qualidade de vida, pois, apesar de não ser essencial à condição humana, traz benefícios e

comodidades; por fim, serviços educacionais e de manutenção de parques são exemplos daqueles que trazem satisfação emocional e espiritual ao indivíduo.

Apesar de os serviços públicos terem essa característica de satisfação de necessidades coletivas, também possuem uma dimensão implícita de satisfação de necessidades individuais. Explica Rivera (2016) que:

[...] não podemos admitir a satisfação do interesse geral apenas em sua dimensão coletiva, posto que – impacta diretamente sobre uma satisfação individual, de tal forma que o interesse individual caminha e se reconhece de mãos dadas com o interesse coletivo e vice-versa, o interesse coletivo se concretiza, por sua vez, mediante a satisfação do interesse individual do administrado em sua dimensão coletiva. (RIVERA, 2016, p. 24–25)

Convém ressaltarmos aqui que parte da doutrina vê a distinção entre serviços públicos e serviços sociais como essencial. Para Di Pietro (2019), é preciso salientar que o poder público só pode conceder serviços que sejam de sua exclusividade. Como a Constituição Federal (BRASIL, 1988) previu expressamente que os serviços sociais – como educação e saúde – podem ser prestados por particulares, não se pode cobrar tarifa de seus usuários. Por conseguinte, não podem ser objeto de parcerias como concessão de serviços públicos ou concessão patrocinada.

Contudo, autores como Marques Neto (2019) desafiam a noção de que, em decorrência dessas considerações, é necessário que haja uma clivagem conceitual entre serviços públicos e serviços sociais. Para eles, a utilidade dessa diferenciação é cada vez menos pungente: por um lado, essas atividades não tem prestação obrigatória pelo Estado e podem ser oferecidas pelos particulares sem se descaracterizar; por outro, apostar na diferenciação entre serviços públicos e sociais porque estes últimos não admitem cobrança de tarifa tem como correlato lógico que serviços públicos exijam a cobrança de tarifas, o que não ocorre com o serviço de radiodifusão, por exemplo.

Para este último autor, a distinção que de fato é imprescindível de ser feita é a entre serviços públicos e função pública. Esta última envolve diretamente ideias ligadas a poder, mando e limitação dos direitos individuais. Por isso, não pode ser delegada ou concedida a particulares, já que são inerentes ao próprio poder estatal:

Os primeiros, se deslocados para fora do Estado, levam à descaracterização da atividade enquanto função pública e representam uma quebra do sistema. No segundo caso (serviços públicos), que tem o caráter de uma prestação, de oferecimento de uma utilidade à sociedade, o deslocamento para fora do Estado não lhes retira a característica interna, nem inviabiliza por si só o atingimento das finalidades públicas nele enredadas. (MARQUES NETO, 2019, pt. 2.2)

Finalizando esta seção, convém tecermos algumas considerações sobre a distinção entre serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*. Os primeiros satisfazem necessidades indiretas do cidadão, que o usufruem também indiretamente, sem que seja possível aferir em que medida ou grau cada indivíduo o faz. São exemplos dessa classe de serviço a iluminação pública e a limpeza urbana. Por conta disso, não podem ser objeto de concessão de serviços públicos nem de concessão patrocinada, já que, em não havendo fruição individual e aferível, não se pode falar em tarifa, mas sim em taxa. Por outro lado, serviços *uti universi* são aqueles em que existe satisfação individual e direta das necessidades dos indivíduos, pelo que são passíveis de concessão de serviço público ou patrocinada.

2.1.2 Histórico

Se anteriormente notamos que não há uma essência ontológica inerente aos serviços públicos que os façam ser caracterizados enquanto tais, sendo essa adjetivação uma escolha política, disso decorre que suas acepções ao longo do tempo sofrem bastante influência do período em que se inserem. Nesse sentido, Rivera (2016) identifica três fases de acepções dos serviços públicos e outra fase que entende ser uma fase preliminar, porquanto se trata de uma na qual observamos antecedentes à noção de serviço público.

Seguindo nessa linha, para o autor, conquanto na fase preliminar se observe que na Antiguidade o Estado romano prestava serviços que hoje em dia seriam considerados “serviços públicos”, não o eram de fato, pois não se pode falar na existência de um Direito Administrativo nesse período. Portanto, ainda que o cidadão romano tivesse certos serviços prestados estatalmente a sua disposição, não eram estes propriamente serviços públicos. Na Idade Média, por outro lado, surgiram algumas atividades que ficavam a cargo dos monarcas ou senhores feudais. Visando à proteção dos indivíduos – mediante juramento de fidelidade ao suserano – ou combate à pobreza, essas atividades não podem ser consideradas serviços públicos, pois não eram direitos dos súditos, mas sim formas de os senhores feudais assentarem ainda mais seu poder. Portanto, nessa fase preliminar, ainda que existissem certas características que são identificadas com a noção corrente de serviços públicos, não se pode propriamente dizer que a matéria já existia.

A primeira fase dos serviços públicos propriamente ditos surge na França no século XIX. Aduzia essa escola de pensamento – chamada de “escola do serviço público” ou “Escola de Bordeaux”, surgida a partir dos escritos principalmente de Léon Duguit – que todo Direito Público seria serviço público, já que toda atividade do Estado seria prestar esses serviços.

Clamava essa corrente, portanto, por uma total identificação entre atividade estatal e serviços públicos. Ou seja, para Duguit, explica-nos Aragão (2013), a noção de serviço público é de tal importância que substituiu o conceito de soberania como fundamento do Direito Público: para o pensador francês os serviços públicos teriam um sentido lato, pelo qual seriam equiparados a todas as atividades estatais, desde as legislativas e jurisdicionais como as administrativas. Por esse motivo, podemos afirmar que a teoria dos serviços públicos de Léon Duguit tem um caráter eminentemente sociológico, e não jurídico (ARAGÃO, 2013; DI PIETRO, 2019; MELLO, 2006; MENEGAT, 2020).

Schirato (2012) explica que a noção de que existem utilidades, serviços, destinados ao bem comum e que devem poder ser fruídos por todos a partir de uma prestação estatal vai de encontro aos ideais liberais da revolução francesa, que tinham como noção subjacente a mínima intervenção estatal. O autor, então, bem como Marques Neto (2019), atesta que o advento das ideias da Escola de Bordeaux surge da necessidade de se averiguarem parâmetros para a intervenção estatal. Ademais, também servia a um fim próprio à França, que é o de delimitar a incidência da jurisprudência do Conselho de Estado e, por consequência, do Direito Administrativo.

Em contraposição à Escola do Serviço Público, surge a Escola da *puissance publique*, cujo principal expoente é Maurice Hauriou; retomando a doutrina de Rivera (2016), esta correspondente à segunda fase do serviço público. Nela, que temporalmente perdurou até meados do século XX, deixou-se de considerar certas atividades estatais como serviços públicos. Dessa forma, atividades como a fiscalizatória ou a registral, apesar de serem atividades do Estado, não seriam serviços públicos. Nesse período, continuou-se aduzindo que os serviços públicos são de prestação obrigatória pelo Estado. Em termos históricos gerais, aduz Rivera (2016) que:

Além disso, devemos destacar que se observa uma importante modificação na concepção dos serviços públicos, passando aqueles identificados como o poder de limitação do Estado a atividades próprias da satisfação de necessidades de interesse geral. Isto é, o abastecimento de água, gás, energia elétrica, telefone, transporte, para citar alguns, tornaram-se agora serviços públicos. Opera-se uma mudança da posição que guarda o Estado como alheio à sociedade (Estado liberal do Direito) prestando unicamente certos serviços relacionados com a atividade policial, para colocar-se como benfeitor, cujas obrigações nascem do próprio Estado, satisfazendo uma série de demandas da sociedade, não apenas da classe burguesa, mas também da classe operária. (RIVERA, 2016, p. 31–32)

Por fim, a terceira fase identificada por Rivera (2016) surge na Europa no período pós Segunda Guerra Mundial. Mudou-se o entendimento dos serviços públicos para entendê-los como sendo de prestação passível pelo Estado ou por particulares, com ou sem fins lucrativos,

de natureza administrativa e regidos por normas de Direito Administrativo. Pela primeira vez, pois, notamos a possibilidade de os serviços públicos serem prestados por particulares, ponto que nos interessa especialmente neste trabalho. Como explica Rivera (2016) essa mudança se deu não só pela impossibilidade de o Estado cumprir com essas atividades prestacionais, mas também com o fim de integrar os particulares na gestão pública.

Estando assentada a noção de que não há nada presente ontologicamente nas atividades consideradas serviços públicos que as diferencie das demais, cumpre notar que disso decorre que países diferentes acabam criando noções e acepções diferentes da matéria. Nesse sentido, Loureiro (2020) aborda a diferença entre as noções de *service public*, advinda da França, e *public utilities*, dos Estados Unidos; como veremos adiante, esses conceitos acabariam por influenciar o tratamento do tema na legislação brasileira.

Em suma, atesta Loureiro (2020) que a noção francesa dos serviços públicos está ligada ao contrato e ao equilíbrio econômico-financeiro deste. Por outro lado, a ideia de *public utilities* se conecta ao capital, à justa remuneração deste e à noção de serviços de utilidade pública (não serviços públicos *per se*, portanto). Na noção francesa, há a ideia de que algumas atividades, por seu elevado interesse público e essencialidade na prestação, devem ser prestadas direta e exclusivamente pelo Estado, em um regime jurídico exorbitante. Na estadunidense, entende-se que, por mais que existam atividades importantes à sociedade, elas não devem perder o status de atividades privadas; para cumprir com as exigências de prestação quando a atividade não se desenvolve a contento em um ambiente competitivo de mercado, criou-se a figura das *public utilities*, por meio da qual o Estado atua como regulador, e não prestador do serviço. Como afirmam Loureiro (2020) e Giacomuzzi (2011), essa distinção nas construções da matéria se dá em um contexto maior, da construção estatal e da aceção do papel do Estado na economia. Esses processos históricos, notam os autores, foram bastante diferentes nesses países.

Convém notar que, hodiernamente, muitas das características e noções dos serviços públicos retratadas nesta seção vêm sendo alvo de críticas de parte da doutrina. Com efeito, o pensamento de Marques Neto (2019) converge com o de Schirato (2012) no sentido de que ambos trabalhos identificam que a antiga solução doutrinária de alçar os serviços públicos como definidor da fronteira entre o campo de atuação estatal no domínio econômico – área na qual não haveria livre iniciativa – e o campo privado – cujas atividades não são possíveis de prestação estatal e, portanto, são abertas à livre iniciativa – não se sustenta mais na realidade. Assim, paulatinamente temos assistido a uma mudança de paradigma, no qual a concorrência é cada vez aberta na prestação dos serviços públicos. Isso ocorre, segundo esses autores, por conta

do aumento do rol de direitos fundamentais, o que, por sua vez, faz com que aumente a demanda da população por esses serviços. Nesse sentido, Marques Neto conclui que:

Essas transformações, todavia, colocam em questão a clássica apartação entre atividades prevalentemente públicas e privadas, a divisão entre atividades econômicas em sentido amplo e estrito. Mais ainda, levam-nos à obrigação de refletir o quanto a assunção de uma atividade como serviço público acarreta um privilégio de sua exploração ao Poder Público e seus delegatários (exclusividade estatal) ou, ao contrário, se tal titularidade estatal não importaria mais um dever, uma obrigação de assegurar a existência contínua e a oferta universal desta utilidade, não implicando, automaticamente, sua prestação em regime de exclusividade, unicidade de regime ou privilégio. (MARQUES NETO, 2019, pt. 3.2)

Nesta seção, pudemos caracterizar os serviços públicos como atividades que não têm uma condição ontológica subjacente, do que decorre que existem certas polêmicas doutrinárias em torno de sua noção. Feito esse breve percurso conceitual, partiremos para a análise do histórico do tratamento dos serviços públicos no Brasil.

2.1.3 Histórico do tratamento dos serviços públicos no Brasil

Marques Neto (2019) explica que a consagração dos serviços públicos só acontece em um contexto de urbanização: como esse tipo de prestação é muito mais indispensável na cidade do que no campo, é apenas em comunidades urbanizadas que os serviços públicos se tornam imprescindíveis. Isso o explica o fato de a noção de serviços públicos só ter se consolidado no Brasil a partir do começo do século XX, pois foi só nessa época que o processo de urbanização do país se intensificou. Assim, aduzem os autores que no Brasil a noção de concessão de serviços públicos foi até mesmo anterior à de serviços públicos, já que as formas e instrumentos concessórios adentraram nosso ordenamento antes de o conceito de serviços públicos estar consolidado. Nesse sentido:

Em 1852, no Brasil, o Império editou uma lei que autoriza o governo a conceder a construção de caminhos de ferro para ligar Minas Gerais a São Paulo. Nesta lei não está presente a ideia de serviço público, nem a ideia de tarifa, de dever da coroa de prover aquela atividade, de continuidade etc. Apenas a previsão de outorga do direito de implementar uma atividade e uma infraestrutura monopolizada pelo Imperador. Ao longo da segunda metade do século XIX e a partir do início do século XX (três primeiras décadas), passa-se a ter a preocupação de regrar estas atividades. Principalmente três serviços passam a tomar a atenção dos juristas. Os serviços de fornecimento de energia elétrica, de matadouros municipais, e os serviços de transporte por bondes. (MARQUES NETO, 2019, pt. 1.5)

Nessa mesma toada, Schirato (2012) explica que no período imperial havia a concepção de que algumas atividades demandariam maior controle estatal. Não obstante, isso era mais um privilégio real de intervir sobre a economia do que um direito dos cidadãos ou algo derivado de

um interesse coletivo. Posteriormente, a Constituição de 1891 eliminou a noção de privilégios régios, trazendo uma acepção de atividades que demandariam maior controle estatal, em noção bastante semelhante à estadunidense de *public utilities*.

Assim, o que no início sofria algum controle estatal por se considerado algo pertencente à coroa em nome de *privilégios régios* passa, em fins do século XIX e início do século XX, a ser considerado atividade de interesse público, estando sujeita a alguma forma de controle estatal em razão de sua *utilidade pública*, isto é, sua necessidade pelo público. (SCHIRATO, 2012, p. 41, grifos do autor)

Pois, a relevância dos serviços no período da República Velha levava a uma intervenção estatal que visava regulamentar o exercício da atividade. É apenas com a Constituição de 1937 que o Estado passa a assumir diretamente atividades de interesse coletivo. Para Schirato (2012) isso denota uma mudança de um regime que deixa de ser próximo das *public utilities* estadunidenses para outro que tem a noção francesa de serviços públicos como paradigma a ser seguido. Assim, mudou-se a expressão “serviço de utilidade pública” para a “serviço público concedido”. Sobre isso, diz-nos o autor que: “Não se deu mera troca de nomes. Ao contrário. Atividades consideradas privadas e sujeitas a um acompanhamento público passaram a ser vistas como *atividades públicas*, pertencentes ao Estado e só exploradas por agentes não estatais em circunstâncias específicas.” (SCHIRATO, 2012, p. 44, grifos do autor)

À guisa de conclusão desta seção histórica do tratamento dos serviços públicos do Brasil, podemos notar, com a ajuda de Gustavo Loureiro (2020) e Floriano Marques Neto (2019), que a noção brasileira de serviços públicos não ficou alijada das tendências do direito brasileiro como um todo, sofrendo forte influência ora do direito estadunidense, ora do francês. Assim, por vezes se aproximou mais da construção das *public utilities* e por outras da do *service public*. A análise desse tratamento na atual carta constitucional brasileira será analisada na próxima subseção.

2.1.4 Serviços Públicos na Constituição da República Federativa do Brasil

Aragão (2013) assevera que a Constituição da República Federativa do Brasil não é imune à polissemia do termo serviços públicos. Aduz o autor que são várias as formas com que o termo é utilizado na nossa constituição, dos quais podem ser extraídos quatro concepções: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima. A concepção amplíssima bebe na fonte da Escola de Bordeaux, considerando serviços públicos um sinônimo de administração pública, ou seja, tudo o que fosse atividade estatal seria serviços públicos, incluindo prestações jurisdicionais e legislativas. Na concepção ampla, seriam serviços públicos todas as atividades prestacionas

com uma prestação ao cidadão (*uti singuli e uti universi*). Por sua vez, a restrita aduz que apenas os serviços *uti singuli* seriam serviços públicos, pois é só neles que há uma ligação direta e imediata entre prestação e indivíduos. Por fim, a restritíssima infere que seriam atividades de caráter econômico remuneradas por taxa ou tarifa, ressalvadas atividades sociais como educação e saúde.

Nesse sentido, podemos notar que o constituinte atribuiu caráter de exclusividade à prestação de alguns serviços, constantes no artigo 21, X, XI, XII e no artigo 25, §2^o. Como nota Di Pietro (2019), conquanto nesses dispositivos não exista menção expressa a “serviços públicos” infere-se que eles pertencem a essa categoria, pois há a menção à exploração “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Afinal, como já explicitamos neste trabalho, só é possível conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços públicos que sejam exclusivos do poder público.

A expressão “serviço público” é utilizada pela Constituição Federal em seu artigo 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988)

Sobre ele, Marques Neto (2019), em consonância com outras observações supracitadas deste autor, explica que a expressão “prestação” não significa que o Estado deva prestar os serviços públicos de forma exclusiva, seja ele mesmo ou por seus delegatários. Para o autor, a incumbência referida pelo constituinte é concernente ao dever de garantir a prestação, seja direta ou indiretamente, desde que os princípios alinhavados nas alíneas do dispositivo sejam obedecidos. “Portanto, não parece correto que a fórmula ‘explorar’ seja suficiente para dizer que esta atividade está reservada a um regime de Direito Público que, de *per si*, a exclui do regime de prestação de liberdade próprio das atividades econômicas, sempre sujeita a regulação estatal.” (MARQUES NETO, 2019, pt. 3.6)

Ainda sobre o artigo 175, Aragão (2013) alega que há de se fazer alguns apontamentos sobre o que ele deixa implícito ao seu texto. Primeiramente, convém notar que, se é da inteligência do dispositivo que se pode delegar certos serviços à iniciativa privada, esta pode,

¹ Respectivamente: serviço postal e correio aéreo nacional; serviços de telecomunicações; radiodifusão; energia elétrica; navegação aérea e infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário; transporte rodoviário interestadual; portos marítimos, fluviais e lacustre; e gás canalizado.

ipso facto, cobrar tarifas dos usuários. Ademais, também é pressuposto que o Estado tem a titularidade dessas atividades, pois do contrário não seria necessário um contrato de concessão ou de permissão para sua prestação.

Por tudo isso, notamos que a referida “polissemia” da noção de serviço público se faz presente também no tratamento que a Constituição Federal dá ao tema. Semelhantemente, a falta de uma concreitude ontológica dessas atividades fez com que, com o passar do tempo, diferentes acepções da questão fossem se criando, tanto no Brasil como no mundo. Feitas essas considerações, passaremos agora à análise das concessões.

2.2 CONCESSÕES

2.2.1 Noções conceituais e terminológicas

É comum haver certa confusão com o uso do termo “concessão”. Para Di Pietro (2019), é importante ter em mente que as concessões de serviços e de obras públicas são disciplinadas pela lei nº 8.897/1995 (BRASIL, 1995), e concessões patrocinadas e administrativas, pela nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004).

Segundo Câmara (2019), a lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995) foi a primeira a, no Brasil, reger e disciplinar a outorga a particulares do direito de exploração de serviços e obras públicas. Com a edição da lei nº 11.079/2004, os contratos regidos pela lei 8.897/2015 (BRASIL, 1995) passaram a ser denominados “concessões comuns”. Isso porque a lei nº 11.079/2004 disciplina modalidades de concessão nas quais a remuneração da concessionária é parcial ou totalmente feita pelo poder concedente: as Parcerias Público-Privadas (PPPs), gênero do qual “concessão patrocinada” e “concessão administrativa” são espécies. Na primeira, estamos diante de uma concessão como a de serviço público, com a peculiaridade de que a remuneração é assumida em parte pelo concedente; na segunda, há a contratação de uma concessionária para que esta preste serviços à Administração, que assume integralmente o dever de remunerar o parceiro privado. Neste trabalho, nos dedicaremos à análise dos equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público – ou, para usar outra terminologia, das concessões comuns –, e, por isso, não nos deteremos nas peculiaridades das PPPs. As seguintes considerações nesta seção ou são concernentes exclusivamente às concessões de serviço público ou são pertinentes a todos os usos do termo.

Para Di Pietro (2019), todas as formas de “concessão”, em sentido amplo, se enquadram dentro de duas categorias: translativas e constitutivas. Na primeira hipótese, há a transferência

de bem ou direito de um sujeito para outro; esse bem ou direito é adquirido pelo primeiro e perdido pelo segundo. Na segunda, há a constituição, pelo Estado, de um poder menos amplo do que aquele que ele possui, em prol do concessionário. Dito em outras palavras, na concessão translativa o Estado transfere a particular a execução de serviço ou obra que são de sua atribuição, transferindo essa parcela de poderes ao particular. Na constitutiva, por outro lado, o direito que o concessionário exerce sobre o bem é diferente daquele exercido pelo concedente sobre o mesmo bem. “O ponto comum, nas duas modalidades, é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens, como os de rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punição etc.” (DI PIETRO, 2019, p. 71).

Por outro lado, Câmara (2019) atesta que os contratos de concessão se inserem dentro de um grupo de contratos administrativos que engendram relações diferente das bilaterais e recíprocas de outros tipos de contratos administrativos. Se nesses últimos a Administração contrata um particular, negocia uma avença e o remunera, nos contratos de concessão a Administração transfere a particulares o desempenho de certas atividades ou de obras públicas; a remuneração acontece pela cobrança dos usuários do serviço que foi delegado ao particular. De fato, o autor nos traz que a questão da tarifa é fulcral para o entendimento das concessões, pois é isso que a diferencia de outras espécies de contratos administrativos. Durante algum tempo, inclusive, parte da doutrina considerou o pagamento da tarifa pelo usuário como a principal característica distintiva das concessões em relação aos contratos administrativos bilaterais, verdadeira condição *sine qua non* para sua caracterização.

Como vimos, contudo, as PPPs são consideradas “concessões” sem que a remuneração do concessionário fique totalmente a cargo do usuário. Além disso, serviços concedidos como os de radiodifusão demonstram que o instituto pode prescindir do pagamento de tarifa pelo usuário. Há, ainda, concessões nas quais há o desmembramento das atividades que compõe o serviço, modalidade cujo exemplo clássico é o serviço de energia elétrica: como suas atividades – geração, produção, transmissão e distribuição – são divididas e prestadas por empresas autônomas, algumas destas não têm contato com o usuário final, já que sua atividade serve a outra prestadora. Assim, sua remuneração fica a cargo dessas outras prestadoras, e não do usuário final. Por fim, há a expressa previsão legal de outras formas de remuneração das concessionárias. Nesse sentido, para Schwind (2010):

[...] cumpre observar que a variedade de objetos das concessões *resultou em uma pluralidade de formas de remuneração do concessionário*, bastante diversas da simples cobrança de tarifas dos usuários do serviço. Afinal, a forma de remuneração do concessionário deve ser compatível com o objeto da delegação, sendo muitas vezes

impossível que a remuneração do prestador ocorra, ao menos exclusivamente, pela cobrança de tarifas. (SCHWIND, 2010, p. 13, grifos do autor)

Destarte, Câmara (2019) conclui sobre o tema que:

A essência desse regime estaria na assunção do serviço pelo prestador por sua conta e risco, ou seja, na assunção da responsabilidade pelo empreendimento, o que independeria da identificação do sujeito pagador de sua remuneração como sendo, necessariamente, o usuário. O sistema remuneratório que preservasse esse vínculo da remuneração do contratado com a exploração econômica do empreendimento, atribuindo a este a responsabilidade pela prestação do serviço, seria condição suficiente para caracterizar a relação jurídica como concessão. (CÂMARA, 2019, pt. 27.8)

Por isso tudo, podemos perceber que o termo “concessões” pode adquirir diversos vernizes, e se referir a diferentes institutos jurídicos. Neste trabalho, pretendemos analisar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no contexto da pandemia da Covid-19. Por esse motivo, ao utilizarmos o termo concessões, estamos nos referindo às concessões disciplinadas pela lei nº 8.897/1995 (BRASIL, 1995), e não às espécies de PPPs.

2.2.2 Histórico das concessões

Para Aragão (2013), as concessões remontam ao Direito Romano. À época, se criava em favor de particular o direito especial de uso de domínio público. É a partir do século XVIII, contudo, que o autor vê o nascimento das concessões como as entendemos atualmente. Nesse período, surgiram tensões entre os dogmas liberais não intervencionistas – surgidos em oposição ao Antigo Regime – com o surgimento de novas atividades que demandavam maior uso de tecnologia por sua alta complexidade técnica. É nesse contexto, com o fito de dirimir as tensões entre os dogmas liberais e a necessidade de satisfazer as novas necessidades públicas, que surgem as concessões. Com elas, o Estado logrou satisfazer ambas posições: se admite que o Estado é o titular, o detentor, dessas atividades, mas que este não deve geri-las diretamente. Trata-se de uma transferência de funções e tarefas de titularidade estatal, mas que não fazem parte do rol de funções clássicas do Estado.

Loureiro (2020), falando sobre a concepção das concessões no direito francês, afirma que, em sua acepção original, o termo designava uma vasta gama de contratos públicos nos quais havia a transferência de alguma prerrogativa, utilidade ou competência estatal a um particular. Com o passar do tempo, porém, o uso da expressão foi se alterando, e, ao longo do século XIX e começo do século XX, passou a designar a contratação de particulares para a

realização de obras públicas, com o direito de explorar o bem resultante da obra servindo como remuneração ao particular. Assim:

É importante perceber que, em seus primórdios, a atividade realizada por meio da exploração da obra pública era considerada a paga privada, submetida à vontade e à habilitação empresarial do concessionário, que a geria com autonomia. O objeto público era apenas e tão somente a obra. (LOUREIRO, 2020, p. 37)

Pois, nesse período as concessões eram submetidas à disciplina do *Code Civil*: por serem consideradas manifestações de direito privado do Estado, este ficava, ao se utilizar do instituto, adstrito à jurisdição civil; a noção de um contrato de direito administrativo submetido a uma jurisdição própria, portanto, era estranha a esse período histórico. Paulatinamente, em processo concomitante à evolução histórica dos serviços públicos – a qual foi abordada na seção anterior deste trabalho –, mudou-se também o objeto das concessões. A obra, antes o fulcro da existência do instituto, passou a ficar em segundo plano, com a prestação do serviço sendo o fator mais importante para sua instituição (LOUREIRO, 2020).

Falando do contexto histórico global, Aragão (2013) assevera que no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial houve um movimento global de estatização. Com isso, as concessões perderam espaço para outras figuras jurídicas, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que passaram a receber outorgas para prestação do serviço. A partir da década de 1980, o movimento histórico passou a ser o oposto, com um processo de desestatização e a delegação de serviços públicos à iniciativa privada.

Como nota Garcia (2021), o Brasil não ficou alheio a esses movimentos históricos. Este autor atesta que o Brasil passou pelas mesmas “fases” citadas anteriormente: grande número de concessões no período entre o fim do século XIX e começo do século XX, estatização no período entre guerras e pós Segunda Guerra e desestatização a partir da década de 1980. Nesse sentido, aduz o autor que há uma série de motivos que explicam a coincidência do percurso histórico por que passaram as concessões no Brasil e na Europa: a influência do direito administrativo francês no direito administrativo brasileiro e a existência de uma conjuntura global cujos acontecimentos e aspectos acabam por se espalhar por todo o mundo, como as guerras mundiais.

É importante notar, algo que se coaduna com as características anteriormente descritas das concessões e serviços públicos, com a ajuda de Bresser-Pereira (2001) e Cervo (2008) que esses movimentos históricos das concessões ocorreram, no Brasil, dentro de um contexto maior de mudanças estatais por que passou o país. Assim, podemos afirmar que a mudança supracitada ocorrida no fim do século XIX corresponde à teoria de Bresser-Pereira (2001), para quem nesse

mesmo período vivenciávamos uma mudança de um Estado patrimonial para um gerencial. Por outro lado, a desestatização aludida a partir da década de 1980 corresponde à mudança do que, para Cervo (2008) foi a alteração de um paradigma desenvolvimentista para outro neoliberal.

2.2.3 Espécies contidas na Lei nº 8.987/1995

Há três tipos de concessão previstos na Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995): de serviços, de obras e de serviços e de obras. Na concessão de serviços, é concedida ao particular a gestão de um serviço específico, que deve ser qualificado normativamente como público. É necessário ressaltar que para a incidência desta hipótese é necessário que a execução do serviço prescindir de realização de obra prévia: do contrário, estaríamos diante de uma das outras hipóteses mencionadas. Assim, concede-se somente a gestão e a organização do serviço. Como decorrência lógica dessa característica essencial, temos que as concessões de serviços incidem sobre aqueles que podem ser prestados imediatamente após os trâmites licitatórios, ou porque de fato independem da realização de obra material, ou porque a obra de cuja realização depende a prestação do serviço já foi realizada.

Na concessão de obra pública, por outro lado, temos a consecução de uma obra realizada em um bem público, uma empreitada; o instituto se consubstancia, assim, como técnica de financiamento de obras estatais. Nesse sentido, ensina Egon Bockmann Moreira (2012) que:

Caracteriza-se a concessão pura de obra por ser estática e exauriente a tarefa prestacional atribuída ao concessionário: ele realiza a obra pública e depois, valendo-se da base física por si implementada, cobra do usuário uma tarifa em prazo certo (assumindo os riscos inerentes à rentabilidade). O concessionário de obra pública não administra qualquer serviço público. Em termos singelos, há duas fases: a construção e a cobrança. É o que se pode dar na construção de ponte, ferrovia ou gasoduto - seguida apenas da cobrança de tarifas dos usuários dessas obras. (MOREIRA, 2012, cap. 2)

Por fim, na concessão de serviços públicos precedida de obra temos a necessidade de que seja realizada uma obra para a prestação de determinado serviço. Para sua instalação, portanto, há o pressuposto de que o poder concedente não dispõe de infraestrutura adequada para prestação o serviço. Dessa forma, o particular adquire e instala a infraestrutura necessária, amortizando seus investimentos e se remunerando por meio da prestação do serviço; ao final da concessão, os bens passam ao poder público, e o Estado, ao menos idealmente, passa a ter as condições da prestação (MARTINS, 2011).

2.2.4 Objetivos e fundamentos

Para Di Pietro (2019), todas as formas de concessão podem ser consideradas formas de privatização, considerada em seu sentido amplo. Aduz a autora que:

Isto se justifica porque todas essas formas de concessão constituem instrumentos de que o poder público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições estatais para o setor privado. Ainda que as concessões se façam por contrato administrativo, portanto regidas pelo direito público, e ainda que o poder público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa ou outra forma de remuneração, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que costumam ser apontados como formas de emperrar a atuação da Administração Pública direta e indireta. Na realidade, o instituto da concessão é velho, pois, conforme visto, foi a primeira forma de descentralização de serviços públicos; o objetivo de privatizar é que é bem mais recente, porque surgiu com o movimento da Reforma do Estado. Quer-se substituir a Administração Pública, direta ou indireta, no exercício de algumas funções administrativas do Estado, pela empresa privada, com isto diminuindo-se o tamanho do aparelhamento administrativo e, pretensamente, aumentando a eficiência, além de tentar-se enfrentar a crise financeira do Estado. (DI PIETRO, 2019, p. 78)

Nessa toada, para Schirato (2015) se, por um lado, a privatização total não é solução apta a melhorar a situação da infraestrutura brasileira, a estatização tampouco o é. O autor, então, atesta que contratos de concessão são boas alternativas para unir esforços públicos e privados:

Em primeiro lugar, para multiplicar os recursos financeiros destinados a investimentos em infraestrutura, a partir da somatória entre recursos públicos e privados. Em segundo lugar, para mitigar os riscos, já que não é possível que apenas o Estado responda por todos os riscos e desafios que os investimentos trarão. Em terceiro lugar, para permitir um desenvolvimento sustentável, pois o Estado fatalmente não terá fôlego financeiro para fazer sozinho todos os investimentos, e, se tentar tê-lo, gerará um processo de superendividamento e inflação, como já ocorreu no passado. E, por fim, em quarto e último lugar, para permitir a incorporação da eficiência e da lógica de mercado dos privados para o setor público, utilizado o melhor dos recursos existentes. (SCHIRATO, 2015, p. 144)

Nesse sentido, para o autor, a escolha entre prestar diretamente ou não o serviço público passa longe de ser uma discricionariedade do administrador. Como a concretização de uma política estatal é subjacente a essa escolha, é fulcral analisar não somente quais as opções possíveis, mas qual delas é a mais eficiente. Por conseguinte, nem todos os serviços podem ser prestados diretamente pelo Estado, devido à falta de recursos; tampouco todos eles podem ser outorgados a particulares, já que há atividades antieconômicas.

Autores como Stober (2012) veem no uso da concessão uma forma de o Estado influenciar e agir sobre a economia. A fim de cumprir seus objetivos fulcrais, inerentes a sua

própria existência, podem os entes da federação e demais membros da Administração Pública optar por conceder parte de seus poderes a particulares. A vantagem de privatizar parte da infraestrutura é a de descongestionar o orçamento público, dando maior celeridade ao cumprimento e realização dessas obras e serviços.

Tradicionalmente a Administração Pública orienta a conduta do cidadão econômico através de ordens e proibições. Porém, estas formas tradicionais de atuação funcionam mal em muitos casos, sobretudo porque elas não contêm, frequentemente, um incentivo à realização e não tomam em consideração a complexidade da vida econômica. Por isso, as relações jurídicas no domínio do direito administrativo econômico também podem ser criadas, modificadas e extintas através de contrato, desde que a tal não se oponham normas jurídicas. *Os contratos com as autoridades administrativas são expressão de atuação cooperante ou consensual da administração.* (STOBER, 2012, p. 496, grifos do autor)

Assim, podemos afirmar que as concessões podem ser utilizadas como forma de delinear e assegurar o cumprimento de políticas públicas e de desenvolvimento econômico ou social. Nesse sentido, Valiati (2019) e Garcia (2021) aduzem que uma das características mais importantes dos contratos de concessão é sua dimensão regulatória. Por meio dela, o “contrato assume o principal espaço jurídico conformador de decisões e escolhas regulatórias, que serão determinantes para conceber e formatar aspectos essenciais na prestação do serviço ou gestão da infraestrutura.” (GARCIA, 2021, p. 33)

Propugnando uma interpretação sistemática da Constituição, Ricardo Marcondes Martins (2011) alega que toda atividade estatal deve estar conectada diretamente aos objetivos da República Federativa do Brasil. Assim, toda intervenção estatal – campo no qual se inclui a regulação – deve ter na busca da equidade econômica não só um de seus nortes, mas sim seu objetivo precípua e fundamental. Assim, aduz que: “A regulação administrativa decorre precipuamente da *supremacia geral* da Administração. Trata-se de uma ingerência do Estado sobre todos os particulares enquanto *agentes econômicos*. Quer dizer: não decorre de uma *relação específica* com o administrado, de uma relação especial de sujeição.” (MARTINS, 2011, p. 116, grifos do autor)

Para Martins (2011), ainda, a regulação acontece sob três formas: direção, indução e participação. Diz-nos o autor que toda regulação é uma forma de intervenção na ordem econômica, mas nem toda intervenção na ordem econômica é uma regulação; assim, conceitos de regulação que levam em conta apenas a participação indireta do Estado na economia teriam matriz ideológica, não se sustentando conceitual ou logicamente. O autor define, então, regulação como:

[A] *intervenção* da Administração na *atividade econômica dos particulares* mediante *direção* (regulação por *ordenação*), *indução* (regulação por fomento) ou *participação* (regulação por exploração direta), sempre que possível de forma *planejada*, por meio de edição de *normas concretas*, com a finalidade de obter *equidade* ou *eficiência econômica* ou de tutelar os bens jurídicos justificantes da especialidade das atividades privadas sob regime especial. (MARTINS, 2011, p. 135–136, grifos do autor)

Em toada semelhante, Calixto Salomão Filho (2001) atesta que “regulação” deve ser entendido de forma abrangente; o doutrinador, pois, rejeita noções que entendam a atividade regulatória apenas dentro do exercício do poder de polícia do Estado.

[Regulação] engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. [...] Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidades produzidas etc – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É, assim, incorreto formular uma teoria que não abarque ambas as formas de regulação. (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 15)

Nesse mesmo sentido de entender a regulação como forma de estabelecer as bases para o cumprimento de alguns objetivos republicanos insculpidos na Constituição, podemos afirmar, com a ajuda de Valiati (2019), que a escolha da configuração da regulação é verdadeira forma de moldar a maneira com que são instituídas políticas públicas pela Administração. Esse autor define o que chama de “sistema duplo de regulação”, afirmando que não é só pela instituição de agências que o Estado regula a economia, mas também pela exploração direta da atividade econômica e pela prestação – direta ou não – de serviços públicos (regulação por contrato). Dessa forma, não há uma dicotomia entre a regulação por agência e a por contrato, mas sim um sistema em que ambas formas regulatórias se complementam e se imbricam entre si.

No caso dos contratos de investimento, a concessão, por exemplo, configura um importante instrumento na busca pelo desenvolvimento socioeconômico e possui um caráter nitidamente instrumental à realização de valores fundamentais e escolhas políticas do Estado [...] Esses contratos de longa duração – em oposição aos *marchés publics* da Lei 8.666/1993 – permitem, pelo governante do presente, a instalação de verdadeiras políticas públicas setoriais. Fala-se, assim, em administração por contrato. O prazo certo e de extensa duração dos contratos de infraestrutura consiste em uma condição indispensável para permitir a contratação de um projeto de longo prazo que exige um aporte significativo de recursos e projeções com termo final. Dessa forma, por meio da técnica contratual, é possível a fixação de algumas das prioridades de governo em setores de infraestrutura de alta relevância e, assim, blindá-las por até 35 anos. (VALIATI, 2019, cap. 3)

O autor chega ao conceito da contratualização da regulação pública. A regulação administrativa por contrato seria, assim, o processo jurídico por meio do qual normas regulatórias são formuladas ou instituídas mediante um contrato firmado entre a autoridade pública responsável pela regulação de determinado setor da economia ou a autoridade

reguladora desse setor e uma ou mais empresas que exercem essa atividade econômica. Há, então, uma complementaridade entre a regulação feita por agências e a que é performada por meio de contratos administrativos, em um sistema duplo: “Há, assim, uma regulação por contrato (celebrado pelo ente político, o núcleo do Poder Executivo) complementada e integrada pela regulação por agência de forma posterior (função integrativa da regulação por agência), efetivando-se o denominado sistema duplo de regulação.” (VALIATI, 2019, cap. 3)

Garcia (2021), por fim, assevera que um grande desafio para a dimensão regulatória dos contratos de concessão é o fato de que sua execução perdura por período longo de tempo, no qual ocorrem mudanças tecnológicas, sociais, legislativas e jurisprudenciais. É um grande desafio, portanto, integrar essas noções tendo uma visão prospectiva dos acontecimentos e efeitos da concessão de um serviço público a um particular.

A tarefa de integração entre os diferentes tempos é complexa e demanda regulação técnica, organizada e, sobretudo, planejada. O êxito da regulação do contrato de concessão está diretamente ligado a um planejamento que se apresente com elevado grau de eficiência e amadurecimento das decisões tomadas; afinal, é o resultado de um conjunto de atos, procedimentos, decisões e escolhas que o antecede. Aqui, o tempo político não deve prevalecer. Uma regulação adequada e eficiente do contrato concessional depende de uma preparação que conjugue distintas capacidades e expertises, visões multidisciplinares e, principalmente, articulação institucional entre os órgãos públicos que atuam nas questões regulatórias, ambientais, urbanísticas, patrimoniais, aduaneiras e tributárias. A estruturação dos contratos de concessão demanda avaliações e estudos bastante complexos, com bastante ênfase na etapa de planejamento. (GARCIA, 2021, p. 36–37)

Por tudo isso, podemos notar que a noção de concessão se coaduna com escolhas e considerações atinentes ao próprio tamanho do Estado. As escolhas a serem feitas, nesse sentido, são complexas, já que são contratos que perduram no tempo e de cuja correta execução depende a consecução de direitos fundamentais dos cidadãos. Feitas essas considerações sobre os objetivos e considerações subjacentes às concessões, passaremos a analisar algumas de suas características.

2.2.5 Características notáveis

A competência legislativa para versar tanto sobre as concessões de serviço público como as PPPs consta nos artigos 175, parágrafo único, e 22, XXVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O primeiro prevê a necessidade da elaboração de lei que disponha de concessão e permissão de serviço público. O segundo, que são de competência privativa da União matérias atinentes a normas gerais de licitação e contratação “em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito

Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”. Como o artigo 175 fala em edição de “lei” – sem fazer menção a eventual necessidade da lei ser federal –, depreende-se, conjugando os dois dispositivos, que a competência legislativa é privativa da União para a edição de normais gerais, e concorrente entre União, estados e municípios para normas suplementares.

Pela inteligência do § 1º do artigo 25 da lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995) – cuja constitucionalidade foi confirmada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 57 (BRASIL, 2019) –, é facultado à concessionária a contratação de terceiros para “o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.” Câmara (2019) explica, porém, que a responsabilidade pela prestação do serviço segue sendo da concessionária:

É característica desse tipo de contrato a assunção em nome próprio da atividade concedida. Daí ser natural que a concessionária, e não o poder concedente, seja responsável quando a prestação dos serviços ou a exploração da infraestrutura acarretar dano a usuários ou terceiros. (CÂMARA, 2019, pt. 27.16).

A responsabilidade do concedente é, pois, subsidiária, ou seja, suplementar a eventual insolvência da concessionária, não havendo que se falar em solidariedade. Isso porque, como explica Peixoto (2012) o serviço prestado sob regime da concessão é sempre público, mas, a partir do momento em que o concessionário recebe delegação estatal, o explora em nome próprio. De acordo com este último ator, disto decorre que é cabível Mandado de Segurança contra atos praticados pela empresa concessionária no desempenho de um serviço público, i.e., nos atos que ela pratica enquanto representante do Estado. Nesse caso, a ação constitucional é impetrada contra a concessionária, não havendo a necessidade de participação da autoridade concedente no processo.

Por fim, convém notar, como já foi referido aqui, que, ao final do prazo das concessões, os bens utilizados na prestação do serviço passam ao poder concedente. Pelo instituto, certos bens são revertidos em prol do concedente ao final do prazo da concessão. Nesse sentido, a lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995), em seu artigo 23, X, traz a necessidade de que, para que um bem seja reversível, haja disposição expressa no contrato. Assim, podemos concluir que mesmo que um bem seja fulcral para a consecução do interesse público subjacente à prestação do serviço ele pode não ser reversível. Ainda que se trate *a priori* de uma garantia, cujo fulcro é o de assegurar a continuidade da prestação do serviço quando da retirada da concessionária, Câmara (2019) afirma que a reversibilidade é também um grande ônus. Afinal, a lei assegura o

pagamento de indenização à concessionária. Portanto, conclui o autor que a escolha dos bens que serão reversíveis ou não deve ser de cunho técnico, levando em consideração o interesse público.

2.3 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Ainda que na primeira seção deste capítulo tenhamos já abordado aspectos gerais das concessões em sentido amplo, cabe, agora, examinarmos as concessões de serviço público. Assim, pretende-se tecer comentários conceituais sobre o instrumento – unindo as seções precedentes –, a fim de que se atinja uma base teórica satisfatória para analisarmos o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no próximo capítulo. Portanto, enquanto na primeira seção do presente capítulo abordamos a concessão em seu sentido amplo, aqui nos restringiremos a analisar as concessões de serviço público, ou “concessões comuns”.

2.3.1 Considerações conceituais

Em seu artigo 2º, II, a lei nº 8.897/1995 (BRASIL, 1995), em redação dada pela lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021), define concessão de serviços públicos como: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.” Para Di Pietro (2019), é um dispositivo falho do ponto de vista conceitual, pois deixa de fora algumas características essenciais das concessões, notadamente seu teor contratual e sua forma de remuneração. A autora nota também que, apesar da ausência no dispositivo supramencionado, essas características essenciais das concessões constam de outros artigos da lei, fazendo com que o conceito legal seja, além de imperfeito, inútil. Ela define concessão de serviço público como: “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.” (DI PIETRO, 2019, p. 89).

Grotti (2007) também concorda com as críticas à definição legal das concessões de serviço público. Para esta última autora, o dispositivo supramencionado confunde condições e procedimentos com requisitos de existência. A doutrinadora parece divergir de parte da

doutrina, ao afirmar que o contrato de concessão difere muito pouco dos demais contratos administrativos: em sua opinião, o único fator a distinguir os contratos de concessão dos demais é o fato de existirem cláusulas que asseguram o direito do concedente alterar ou extinguir unilateralmente a relação em prol do interesse público.

Seguindo em sua explanação, Di Pietro (2019) chama atenção para o que chama de “ideias antitéticas” do contrato de concessão de serviço público: de um lado temos um serviço público que funciona em prol do interesse geral e sob autoridade e responsabilidade da Administração, e, de outro, uma empresa privada, capitalista, cujo cerne de sua existência é a busca do maior proveito econômico possível. Ambas “ideias” trazem consequências para a noção de concessão de serviços públicos, objeto da presente seção.

Do fato da concessão ter por objeto a prestação de um serviço público, temos a existência de cláusulas regulamentares no contrato, a outorga de prerrogativas públicas ao concessionários, a sujeição do concessionário aos princípios que regem a prestação de serviços públicos, a aferição de poderes ao concedente (encampação, intervenção, dentre outros), a reversão dos bens em favor do concedente ao término da concessão, a natureza pública dos bens afetados à prestação, o regimento da responsabilidade civil por normas de direito público e o acometimento de efeitos tripartites da concessão (sobre o concedente, o concessionário e o usuário). Da segunda “ideia”, decorre a natureza contratual da concessão e o direito, conferido ao concessionário, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sobre o qual trataremos no capítulo subsequente.

Rivera (2016) parece concordar com essa noção. Falando da remuneração do concessionário, o autor assevera que:

A autoridade administração não deve utilizar o preço como um meio para aumentar sua riqueza, mas apenas uma quantia tendente a cobrir as despesas operacionais, de administração e de seu financiamento, e dessa forma, o prestador cumpre com as obrigações geradas pela prestação; isso não quer dizer, entretanto, que seja indevido gerar um remanescente bem utilizado. Por outro lado, se o prestador do serviço é concessionário, é evidente que ele age no intuito de obter lucro, mas sem completa liberdade de cobrança, uma vez que estará limitado pelas disposições legais que regulam a prestação de serviços públicos. (RIVERA, 2016, p. 121)

Por fim, convém notarmos que desse duplo aspecto também decorre que a empresa concessionária se submete a um regime jurídico híbrido. No que tange a sua organização, relações com terceiros, regime de trabalho de seus empregados e outros aspectos de seu funcionamento, ela atua de acordo com as regras e normas de direito privado. Contudo, sua relação com a Administração é regida por normas publicistas, já que a concessão é um contrato

administrativo. Por isso, como notamos acima, sua responsabilidade civil é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição (BRASIL, 1988). Além disso, nota Di Pietro (2019) que:

Também seu patrimônio fica submetido a regime jurídico híbrido: como empresa privada, ela dispõe de bens particulares, que podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como alienação, locação, permuta, penhora, usucapião etc.; como concessionária de serviço público, ela dispõe de uma parcela de bens afetados à prestação do serviço, os quais, por serem indispensáveis à continuidade do serviço público, podem ser considerados coisas extra commercium e, portanto, fora do comércio jurídico de direito privado; são coisas inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, como os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. (DI PIETRO, 2019, p. 91)

Seguindo em chave semelhante, Martins (2011) explica que a concessão consiste em uma justaposição de atos. Primeiramente, o regime da concessão é ato unilateral do Poder Público: como o serviço segue sendo do Estado, é ele quem detém as rédeas da fixação da disciplina do serviço, não tendo a vontade do particular qualquer efeito no estabelecimento desse regime. A aquiescência do administrado, por outro lado, é um ato-união: é um regime pré-definido, mas não há a obrigatoriedade do particular em aderir a ele, podendo escolher fazê-lo ou não; de toda sorte, nos moldes do que foi acima explicado, pode, ao longo da prestação a Administração mudar unilateralmente a situação que antes fora estabelecida, impondo novas condições ao concessionário. Por fim, o equilíbrio financeiro é ato bilateral, pois parte de uma proposta feita pelo administrado, a qual pode a Administração aceitar ou não; a proposta de uma e o aceite da outra parte são fundamentais à existência e fixação das cláusulas econômicas da concessão. Assim, os contratos de concessão de serviço público imiscuem um plexo de atos: unilateral, ato-união e bilateral.

Para Aragão (2013), por outro lado, o contrato de concessão é um contrato administrativo que tem a particularidade de nem todas suas cláusulas estarem no instrumento de contrato. Isso porque muitas disposições pertinentes aos serviços públicos constam em leis ou regulamentos editados antes ou depois da assinatura do contrato. O autor define o instrumento da concessão de serviço público da seguinte forma:

É a delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para por sua conta e risco explorá-lo de acordo com as disposições contratuais e regulamentares pertinentes, por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público. Pela concessão, o poder público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em relação aos quais não tem condições financeiras ou não entende ser conveniente a sua prestação direta. O seu exercício é, então, transferido a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele. (ARAGÃO, 2013, p. 542–543)

Essa conceituação não é pacífica na doutrina. Schirato (2015), por exemplo, aduz que há falhas a serem apontadas na concepção clássica dos contratos de concessão. Para ele, não há uma sistemática de alocação de riscos que possa ser definida *a priori*; além disso, a remuneração do concessionário depende de uma miríade de fatores, e não só da prestação direta da atividade. Por fim, assevera o autor que supremacia do interesse público é algo que espanta qualquer investidor privado, sendo antagônico ao sistema constitucional vigente.

Nesta perspectiva, sendo os serviços públicos uma obrigação imposta pela ordem jurídica ao Estado para a satisfação de necessidades coletivas, parece-nos evidente que as concessões de serviço público nada mais são do que mecanismos de contratação de um particular para que este, em nome e lugar do Estado, preste um serviço público. A forma de remuneração, o sistema de alocação de riscos, o prazo e os direitos e obrigações de cada parte não fazem parte do conceito e dependerão, por óbvio, de cada concessão que venha a ser outorgada, em função das características do serviço público a ser delegado. Há que se separar, na análise da questão, o que é o conceito de concessão de serviço e o que é efeito dela. O conceito é a delegação do cumprimento de uma obrigação jurídica pelo Estado para um particular. Efeito é o conteúdo da avença: quais os direitos e obrigações impostos ao particular, qual a contrapartida que lhe é garantida, quais as consequências jurídicas que dela advêm. (SCHIRATO, 2015, p. 148–149, grifos do autor)

Andrade (2015) define a concessão de serviços públicos como um instrumento que engendra uma feixe de relações: de concessão, de prestação e de garantia. A relação de concessão é atinente à delegação à concessionária do dever de prestar o serviço público. A de prestação concerne à prestação do serviço pela concessionária em prol do usuário. E a garantia, por fim, é a relação pela qual o concessionário pratica atos necessários para que se mantenha a adequada prestação dos serviços ao usuário.

2.3.2 Objetivos

Para Rivera (2016), ao considerar a possibilidade de outorgar a concessão de um serviço público deve a autoridade administrativa levar em consideração uma série de fatores. Primeiramente, a sua capacidade em cumprir a atividade, já que, a princípio, o Estado só deve recorrer ao instituto quando não tiver condições de prestar o serviço por si próprio. Em segundo lugar, afirma o autor que a recepção dos governados deve ser sopesada. Por fim, considera que:

Juridicamente falando, a parte concedente deve levar em consideração que ao outorgar a concessão da prestação de um serviço público não se abstém dele, mas, ao contrário, torna-se fiscalizadora da correta prestação desse serviço, não só mediante o estabelecimento de tarifas ou direitos na cobrança, mas também exercendo concomitantemente o controle administrativo [...] (RIVERA, 2016, p. 104–105)

Assim, podemos concluir que a decisão de outorgar um serviço público a um particular possui elementos políticos e estratégias inerentes. Dela decorrem consequências financeiras,

tributárias e sociais, afinal se essas atividades foram caracterizadas como serviço público é porque são de suma importância à coletividade. Com essa noção coaduna o pensamento de Andrade (2015):

Mediante a outorga de concessão atribui-se não só a responsabilidade pela prestação do serviço público, mas também por seu custeio, sendo essa a razão de ser da delegação que o poder concedente confere à concessionária, a quem cabe estabelecer as relações jurídicas para tanto necessária [...] Do ponto de vista político, a prestação de serviços públicos sob regime de concessão acarreta a atribuição dos ônus econômico-financeiros que lhe são correspondentes a quem de fato os utiliza, ao invés do custeio por valores sacados dos cofres públicos que são arrecadados da sociedade como um todo, ou seja, inclusive de quem não usa aquele determinado serviço, e sem discriminação quanto à frequência de utilização do serviço. (ANDRADE, 2015, p. 143–145, grifos da autora)

No mesmo sentido também vai o pensamento de Stober (2012):

O Estado não tem de prosseguir, por si próprio, as funções relacionadas com a Administração econômica. Antes pelo contrário, ele possui, em geral, liberdade de organização, a qual tem de orientar, na base de uma permanente evolução das funções públicas, no sentido da capacidade de funcionamento e da otimização da Administração econômica [...] A concessão visa descentralizar a Administração Pública, descongestionar os entes de direito público e fazer uso da iniciativa privada, do domínio das situações, do potencial da Administração, dos meios de financiamento, dos conhecimentos técnicos, entre outros. A maior parte dos órgãos do Estado não estaria de modo algum em condição de prosseguir as competências especiais confiadas ao concessionário. Por isso, a descentralização através da concessão é, simultaneamente, uma alternativa digna de registro à privatização plena, no sentido de uma função de privatização. (STOBER, 2012, p. 528–529)

Ante o exposto, podemos notar que tanto a noção de serviço público como a de concessões são bastante amplas, polissêmicas e, em parte, polêmicas. Unidas em torno da ideia de concessão de serviço público concernem a um instrumento contratual, do qual pode lançar mão o Estado para a consecução dos princípios que lhe regem, de forma que isso acaba por se consubstanciar em uma estratégia política, regulatória e estatal de longo prazo. Tecidas essas considerações, o próximo capítulo tratará do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público.

3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Já tendo dissertado sobre noções gerais dos serviços públicos e dos contratos de concessão, neste segundo capítulo abordaremos um ponto mais específico: o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Em um primeiro momento, trataremos dos aspectos gerais e conceituais do equilíbrio econômico-financeiro, para, posteriormente, analisarmos o tratamento legislativo e jurisprudencial do tema no Brasil. Pretende-se, dessa forma, uma análise mais específica que servirá de base para, no próximo capítulo, estudarmos os efeitos da pandemia da COVID-19 no equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público no Brasil.

3.1 ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS

No primeiro capítulo deste trabalho, conceituamos os contratos de concessão como sendo complexos, engendrando uma miríade de relações – entre concedente e concessionário, usuário e concessionário etc. – cujos desdobramentos são notados no cotidiano da maioria, se não a totalidade, da população. Semelhantemente, pudemos caracterizar os serviços públicos como atividades de prestação imprescindível, polissêmicas e multifacetadas. Por tudo isso, é inevitável que ao falarmos de “equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público” estejamos diante, também, de uma noção eminentemente complexa e multifacetada.

De fato, Garcia (2021) explica que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é um valor não só jurídico, mas também econômico, pelo montante do Produto Interno Bruto (PIB) dos países que é movimentando pelas contratações públicas. Ademais, um contrato de concessão não tem, como vimos no capítulo 1 deste trabalho, prestações bilaterais como outros contratos administrativos. Por conseguinte, parece ser consenso doutrinário, o que notamos a partir de autores como Anker e Turolla (2015), Ribeiro (2017), Ribeiro e Sande (2021) e Fernandes e Fernandes (2015), que uma correta e justa aferição da correlação entre os encargos do concessionário e sua remuneração exige uma abordagem multidisciplinar – integrada com as ciências contábeis e econômicas – e não só jurídica. Soma-se a isso a longa duração dos contratos de concessão de serviço público, que comumente ultrapassam os vinte anos.

Esses fatores somados – importância da manutenção econômica desse tipo de contrato com sua dilação no tempo – fazem com que as circunstâncias existentes quando da celebração do pacto mudem ao longo do tempo. Sobre isso, Garcia (2021) atesta que:

Se, por hipótese, o conjunto de circunstâncias fáticas, econômicas, sociais e políticas que circundou a celebração do contrato se mantivesse estático, o contrato seria executado a partir das suas condições originais, sem qualquer necessidade de adequação. Porém, esse é um cenário hipotético, fictício e irreal quando se examinam os contratos de concessão duradouros. (GARCIA, 2021, p. 202)

Dessa forma, destaca o autor que há certa previsibilidade na imprevisibilidade: em um espaço longo de tempo, é impossível saber exatamente por que mudanças (sociais, legislativas, jurídicas, econômicas ou financeiras) as condições de cumprimento do contrato passarão, mas é certo dizer que elas ocorrerão. Como, se analisadas conjuntamente, as obrigações das partes podem ser mensuradas economicamente, é possível estabelecer objetivamente algo próximo à paridade original estabelecida pelas partes quando da assinatura do contrato. Ou seja, parte-se do pressuposto de que os termos originais revelam um senso do que é “justo”, porquanto anuído por ambos polos contratuais.

É nesse contexto de certeza de mudanças que entra a importância do equilíbrio econômico-financeiro. De fato, autores como Marques Neto (2003) e Wald (2001) alegam que o equilíbrio econômico adquire tal importância que é mesmo um pressuposto de existência dos contratos de concessão. Seguindo em chave semelhante, Garcia (2021) aduz que o equilíbrio econômico-financeiro, enquanto decorrência da boa-fé contratual, é importante em qualquer tipo de contrato, mas ela cresce ainda mais em se tratando de contratos de concessão. Se em sua gênese foi uma garantia para o particular – salvaguardando seus interesses ante a maior mutabilidade desse tipo de contrato – paulatinamente passou a se tornar um valor autônomo, que pode ser arguido por qualquer das partes. Assim, por conta do interesse público subjacente ao objeto do contrato de concessão – serviços públicos ou infraestruturas públicas que instrumentalizam políticas públicas – neles o desequilíbrio econômico é especialmente malfazejo:

Um contrato de concessão desequilibrado pode acarretar como principal consequência - além dos prejuízos com os quais o concessionário será obrigado a arcar - grave risco à eficiente execução do objeto, já que maiores serão as dificuldades para manter as prestações nos padrões de qualidade e eficiência nos moldes inicialmente pactuados (e, até mesmo, a própria estabilidade da sociedade empresária contratada), o que, evidentemente, não atenderá ao interesse público tutelado. (GARCIA, 2021, p. 206–207)

Portanto, conclui o autor, a busca pela manutenção do equilíbrio é verdadeiro dever das partes, com um objetivo duplice: buscar atender seus próprios interesses e os da coletividade;

por isso, adquire um valor superior que deve pautar as ações durante o cumprimento do contrato. É importante ressaltar que prezar pela estabilidade do equilíbrio econômico-financeiro não significa dizer que o concessionário deva ser blindado de qualquer adversidade econômica: o instituto não pode ser confundido com uma garantia de lucratividade independentemente de má gestão da empresa ou de riscos previstos contratualmente. Isso não significa que a remuneração ou os encargos devam ser mantidos ao longo de toda duração do contrato. Como já dito aqui, os contratos de concessão costumam ter um prazo de duração bastante elevado; durante esse percurso temporal, é natural que as obrigações assumidas e a remuneração aferida variem, a depender do estágio em que se encontra a prestação contratual.

O que deve ser perseguido é a manutenção da justa equivalência originalmente estabelecida, ainda que essa realidade econômico-financeira comporte modificações nos encargos e na remuneração, pois, como mencionado, pelas intrínsecas características dos contratos de concessão, adequações e conformações nos compromissos assumidos serão inevitáveis na execução de ajustes duradouros. Daí a relevância de reafirmar que intangível é o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, e não os encargos e a remuneração que marcam o início da sua execução. Não se deve confundir o conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato com a fórmula inicialmente pactuada no contrato para expressar esse equilíbrio. (GARCIA, 2021, p. 211–212)

Em outras palavras, o que é intangível é o senso de “justiça” que foi inicialmente avençado, e não a fórmula para remuneração. Por isso, o equilíbrio econômico-financeiro é eminentemente dinâmico: pelas características inerentes aos contratos de concessão que vimos no primeiro capítulo – longa duração, inserção em uma cadeia contratual, fim de prestação de serviços público etc – é impossível prever todas as circunstâncias que o afetarão.

Assim, conforme nos explica Câmara (2019) há dois tipos de álea em se tratando de contratos de concessão: ordinária e extraordinária. Álea ordinária do contrato é a parcela de risco assumida pelo particular: trata-se do risco que a concessionária aceitou assumir quando assinou o contrato de concessão. Esses riscos podem ser da gestão da empresa, ou seja, oriundos de eventuais falhas no gerenciamento e na administração dos recursos empresariais; ou podem ser de natureza externa. Nesta última hipótese, ainda que externos, são riscos imputados à administração da empresa, como, por exemplo, riscos atinentes à flutuação de demanda. A esses podem se somar outros riscos, que por expressa determinação legislativa ou contratual podem ser eventualmente imputados ao particular:

É possível que, devido à opção política do legislador ou da Administração Pública responsável, determinados aspectos da prestação do serviço sejam considerados, expressamente, elementos de risco assumidos pela concessionária. O particular, por vontade própria, ao celebrar o contrato de concessão, terá consentido na assunção de tal ônus, não podendo dele se eximir com base em noções genéricas e abstratas a

respeito da chamada álea extraordinária (que seria passível de recomposição contratual, mediante revisão de tarifa). (CÂMARA, 2019, pt. 27.14)

Já a álea extraordinária concerne àqueles riscos relativos a variações econômicas que podem ocorrer em virtude da exploração do serviço concedido, mas que não foram assumidos pela própria concessionária. Se vultosos o suficiente para gerarem efetivo desequilíbrio econômico-financeiro, os riscos da álea extraordinária ensejam recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

É notório que, assim como a noção de serviço público, o equilíbrio econômico-financeiro teve sua gênese na França. Sobre isso, Loureiro (2020) afirma que a acepção francesa do regime econômico das atividades consideradas serviços públicos delegadas a particulares tem caráter notadamente contratual. Ou seja, temos presente a noção de um pacto, o que faz com que também o equilíbrio econômico-financeiro seja tributário dessa noção. Aduz o autor que nas primeiras concessões de serviço público, contudo, havia uma total imutabilidade daquilo que fosse pactuado, não importando eventuais condições que se alterassem ao longo do cumprimento. Assim, se aderiria ao princípio do *pacta sunt servanda* mesmo no direito administrativo: considerava-se que, pelo dogma da autonomia das vontades e da liberdade, uma vez propostas as condições pela Administração e aceitas pelo concessionário, esse pacto seria automaticamente justo e vigente por toda a duração do contrato.

A concessão, pois, vinculava as partes, concedente e concessionário (o usuário não entrava, juridicamente, em linha de consideração), em tudo e por tudo [...] Tinha o poder público o a possibilidade de fixar as condições e as tarifas que desejasse. Mas, uma vez aceitas pelo particular, o concedente não possuía mais qualquer prerrogativa (exorbitante) e, dali para frente, *pactos devem ser cumpridos*. (LOUREIRO, 2020, p. 55, grifos do autor)

Esse panorama começou a mudar em 1910, com o julgamento, pelo Conselho de Estado, do caso *Ministre des Travaux Publics c. Compagnie Générale Française des Tramways*. Nele, discutiu-se a possibilidade de introdução de mudanças no contrato de concessão, com o fito de melhorar o serviço prestado. A solução encontrada no julgado acabaria por mudar a acepção e o conceito de contratos de concessão: os contratos administrativos seriam, por conta de seu objeto, pertencentes a um regime jurídico diferenciado, no qual havia a peculiaridade de o poder concedente alterar condições originais por questões de interesse público. Esse poder, porém, deveria ter como contrapartida a preservação da “equivalência honesta” da avença original. Dessa forma, reconheceu-se que o contrato de concessão seria jurídica e normativamente desigual, pela possibilidade de alteração unilateral pela Administração; economicamente, por

outro lado, há igualdade, afinal o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia em prol da preservação do pacto econômico original.

Esse poder instabilização do vínculo tem como contrapartida - não limite - algo menos palpável do que uma cláusula: justamente a preservação do “*equilíbrio original do contrato*”, o seu sinalagma estabelecido quando da celebração da concessão. Como a equivalência de posições jurídicas tinha acabado de ser rompida, o equilíbrio possível da concessão foi compreendido como de *natureza econômico-financeira*. (LOUREIRO, 2020, p. 59, grifos do autor)

Por outro lado, outro julgado importante foi o da *Compagnie Generale d'Éclairage* de Bordeaux, de 1916. Nele, diferente do caso *Tramways*, o Conselho de Estado francês teve de lidar não com uma vontade de uma das partes, mas com o imponderável: no período da Primeira Guerra, o preço do insumo de uma concessionária que fornecia iluminação pública quintuplicara. Pretendia a empresa uma repartição dos prejuízos pelo advento de fato imprevisível, portanto. Novamente, o Conselho liberalizou as regras contratuais rígidas do Direito Privado, aduzindo que o concessionário deveria receber aporte do concedente para que não se interrompesse a prestação do serviço. Aqui, não há o retorno a um ponto anterior, mas sim a repartição de danos trazidos por condição imprevisível: o bem jurídico tutelado é a continuidade do serviço, não a remuneração do concessionário. É importante notar que o abalo deveria ser substancial, em evento estranho e alheio à vontade das partes e de efeitos temporários. Como decorrência dessas características, a reparação pela Teoria da Imprevisão é apenas parcial: em sendo seu objetivo manter a prestação do serviço, o aporte realizado deve ser feito apenas na medida necessária para esse fim.

Loureiro (2020) então nos traz que a construção francesa acabou por desvelar uma outra espécie de álea extraordinária: o Fato do Príncipe, tido como espécie de meio termo entre a alteração unilateral do contrato (cuja consequência é a recomposição integral da equação econômico-financeira original) e a álea econômica extraordinária (que levava à recomposição apenas parcial). Essa forma de álea ocorre quando um ato da Administração contratante² tem efeitos indiretos no contrato, danosos ao concessionário e sua equação econômico-financeira. Afinal, a Administração não age apenas como cocontratante, mas também como poder público.

Como nota Giacomuzzi (2011), no Brasil Fato do Príncipe e a Teoria da Imprevisão são tratados legislativamente de forma igual, do que decorre, na visão do autor, que a doutrina também os trate sem discernimento. Falando sobre a importância epistemológica da construção francesa do equilíbrio econômico-financeiro, o autor atesta que:

² Convém notarmos que na França há a necessidade de que haja identidade entre o ente que profere o ato e o concedente. No Brasil, contudo, isso não é uma exigência para caracterização do Fato do Príncipe.

Que o *équilibre financier* seja uma compensação ao poder exorbitante do Estado ninguém discute, nem que seja esse equilíbrio uma das causas “mais originais” de indenização do contratante. O problema de fundo, aqui, é que, dependendo da ênfase que se lhe empreste e da configuração que se adote desse “princípio”, ele pode simplesmente anular a decantada filosofia exorbitante dos contratos administrativos, quebrando o pilar argumentativo da desigualdade das partes. Basta que se confira ao *équilibre financier* um calor comutativo maior ou que se entenda, no plano dos valores, que o equilíbrio financeiro do contrato é *antes de tudo* um direito do contratado, o qual se sobrepõe ao “interesse público”. Uma visão analítica e descontextualizada – em regra, a-histórica – do *équilibre financier* pode começar a minar mentalidades de séculos, alterando as bases do *droit politique*. A mais que indeterminada “equivalência honesta” das prestações, expressão que abriga um mundo e convida a todos os arbítrios, contém o germe da “igualdade” – o que ela significa é outro e *principal* problema. (GIACOMUZZI, 2011, p. 295, grifos do autor)

Percebe-se, portanto, que a alocação de riscos acaba tomando grande importância nos contratos de concessão de serviço público. Sobre o tema, Garcia (2021) atesta que é um artifício de fulcral importância para o bom cumprimento do contrato de concessão ao longo do tempo. Isso porque, uma vez alocado o risco, cabe à parte suportá-lo, já que então não é cabível o direito de revisitar os parâmetros delimitados para reequilíbrio do contrato. Seguindo em toada semelhante, Anker e Turolla (2015) afirmam que a alocação de riscos é uma das tarefas mais importantes na execução de um contrato de longo prazo, por trazer estabilidade jurídica a uma relação que é, por tudo que já foi falado neste trabalho, volátil e propensa a mudanças e mutações nas condições de sua execução. Por outro lado, a falta de uma alocação adequada pode gerar ações oportunistas pelo poder público ou mesmo pela concessionária.

Nesse sentido, os autores atestam que há certos riscos que são melhor alocados a uma ou outra parte. Execuções e inovações tecnológicas, por exemplo, são lidados de forma melhor pelo concessionário, seja por terem maior flexibilidade para a compra de equipamentos, seja por estarem no dia a dia da prestação do serviço e estarem mais aptos a entender as necessidades que ela impõe, ou mesmo por terem mais conhecimento técnico especializado. Por outro lado, variáveis que estão sob controle do concedente devem ser a ele alocadas, como alterações tributárias ou trabalhistas.

De fato, Maurício Portugal Ribeiro (2017) alerta para os problemas que podem advir da atribuição ao concessionário de riscos controlados pelo concedente. Para o autor, quando o concessionário não tem controle algum sobre um risco que lhe é imputado há, normalmente, a previsão de um valor na proposta licitatória para que se lide com esse risco assumido impropriamente. Surgem, então, duas hipóteses: se o evento de fato se materializa, o valor será utilizado pelo concessionário; caso o evento não se materialize, porém, essa quantia acaba se tornando lucro para o particular. Aduz o autor então que: “Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o

evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele.” (RIBEIRO, 2017, p. 130)

Por outro lado, Câmara (2019) propugna uma alocação de riscos que não espante interessados na exploração do serviço. Para ele, uma previsão razoável de riscos é fulcral à existência da concessão e exploração do serviço, afinal o instituto pressupõe que exista um particular interessado economicamente na outorga da prestação. Assim sendo, atesta o autor que mesmo riscos provenientes da gestão empresarial – como aqueles inerentes à competição no mercado – e da flutuação da demanda podem, por força legal ou contratual ser imputados ao concedente, e não à concessionária.

Anker e Turolla (2015) ressaltam, contudo, que dada à complexidade do plexo de relações que um contrato de concessão engendra, uma perfeita alocação de riscos é impossível de ser alcançada. Ainda assim, quanto mais se investir nessa etapa contratual, melhor será a execução contratual.

As condições contratuais, dispostas pela matriz de riscos, traduzem, portanto, uma visão prospectiva do negócio - afinal de contas, como o contrato é de longo prazo, é interessante para as partes do contrato que ele seja instrumento efetivo e pouco sujeito às mutações econômicas. Mais que isso, os contratos replicam uma visão, do regulador ou do contratante, sobre quem administra melhor os riscos de maior probabilidade de ocorrência. (ANKER; TUROLLA, 2015, p. 245)

É importante notar, com a ajuda de Marques Neto (2002) e retomando conceitos trazidos no primeiro capítulo deste trabalho, que a aferição de equilíbrio em um contrato de concessão de serviço público é muito mais complexa do que em um contrato bilateral: se nestes últimos é necessário apenas uma relação entre encargos e remuneração, nos primeiros há outras variáveis, como fluxo de caixa, montante de investimento, dentre outras. Por isso, são necessárias ferramentas multidisciplinares para aferição dos parâmetros de reequilíbrio. Nesse contexto, Maurício Portugal Ribeiro e Felipe Sande (2021) clamam pela utilização da Taxa Interna de Retorno (TIR).

Para os autores, a TIR pode ser utilizada para várias funções no âmbito de um contrato de concessão, sendo um instrumento para cujo bom entendimento e uso é necessária uma abordagem multidisciplinar, afinal é um conceito atinente não só ao Direito, mas também às ciências econômicas e contábeis. Assim, além do reequilíbrio econômico-financeiro, definem os autores que a TIR também pode ser usada para precificação de ativos antes ou depois da assinatura do contrato e para mensuração da rentabilidade de investimentos. Não nos deteremos

em explicações sobre estes outros usos da TIR; para o escopo deste trabalho basta identificarmos que existem usos além do reequilíbrio econômico-financeiro.

Seguindo em sua explanação, Ribeiro e Sande (2021) utilizam o conceito de “evento de desequilíbrio”: o acontecimento que impacta uma das partes, mas cujo risco, por força legal ou contratual, é atribuído à outra. Ao estar diante de tal evento, a parte – normalmente a concessionária – não tem escolha: é obrigada a arcar com as consequências da ocorrência, em especial o aumento de custos operacionais ou diminuição de receitas. Assim, explicam os autores que ao arcar com esses custos e/ou diminuição de receitas é como se o concedente tomasse um empréstimo compulsório da concessionária. É nesse contexto que entra a utilização da TIR: a aceção dessa perda de receita como “empréstimo compulsório” tem como consequência a necessidade de se aferir uma correta taxa para servir à guisa de taxa de juros para quitação desse crédito que a concessionária assume em desfavor do concedente. A adequação dessa taxa é fulcral, pois uma taxa menor que a rentabilidade do projeto coloca em xeque o projeto do concessionário; por outro lado, uma taxa maior pode acarretar em uma rentabilidade exacerbada. Nesse sentido, aduzem Ribeiro e Sande (2021) que a TIR é o meio mais adequado para se definir essa “taxa de juros”:

[...] a TIR para Reequilíbrio é a rentabilidade estimada, oficialmente prevista para o projeto. Essa é a rentabilidade que oficialmente o parceiro privado espera ter com o projeto. Portanto, corrigir o Empréstimo Compulsório pela TIR para Reequilíbrio prevista no plano de negócios é um meio de neutralizar o efeito do Empréstimo Compulsório sobre a expectativa de rentabilidade do investimento do concessionário na concessão. (RIBEIRO; SANDE, 2021, p. 6)

Essa breve explanação acerca do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão nos permitiu caracterizar o instituto, bem como seu histórico. Passaremos, agora, à análise do seu tratamento constitucional, legislativo e jurisprudencial no Brasil, a partir das bases lançadas nesta seção.

3.2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Fazendo uma genealogia do tratamento constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, Loureiro e Rodrigues (2020) notam que a Constituição de 1934 foi a primeira a abordar diretamente o tema, que até então era tratado apenas no plano infraconstitucional. A carta constitucional em comento fazia menção, em seu artigo 137, à “justa retribuição” do capital, marcando uma ruptura com a tradição francesa, sobre a qual já analisamos alguns

pontos, que era a acepção em voga até então. Isso porque “justa retribuição” concerne muito mais à construção estadunidense das *public utilities*, nos moldes do que notamos no segundo capítulo deste trabalho. Isso, contudo, apenas no que dizia respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, já que quanto aos serviços públicos ou a concessões seguiu-se utilizando institutos e conceitos de matriz francesa (2020). As cartas constitucionais de 1937 e 1946 seguiram na mesma linha, adotando a noção advinda do direito estadunidense em detrimento da francesa.

Esse panorama mudou com a Constituição de 1967. Dizia o seu artigo 160:

Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:
 I - obrigação de manter serviço adequado;
 II - tarifas que permitam a *justa remuneração do capital*, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o *equilíbrio econômico e financeiro do contrato*;
 III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior. (BRASIL, 1967, grifos nossos)

Nota-se, portanto, que a inteligência do artigo trouxe para o texto constitucional pela primeira vez a noção de equilíbrio econômico-financeiro, de matiz contratual. Como notam Loureiro e Rodrigues (2020) essa matiz contratual faz com que, ao contrário da “remuneração justa”, o equilíbrio econômico-financeiro adquira um teor muito mais retrospectivo do que prospectivo: analisa-se a equação definida quando da assinatura do contrato, pressupondo-a justa independentemente de outras aferições que são caras à remuneração justa, advinda da *regulation of public utilities* dos Estados Unidos, como a compatibilidade com o mercado.

Como se percebe, à semelhança do que afirmamos na seção sobre concessões no Brasil, historicamente o tratamento dado no nosso ordenamento jurídico ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões oscilou, buscando ora importar conceitos franceses, ora estadunidenses, ora mesclando ambas influências. Percebe-se, nesse sentido, o que alguns autores (GIACOMUZZI, 2011) caracterizam como “ecletismo” do nosso ordenamento jurídico.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é tratado nos artigos 175 e 37, XXI.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Convém notar que boa parte da doutrina entende, a partir dos dispositivos supracitados, que há status de princípio constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro. De fato, essa parcela doutrinária parece ter esse status de princípio constitucional como algo dado, indiscutível; dessa forma, Marques Neto (2002) fala em “princípio geral de direito” e Wald e Gaensly (2008) citam ser “pacífica” a sede constitucional, porquanto “implícita na política tarifária”. Isso para ficarmos em apenas alguns exemplos, mas, reitera-se, a imensa maioria dos doutrinadores segue por esse mesmo caminho.

Loureiro e Rodrigues (2020), por outro lado, rechaçam essa noção. Para os autores, quanto ao artigo 175, o constituinte de 1988, ao substituir as menções expressas na Constituição de 1967 supracitadas, fez uma escolha consciente e deliberada. Citando propostas de textos e emendas para inserção do “equilíbrio econômico-financeiro” nas mais variadas fases por que passou o processo constituinte, os autores atestam que todas essas tentativas foram rechaçadas, sob o argumento de que era temática mais afeita à legislação ordinária. A genericidade da obrigação de ditar a “política tarifária”, nesse sentido, serve justamente ao fim de dar maior margem de liberdade para o legislador infraconstitucional: “Essa circunstância indica que a falta de referência não foi um mero lapso, mas uma *decisão constitucional expressivamente deliberada*. E como tal há de ser tratada, sob pena de autoritarismo ou tirania do intérprete (juiz ou doutrinador).” (LOUREIRO; RODRIGUES, 2020, p. 25, grifo dos autores).

Já sobre o artigo 37, XXI, tecem os autores várias considerações. Primeiramente, alegam que o dispositivo não se aplica aos contratos de delegação, afinal é da inteligência do próprio dispositivo que ele se aplica a contratos comutativos simples. Ademais, a menção a “manter a proposta” é uma obrigação de respeitar a proposta (*pacta sunt servanda*), não um comando sobre como essa proposta deve ser feita, ou quais premissas ou princípios ela deve respeitar. Segundo os autores, a interpretação dominante falha em notar que não são obrigações equiparáveis, e notadamente distintas:

Com essa equiparação, não só se faz uma interpretação não autorizada do art. 37, XXI como se obstaculiza a desejável maleabilidade e flexibilidade para a configuração dos complexos regimes econômico-financeiros das concessões – colocando, inclusive, “sob suspeita” inovações do direito positivo brasileiro, que dispõem de modo diverso

da tradicional teoria do equilíbrio econômico-financeiro (como certas modalidades de revisões tarifárias ordinárias e a deferência ao contrato para a alocação de riscos). (LOUREIRO; RODRIGUES, 2020, p. 28)

Concluem os autores então que o objetivo do constituinte era o de assegurar o adimplemento dos pagamentos por parte da Administração Pública: “O objetivo buscado pelos Constituintes nada tem que ver com a preservação de um equilíbrio econômico-financeiro de concessões de serviço público (construído a partir da tarifa paga pelos usuários e não, de regra, pela Administração), em face de certas e determinadas áleas extraordinárias.”(LOUREIRO; RODRIGUES, 2020, p. 30). Além disso, os doutrinadores reiteram que os contratos de delegação estão previstos no artigo 175, que, por uma escolha, não trata do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, clamar pela aplicação do artigo 37, XXI, a esse tipo de contrato administrativo seria uma incongruência lógico-jurídica.

Sobre a controvérsia delimitada acima, convém notarmos que Ribeiro (2011) e Giacomuzzi (2022, cap. 8) parecem convergir com o pensamento de Loureiro e Rodrigues (2020). Giacomuzzi (2022, cap. 8), em obra ainda não publicada, atesta que não há nada no texto da Constituição que autorize a interpretação de que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é uma norma de caráter constitucional. Já Ribeiro (2011) afirma que:

E, que não se diga que o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia constitucional e que pouco importa a sua tradução legal. Na verdade, a Constituição Federal não fala em equilíbrio econômico-financeiro, mas apenas em manutenção das condições efetivas da proposta para prestação dos serviços objeto do contrato. (RIBEIRO, 2011, pt. III 5.1.2.1)

Por outro lado, Di Pietro (2019) parece se situar em uma posição entre esses dois polos. Falando sobre o artigo 37, XXI, a autora atesta que “Essa norma costuma ser interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico-financeiro; porém, é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração.” (DI PIETRO, 2019, p. 123).

A partir do exposto nesta seção, conclui-se que mesmo o status – constitucional ou não – do equilíbrio econômico-financeiro tem sido contestado pela doutrina. Ainda que se adira à corrente que aduz não ser um princípio constitucional, cumpre ressaltar, algo que é mesmo notado por Gustavo Loureiro (2020), que isso não quer dizer que não exista uma proteção normativa ao concessionário no nosso ordenamento jurídico. O que se recusa, na verdade, é a origem constitucional desse instituto, que na verdade é abordado com mais afinco na legislação infraconstitucional, bem como sua extensão. Assim, passaremos agora à análise do instituto na lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

3.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEI Nº 8.987/1995

Cumpramos ressaltar que, por conta do recorte específico escolhido para este trabalho – concessões de serviço público –, não abordaremos a lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), na qual são disciplinadas as concessões patrocinadas e administrativas, espécies do gênero Parceria Público Privada. Tampouco analisaremos as leis de licitação, nem a nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) nem a recente nº 14.133/2021 (2021). Afinal, a doutrina é receosa quanto a sua aplicação aos contratos de delegação; nesse sentido, ainda que se adira a uma corrente segundo a qual pode haver aplicações às concessões, esse emprego se dá apenas a partir da necessidade de integração do regime jurídico das concessões com normas gerais e abstratas, havendo a necessidade de justificativa aplicada a cada caso concreto (LOUREIRO, 2020).

É válido colacionarmos novamente o artigo 2 da lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995):

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado; (BRASIL, 1995, grifo nosso)

O dispositivo, em especial a expressão “por sua conta e risco”, traz à tona uma condição subjacente ao conceito de concessões, elemento precípua e fundamental à sua existência: é um instituto no qual a execução direta do serviço público é transferida do Estado para a iniciativa privada. Dessa forma, transfere-se também o risco da execução do concedente para o concessionário. Podemos afirmar, portanto, que o dispositivo traz a ideia do que Di Pietro (2019) chama de “ideias antitéticas” das concessões – algo a que fizemos referência no primeiro capítulo deste trabalho – a noção de que é uma técnica jurídica na qual há de se acomodar, concomitantemente, a busca ao lucro da empresa concessionária e o fato de que o serviço público atende ao interesse da coletividade, e, portanto, não pode parar e deve ser prestado com um viés de modicidade tarifária.

Para Loureiro (2020), por outro lado, a norma deve ser interpretada como um dispositivo que coloca todos os riscos, *a princípio*, a cargo da concessionária. Mais adiante no diploma legislativo, como veremos, é que são tratadas as exceções a esse comando geral.

Esse, sim, é um princípio geral a informar a construção dos contratos de concessão. Ele não só vale como “hipótese-padrão” de distribuição dos riscos (p. ex., na falta de disposição contratual), mas funciona também como baliza para aferir a adequação das escolhas contratuais feitas e, no que aqui interessa mais de perto, constitui-se em

diretriz para orientar a eventual aplicação e a modulação dos efeitos da aplicação da Teoria da Imprevisão. (LOUREIRO, 2020, p. 166–167)

Depreende-se da inteligência do artigo 2º, II, portanto, que flutuações no lucro, positivas ou negativas, por si só não dão ensejo à revisão das cláusulas financeiras, porque se inserem na álea ordinária, que correm por conta do concessionário. As primeiras exceções a essa regra do “por conta e risco” constam no artigo 9º:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. (BRASIL, 1995, grifos nossos)

A uma primeira mirada, podemos notar que o parágrafo 3º trata de alteração unilateral do contrato, e o 4º, de Fato do Príncipe. Assim, percebe-se que essas duas ocorrências estão, por expressa previsão legal, fora do alcance da regra geral “por sua conta e risco”. É de se ressaltar, contudo, que, conquanto – nos moldes do conceito trazido na primeira seção deste capítulo – possamos concluir que o parágrafo terceiro de fato aborde o Fato do Príncipe, ele não traz uma definição conceitual para tanto. Ademais, adota uma abordagem algo restritiva a sua caracterização, afinal aduz que nem toda medida do Poder Público leva, necessariamente, ao reequilíbrio econômico-financeiro, ficando essas hipóteses restritas à criação de tributos ou encargos legais.

De outra banda, o §4º traz hipótese de alteração unilateral do contrato pela Administração. Essa é uma ocorrência que também fica fora da generalidade do “por conta e risco” do inciso II do artigo segundo. Por expressa previsão legal, portanto, ficam defesas eventuais disposições contratuais em contrário. Cabe ressaltar ainda que a expressão “concomitante à alteração” tem seu fulcro naquilo que é função precípua dos serviços públicos, que é a tutela do interesse coletivo. Afinal, caso se admitisse que o restabelecimento do equilíbrio pudesse se dar de forma não concomitante, poder-se-ia afetar até mesmo a continuidade do serviço, lembrando que, do ponto de vista da concessionária, a exploração do serviço público tem a finalidade de lucro. Nesse sentido, a doutrina de Garcia (2021) nos traz que:

Tratando-se de contratos de concessão conectados à prestação de serviços públicos ou, mesmo, à gestão de infraestrutura vinculadas ao atendimento das necessidades da coletividade, essa “concomitância” do reequilíbrio apresenta-se com maior intensidade, e desequilíbrios que atinjam a estabilidade do contrato afetam, em última análise, os interesses públicos primários tutelados. (GARCIA, 2021, p. 146)

Pois, nota-se que, ressalvadas as hipóteses de alteração unilateral do contrato e de Fato do Príncipe (e estas com as restrições sobre as quais dissertamos acima), os riscos correm por conta e risco do concessionário, salvo disposição contratual em contrário. Assim, nada menciona a Lei nº 8.897/1995 sobre a álea econômica extraordinária. Disso, Loureiro (2020) extrai a opinião de que ou esse tipo de álea está disciplinada no contrato ou correrá por conta e risco do concessionário.

Por fim nos traz o referido diploma legal, em seu artigo 10: “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.” (BRASIL, 1995). Duas características desse dispositivo saltam aos olhos. Primeiramente, a centralidade que é conferida à figura do contrato, algo que é fruto da matriz francesa do equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, o fato de que a lei apenas traz a necessidade de haver condições contratuais que, se seguidas, considerar-se-á mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Contudo, não há previsão de que condições são essas, ou de que forma elas devem ser disciplinadas, apenas de que elas devem existir. Maurício Portugal Ribeiro (2011), nesse diapasão, afirma que:

A lei não estabelece qualquer limitação nem exigência em relação à configuração do sistema de recomposição do equilíbrio econômico financeiro; apenas limita-se a enunciar a necessidade de que exista um sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O art. 10, da Lei 8.987/95 deixa isso bastante claro [...] Esse dispositivo, em outras palavras, diz que é o contrato de concessão que estabelece as condições de cumprimento do seu equilíbrio econômico-financeiro. (RIBEIRO, 2011, cap. III.5.2.1)

No que tange ao equilíbrio econômico-financeiro, percebe-se que a lei das concessões comuns reforça a centralidade do contrato como instrumento definidor dos termos e condições em que ele se mantém ou, se quebrado, deve ser reequilibrado. Pode-se perceber também que, ainda que sem referências *ipsis litteris*, o diploma legal retoma conceitos e características inerentes às concessões e aos serviços públicos, como a necessidade da continuidade da prestação, a busca do lucro prela concessionária, o atendimento ao interesse público, dentre outras.

3.4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA JURISPRUDÊNCIA

Feita a análise do tratamento do equilíbrio econômico-financeiro na Constituição e na legislação, passaremos agora a analisar como o instituto é utilizado em decisões jurisprudenciais. Foram escolhidas para tanto decisões do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal. O primeiro foi escolhido por ser um tribunal administrativo com a função fiscalizar as contas da Administração; assim, suas decisões levam em considerações técnicas não só jurídicas, mas também econômicas e financeiras, o que, como já notamos, é algo caro ao tema do equilíbrio econômico-financeiro. Por outro lado, a escolha do STF se deu pela posição do tribunal enquanto guardião da Constituição, o que também tem decorrências doutrinárias no caso do equilíbrio econômico-financeiro, que tem seu status constitucional questionado por parte da doutrina.

3.4.1 Decisões do TCU

3.4.1.1 Acórdãos 2104/2008 e 346/2012

O acórdão 2104/2008 (BRASIL, 2008) trata-se de Acompanhamento junto à Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) em relação ao primeiro estágio de concessão de serviço público para restauração, operação, manutenção e aumento da capacidade de trechos das BRs 116 e 324 no estado da Bahia. Em se tratando de Acompanhamento, tipo de processo não-fiscalização, não há propriamente uma controvérsia jurídica, mas sim o acompanhamento pelo Tribunal do objeto fiscalizado.

No ponto que nos interessa aqui, o acórdão 2104/2008 analisou as cláusulas contratuais referentes à revisão tarifária da concessão. O contrato previa reajuste anual baseado no Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) e, além disso, revisão para incorporação às tarifas parcelas como: diferença de arrecadação causada pelo arredondamento das tarifas, receitas alternativas revertidas à modicidade tarifária e reduções por conta de eventuais atrasos ou descumprimentos das metas operacionais.

Em seu voto, contudo, o ministro relator Ubiratan Aguiar salientou que esses parâmetros não seriam suficientes para sopesar de maneira adequada todos os fatores que podem levar ao desequilíbrio econômico-financeiro. Assim, balizando seu voto no artigo 9, §2º da lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995), o ministro aduziu que para a revisão tarifária com fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é necessário que se leve em conta também

mudanças, tanto qualitativas como quantitativas, nos custos da concessionária, bem como aumentos na produtividade, melhorias tecnológicas e a situação macroeconômica do país.

Referiu o relator que:

A instituição da revisão periódica da tarifa de que trata a lei geral das concessões, Lei nº 8.987, de 1995, é, especificamente no setor rodoviário, imprescindível, em razão do longo prazo de concessão, da imprevisibilidade de variáveis impactantes no empreendimento e da suscetibilidade às variações das condições iniciais do contrato, tendo em vista a prestação do serviço adequado em conformidade com os princípios da continuidade, da eficiência e da modicidade da tarifa. A possibilidade do risco do empreendimento tornar-se oneroso ao ponto de inviabilizá-lo fere frontalmente vários princípios, entre eles, o da continuidade e eficiência do serviço público. Por outro lado, o não repasse dos ganhos extraordinários decorrentes da prestação do serviço afronta à modicidade tarifária. (BRASIL, 2008, p. 29–30)

Assim, concluiu o relator que o *status quo* acima delineado feriria o preconizado pela lei geral de concessões em seu artigo 10. Afinal, os parâmetros instituídos no instrumento contratual seriam ineficazes para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, o ministro determinou que a ANTT incluísse no contrato da concessão rodoviária cláusula que previsse a revisão periódica da tarifa, levando-se em conta os pontos supracitados, “a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio [...]” (BRASIL, 2008, p. 39)

Ao final, com a decisão criou-se o seguinte enunciado³:

Nas concessões rodoviárias, a Administração deve incluir cláusula prevendo a revisão periódica da tarifa a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, de acordo com o art. 9º, § 2º e o art. 29, inciso V, ambos da Lei 8.987/1995. (BRASIL, 2008)

Já o acórdão 346/2012 (BRASIL, 2012), de relatoria do ministro José Múcio Teixeira tratava de caso bastante similar, motivo pelo qual ambas decisões constam nesta mesma subseção. Neste, estava-se diante de Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria em contratos de concessão rodoviária firmados no estado do Paraná. A decisão seguiu exatamente a mesma linha do acórdão 2104, algo que é notado até mesmo a partir do enunciado criado, praticamente idêntico:

O Poder Concedente deve fazer constar nos contratos de concessão cláusula de revisão periódica da tarifa, a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da

³ Vale aqui reproduzirmos o alerta que o próprio TCU traz sobre os seus enunciados: “O enunciado procura retratar o entendimento contido na deliberação da qual foi extraído, não constituindo, todavia, um resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal. Tampouco objetiva representar o posicionamento prevalecente no TCU sobre a matéria.”

eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, preferencialmente por negociações entre as partes, de acordo com o art. 9º, § 2º e o art. 29, inciso V, ambos da Lei 8.987/1995. (2012)

Podemos observar, então, que as decisões consubstanciam vários aspectos das concessões de serviço público que trouxemos neste trabalho, tanto no presente capítulo como no anterior. Há nos acórdãos reiteradas menções que eventuais ganhos produtivos ou tecnológicos da concessionária também devem gerar o reequilíbrio da equação econômico-financeira. Essa noção se coaduna com as palavras de Garcia (2021), para quem o equilíbrio econômico-financeiro não é somente um direito do concessionário, mas sim um valor maior, que deve ser prezado e mantido por ambas as partes. Ademais, como notam autores como Wald e Gaensly (2008) e Câmara (2019), é um instituto fundado na boa-fé contratual, algo que parece subjacente às palavras do ministro relator do acórdão 2104/2008. Por fim, percebe-se que a lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995) traz apenas que o equilíbrio econômico-financeiro é necessário, sem mencionar como ele deve ser mantido, ou quais devem ser seus parâmetros. Por isso, a decisão de inserção de cláusula contratual para tanto retoma a ideia supracitada de Loureiro (2020), que infere sobre a centralidade do instrumento contratual nas concessões de serviço público, algo que advém da matriz francesa do instituto.

3.4.1.2 Acórdão 883/2020

Trata-se de Solicitação do Congresso Nacional, na qual foi requerido ato de fiscalização e controle nos contratos de concessão do Polo Rodoviário de Pelotas. O Polo consiste em cinco trechos de rodovias federais localizadas na região sul do Rio Grande do Sul. Na solicitação, de relatoria do ministro Raimundo Carreiro (BRASIL, T. de C. da U., 2020), buscava-se identificar eventuais irregularidades nos contratos de concessão do Polo, em especial a análise das tarifas de pedágio, consideradas altas demais se comparadas às outras rodovias federais do estado.

No exame técnico performedo pelo tribunal, chegou-se à conclusão de que de fato as tarifas do pedágio estavam superestimadas. Isso porque houve aumento no tráfego no polo por conta da duplicação da BR-392, a qual foi realizada pelo DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes), ou seja, com verbas públicas. Além disso, ao longo do tempo retiraram-se da concessão trechos que, somados, equivaliam a quase 27% da extensão concedida. Essa medida fora tomada com a justificativa de que proporcionaria maior justiça tarifária aos usuários, mas ela acarretou em uma redução de apenas 2,65% na tarifa cobrada. À época do acórdão, o custo do pedágio praticado no Polo Rodoviário de Pelotas era de R\$ 13,65 a cada 100km rodados, enquanto que nas demais rodovias administradas pela ANTT esse valor

é, em média, de R\$ 8,17. Ou seja, era um preço 65% acima da média. Por fim, traz-nos o relatório que, conquanto tenha havido redução na tarifa cobrada aos veículos leves, ela foi acompanhada de um aumento para os veículos pesados. Ocorre que, por conta da proximidade do porto de Rio Grande, há um maior tráfego de veículos pesados nas rodovias do Polo se comparado a outras rodovias concessionadas. Por tudo isso, aduziu o relator que: “Em outras palavras, em desfavor dos usuários do Polo Rodoviário de Pelotas, a arrecadação da Ecosul [concessionária] tem se mostrado acima da devida, em evidente desequilíbrio econômico financeiro, contrariando o art. 9º, §4º, da Lei 8.987/1995.” (BRASIL, T. de C. da U., 2020, p. 25)

Assim, concluiu o relator que a concessão estava operando em desequilíbrio econômico-financeiro, onerando os usuários em demasia. Portanto, recomendou à ANTT que se abstinhasse de incluir investimentos que levassem a majoração tarifária no contrato de concessão, uma vez que as tarifas já estavam elevadas e que esses investimentos eram realizados pelo poder público, não pela concessionária. Foi feita também a recomendação de que não se prorrogasse o prazo da concessão, também com fundamento nas tarifas elevadas e na consequente ineficiência do serviço público prestado.

Percebe-se que neste julgado houve novamente alusão ao artigo 9º, §4º, da lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Nesse sentido, como compreendemos anteriormente com a ajuda de Loureiro (2020), não houve, no voto do ministro relator, menção a como se daria o equilíbrio econômico-financeiro ou de que forma ele poderia ser reestabelecido, apenas a assunção de que ele estaria rompido, em desconformidade com a inteligência do dispositivo mencionado. Em outras palavras, houve somente a asserção de que deveria existir um equilíbrio, não que forma este deveria tomar. As recomendações, nesse sentido, dizem mais respeito a fatores que caso descumpridos poderiam desequilibrar ainda mais o contrato do que formas de reequilíbrio *per se*.

3.4.1.3 Acórdão 2264/2021

Trata-se de reexame em Solicitação do Congresso Nacional, ou seja, de um recurso contra decisão exarada no acórdão 1447/2018, onde haviam sido identificadas diversas irregularidades na concessão rodoviária de trecho da BR-101 entre os estados do Espírito Santo e da Bahia. Na solicitação original, verificaram-se “plúrimas irregularidades” na fiscalização da concessão pela ANTT, as quais, em última instância, afetaram o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

No ponto que aqui nos interessa analisar, essas irregularidades diziam respeito a, em suma, atrasos e inexecuções em obras tidas como obrigatórias pelo contrato. A concessionária usou o argumento do atraso do licenciamento ambiental para justificar esses atrasos e inexecuções. Determinou o TCU então diversas recomendações à agência reguladora, que, irredutível, adentrou com o pedido de reexame que analisamos aqui.

Na decisão original, restou claro que esses atrasos nas execuções das obras geraram lucro indevido à empresa concessionária; afinal, eram investimentos previstos no contrato, e sua não execução não prejudicou a arrecadação das tarifas dos usuários das rodovias. Em última instância, pagavam os usuários por serviços aos quais não tinham acesso. Novamente, utilizou-se o parágrafo 4º do artigo 9 da lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995) como fulcro para ditar as recomendações que levariam ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Como as considerações que poderiam ser tecidas a partir da nova referência ao § 4º já foram realizadas nas seções precedentes, aqui nos deteremos na análise da alocação de riscos. Como vimos anteriormente, Garcia (2021), Anker e Turolla (2015) e Ribeiro (2017) convergem quando afirmam que a alocação de riscos é algo vital ao bom funcionamento dos contratos de concessão. Na controvérsia em tela aqui, o argumento da concessionária foi o de que não poderia ter feito as obras que lhe cabiam por conta do atraso no licenciamento ambiental delas. Nesse sentido, vale a menção ao voto do ministro revisor, Walton Alencar Rodrigues:

Neste tópico, já se pode vislumbrar que “eventuais ou supostas dificuldades”, na obtenção de licenciamentos ambientais de obras e serviços, desapropriações e ocupações, favorecem sobremodo as concessionárias das rodovias e passam a operar como força motriz relevante, em favor do expressivo aumento da sua lucratividade, em termos de obtenção de recursos e majoração indevida de lucros, sempre em desfavor do usuário, que custeia as obras, razão por que, nas últimas décadas, as ações de concessionárias sempre estiveram entre as preferidas da Bovespa, por sua altíssima lucratividade. A necessidade de licenças, desapropriações, e desocupações, para a realização das obras rodoviárias, calha à perfeição para as concessionárias, que, na prática, não têm interesse em obtê-las, uma vez que a realização das obras contratadas lhe diminuiria os lucros, pois deixariam de dispor do imenso capital, obtido a custo zero, das tarifas dos usuários das rodovias, que bem lhes servem, rendendo juros e outras vantagens econômicas e evitando que tenham de recorrer a empréstimos e pagar juros, na forma inicialmente prevista na composição do capital. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2021)

O trecho do ministro revisor parece se coadunar com a doutrina de Maurício Portugal Ribeiro (2017), para quem o mais correto é alocar ao concedente riscos que cabem a ele solucionar, como os licenciamentos ambientais. É justamente sobre isso a citação do ministro, já que este se utiliza de palavras duras para comentar como o não licenciamento serve a um interesse econômico da concessionária, em detrimento da boa prestação do serviço público e da modicidade tarifária. Portanto, possivelmente, haveria mais celeridade na aferição dos

licenciamentos – e, conseqüentemente, na execução das obras obrigatórias – caso alocado o risco da não obtenção do licenciamento ambiental ao concedente, não à concessionária. Não foi o que ocorreu: esse evento estava previsto contratualmente, com cláusulas que dispunham sobre a aplicação de “desconto de reequilíbrio nas tarifas em caso de atraso ou inexecução de obras de caráter obrigatório.” (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2021). Assim, pode-se dizer que a não observância desse princípio da alocação de riscos acabou sendo malfazejo à execução do contrato. Pois, o caso em tela mostra concretamente como a alocação de riscos, como nota boa parte da doutrina, é importante para os contratos de concessão de serviço público.

O reexame teve como voto vencedor o do ministro revisor, Walton Alencar Rodrigues. Mantiveram-se boa parte das recomendações havidas no processo original, com o pedido à secretária técnica que averiguasse a legalidade de resolução da ANTT exarada entre o acórdão da Solicitação e a decisão em sede recursal.

3.4.2 Decisões do STF

3.4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2733-6

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.733-6/ES (BRASIL, 2005) foi proposta pelo governador do estado do Espírito Santo contra lei daquela unidade federativa que impunha isenção de tarifa de pedágio em rodovias estaduais para motocicletas, e desconto de 50% para estudantes sobre o valor do pedágio. A ADI foi julgada em 26/10/2005 pelo tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), e teve relatoria do ministro Eros Grau.

A alegação do governo do estado capixaba era a de que, ao prever isenções e descontos em tarifas de pedágio, atingiria o poder Legislativo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão relativos à exploração das vias estaduais, sem previsão de reestabelecimento desse equilíbrio rompido. Já que se trata de uma relação contratual, a incumbência desse restabelecimento ficaria a cargo do Executivo; portanto, o argumento seria o de que a lei incorreria em inconstitucionalidade por vício de iniciativa, ao legislar sobre questões orçamentárias. Ademais, também foi alegado que a Assembleia não poderia legislar sobre serviços públicos.

No seu relatório, o ministro Eros Grau atestou que o Advogado Geral da União se manifestou pela improcedência do pedido, alegando, no ponto que é caro a este trabalho, que o artigo 175 da Constituição autorizaria a edição de lei que versasse sobre política tarifária. Em sentido divergente, o Procurador-Geral da República opinou pela procedência do pedido.

Sustentou nesse sentido que o pedágio seria uma contraprestação transferida ao usuário pela impossibilidade – econômica ou política – de prestação do serviço e execução da obra, relação erigida a partir de um contrato efetivado entre o Poder Executivo e o particular. Em havendo disposição legal expressa quanto a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro – e aqui foi citado o § 4º do artigo 9º da lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995) –, essa obrigação recairia sobre o Executivo, no que seria uma afronta ao princípio da harmonia entre os poderes.

No seu voto, o relator afastou a inconstitucionalidade por vício de iniciativa, uma vez que os casos de limitação da iniciativa parlamentar são tratados em rol taxativo pela Constituição. Contudo, aduziu o ministro que a lei em julgamento traria prejuízos diretos a contrato de concessão firmado entre o Executivo estadual e pessoa jurídica de direito privado, alterando substancialmente o contrato e levando a “indevida ingerência do Poder Legislativo em campo próprio da atividade administrativa.” (BRASIL, 2005, p. 2)

Portanto, a isenção e os descontos frustrariam expectativas legítimas da contratado, já que reduziriam suas receitas sem qualquer forma de compensação. Por isso, segundo a linha de raciocínio do relator, a lei importaria em quebra do equilíbrio econômico-financeiro. Citando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição, o ministro, então, aderiu ao argumento do governo capixaba de que o responsável pelo retorno a uma situação de equilíbrio seria o Executivo estadual.

Note-se bem que, como observei em outra ocasião, essa preservação não se impõe por razões de equidade, mas por imposição do *interesse público*; em razão dele é que se faz necessária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração, considerada a relação aceita pelas partes no momento da contratação. Há, no caso, alteração dessa relação, do que decorre descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários; a lei avançou sobre a política tarifária estabelecida contratualmente e sob o controle do poder concedente, introduzindo elemento novo na relação contratual entre o poder concedente e o concessionário; daí, qual reconhecido por esta corte na ADI/MC nº 2.229, o artigo 175 da Constituição resulta violado. (BRASIL, 2005, p. 4-5)

Assim, considerou o ministro Eros Grau que tentou o Poder Legislativo substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos por estes celebrados, algo que seria afronta ao princípio da harmonia entre os poderes. O relator, então, votou pela procedência dos pedidos formulados na ação direta, no que foi acompanhado unanimemente pelo Tribunal. O acórdão ficou ementado da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. LEI DE INICIATIVA

PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. AFRONTA. 1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (BRASIL, 2005)

O acórdão retoma diversos conceitos trabalhados até aqui neste trabalho. É feita alusão, por exemplo, ao fato da concedente ser empresa de direito privado, deixando implícito, assim, que esta visa ao lucro. Trata-se, como vimos reiteradamente, das “ideias antitéticas” preconizadas por Di Pietro (2019) e fundantes do instituto das concessões de serviço público. Por outro lado, vimos aqui, também com a ajuda de Di Pietro (2019), que a decisão de prestar o serviço diretamente ou concedê-lo à iniciativa privada é uma escolha – tanto política como econômica e financeira – da Administração. Pode-se argumentar que é uma decisão decorrente de uma impossibilidade, mas, ainda assim é uma escolha tomada pelo Executivo, da qual decorrem outras, como o tipo de parceria (concessão comum ou alguma espécie de PPP) ou as cláusulas a serem incluídas no instrumento contratual.

Nesse sentido, parece evidente que a lei atacada pela ADI em comento adentrava indevidamente nesse campo de escolha do Executivo. Há de se ressaltar ainda que ao fazê-lo o Legislativo interferiu no equilíbrio-financeiro da concessão. Se, como vimos, não há previsão expressa nem legal nem constitucional quanto a forma em que deve ocorrer o equilíbrio econômico-financeiro, resta que este deve estar disposto no contrato. De outra banda, como aduz Ricardo Marcondes Martins (2011), o equilíbrio econômico-financeiro é ato bilateral, fruto de uma negociação entre concedente e concessionário. Permitir que um terceiro se imiscua nessa relação seria, pois, contrário à própria noção das concessões. Por isso, parece-nos que agiu bem a corte ao prover a ação direta de inconstitucionalidade.

É válido lembrarmos que o relator Min. Eros Grau fez alusão à obrigação de se “manter as condições efetivas da proposta”, forte no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao prezar pelo equilíbrio econômico-financeiro. Essa ideia parece ir de encontro àquilo que é preconizado por Loureiro e Rodrigues (2020), para quem o dispositivo infere apenas um dever de adimplemento por parte da Administração.

Por fim, convém notarmos que a decisão da presente foi praticamente replicada na ADI nº 4382/SC (BRASIL, 2018), julgada em 11 de Outubro de 2018 e de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Nela, discutia-se constitucionalidade de lei catarinense que impunha isenção de tarifas em rodovias federais para veículos emplacados em determinados municípios

nos quais foram construídas as praças de pedágio. Além da questão do pacto federativo e da criação de distinções entre brasileiros – questões que fogem ao escopo deste trabalho – a controvérsia jurídica alinhavada é muito semelhante, se não idêntica, à da ADI nº 2733-6. A solução também foi a mesma: impugnação da lei estadual atacada. Como os comentários que poderiam ser feitos seriam, por conseguinte, muito parecidos, optou-se por analisar pormenorizadamente apenas a ADI nº 2733-6/ES.

3.4.2.2 Recurso Extraordinário nº 571.969/DF

O Recurso Extraordinário nº 571.969/DF (BRASIL, 2014) foi julgado em 12 de Março de 2014 pelo plenário do STF, com relatoria da ministra Cármen Lúcia. Tratam-se de dois recursos interpostos pela União e outro pelo Ministério Público Federal, que foram aglutinados sob o mesmo julgamento. O RE buscava analisar se seria devida indenização à Viação Área Rio-Grandense – Varig S/A – por conta de prejuízos que ela teria suportado supostamente como decorrência da imposição de planos econômicos que, dentre outras medidas, adotaram o congelamento de preços e de tarifas para combater a inflação galopante que assolava o Brasil à época. Na origem, a ação foi proposta pela companhia área em 1993, sendo que, no decurso de tempo entre a proposição e o julgamento do RE 571.969/DF a empresa teve sua falência decretada (em Agosto de 2010, após processo infrutífero de recuperação judicial).

São várias as controvérsias jurídicas trazidas pelo acórdão: necessidade de citação do Ministério Público, responsabilidade da União por prejuízos trazidos por política econômica, dentre outras. Aqui, a análise ficará adstrita aos pontos que suscitam observações acerca do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público. No ponto que nos interessa, portanto, cinge-se a análise jurídica em averiguar se a edição de plano econômico – que é, por excelência, genérico e de abrangência nacional – que influenciasse negativamente a operação empresarial teria o condão de levar ao dever de indenização dos prejuízos pelo Estado. Dito de outras forma, buscou-se analisar se a atuação lícita e de efeitos gerais abstratos do Executivo poderia levar ao reconhecimento de responsabilidade da entidade estatal.

Após analisar a tempestividade dos recursos, a ministra Carmen Lúcia definiu dois pontos fundamentais da argumentação da União: a impossibilidade de se lhe imputar responsabilidade pela desarmonia contratual e que haveria equívoco na fórmula utilizada para fixação do valor indenizatório. Para a recorrente, portanto, seria impossível a análise do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro sem que outros elementos fossem analisados em conjunto, como a prudência nos investimentos, a modéstia na margem de lucro e a eficiência do serviço público prestado. Contudo, analisou a relatora que haveria óbice na análise desses

pontos suscitados, porquanto impossível a análise de elementos afetos ao equilíbrio econômico-financeiro em sede de recurso extraordinário⁴. Por isso, foi examinada apenas a questão da possibilidade de responsabilização da União por danos decorrentes da política econômica governamental.

O princípio constitucional da estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é uma das expressões jurídicas do princípio da segurança jurídica, por ele se buscando conferir estabilidade àquele ajuste, como é a natureza do contrato de concessão, garantindo-se à empresa-contratada, tanto quanto possível, a permanência das circunstâncias e das expectativas que a animaram a assumir a execução, por sua conta e risco [mas no interesse público] [sic], de atribuições que competem a pessoa jurídica de direito público. A preocupação com a qualidade na prestação da atividade concedida (no caso a exploração do serviço de transporte aéreo), impõe, pelo surgimento de fatos e circunstâncias mesmo jurídicas, como se dá na espécie, que possam romper a manutenção das condições pactuadas, a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, o que pode se dar por meio da repactuação, do reajuste, da revisão e da indenização. (BRASIL, 2014, p. 19)

Como já dito aqui, a Varig apontou como evento desequilibrador do contrato a edição do plano econômico que posteriormente ficou conhecido como Plano Cruzado ou Plano Funaro, lançado pelo governo de José Sarney em 1986, com Dilson Funaro no papel de ministro da Fazenda. No Plano, as tarifas aéreas passaram a ser controladas pelo Ministério da Fazenda, e seus preços ficaram congelados, sem alterações. As medidas visavam arrefecer o problema da inflação, que em seu ápice chegou ao índice de 22,84% ao mês, em fevereiro de 1986.

Aduziu então a relatora que os prejuízos havidos pela Varig em decorrência do Plano Cruzado seriam inegáveis, e contra cujos efeitos a empresa não teria como se insurgir nem combater, já que estaria “amarrada às regras de concessão de serviço público”. A ministra utilizou esse argumento para afirmar que disso não pode decorrer que o Estado permaneça indene por suas ações, conquanto lícitas:

Não seriam, portanto, meros atos administrativos, mas medidas legislativas emergenciais do Estado em busca do atendimento ao interesse social maior, editados e adotados de forma geral e abstrata. Esses atos administrativos e legislativos submetem-se, como é óbvio, num Estado de Direito, aos ditames constitucionais, como aos princípios da legalidade, do respeito ao direito adquirido e do ato jurídico perfeito. E aqueles não foram tidos como inconstitucionais. Mas parece-me incontestado que o Estado deve ser responsabilizado também pela prática de atos lícitos quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. No caso, a concessionária de serviço público, como a Recorrida, não teria como não cumprir o que lhe fora determinado, e, ao cumprir, viu os danos se sucederem até o comprometimento não apenas de seus deveres, que não mais puderam

⁴ A jurisprudência do STF é farta em decisões nesse sentido. Citamos, exemplificativamente: ARE 1301749 RG, rel. min. Luiz Fuz, julgado em 13/04/2021; ARE 897996 AgR, rel. min. Luiz Fux, julgado em 05/10/2018; RE 731227 AgR, rel. min. Luiz Fux, julgado em 25/05/2018; ARE 805797 AgR, rel. min. Luís Roberto Barroso, julgado em 02/02/2016; ARE 713314 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/02/2013.

ser cumpridos, como dos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados. (BRASIL, 2014, p. 29–30)

A ministra citou diversas vezes em seu voto o fato de que, em sendo concessionária de serviços públicos, regidos pelo princípio da continuidade dos serviços, não poderia a concessionária se recusar a prestar suas atividades por desconformidade com as condições que lhe foram impostas. Isso levaria a ser irrelevante, no caso em tela, o fato de que o Plano Cruzado – em sendo planos econômicos por definição abstratos e abrangentes – não teria imposto ônus especial à autora/recorrida: sua situação não seria igual à das empresas que não atuam em regimes de delegação de serviços públicos.

A relatora, assim, encerrou seu voto afirmando que não seria razoável impor a um grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas – ônus maior por conta das políticas econômicas adotadas em relação aos serviços públicos concedidos. Concluiu afirmando que a suposta e eventual necessidade de adoção de medidas políticas não tem o condão de deixar esse grupo de pessoas à mingua e o Estado, impune.

Abrindo divergência, o então ministro Joaquim Barbosa afirmou que no discurso da Varig consubstanciado em sua inicial haveria a adoção de um ecletismo normativo, em que se tentou conciliar referências do direito público (equilíbrio econômico-financeiro) e de direito privado (dever de indenizar). Visava a companhia aérea, assim, adotar um raciocínio no qual o equilíbrio econômico-financeiro garantiria o reajuste tarifário de acordo com as cláusulas contratuais e as fórmulas pleiteadas por ela. Reiterando que planos econômicos são impessoais, gerais e abstratos, aduziu Joaquim Barbosa que na tradição francesa é necessário que o prejuízo causado seja especial para que se caracterize a responsabilidade do Estado por atos legislativos. Portanto, em sendo genérico o dano, conclui o ministro que não haveria motivo jurídico para indenizar a Varig por ato legislativo.

Tratando mais especificamente do equilíbrio econômico-financeiro retratado no contrato, asseverou o ministro que:

[...] o tratamento do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o ponto chave para se chegar à conclusão jurídica mais adequada ao caso concreto. Assim, se o equilíbrio for alçado a uma meta abstrata que deve ser atingida sem o enfoque correto a respeito da realidade empresarial, é muito possível que o judiciário veja-se diante do papel incômodo de servir como agente garantidor das más escolhas dos concessionários de serviços públicos. Isso porque, para além da preservação da margem de lucro, é necessário avaliar se os lucros pleiteados efetivamente decorrem de uma atuação empresarial que é tanto eficiente quanto prudente. Em outras palavras, tratando-se de serviços regulados, o equilíbrio econômico-financeiro depende de uma avaliação da consistência da atuação da empresa. (BRASIL, 2014, p. 24–25)

Fica patente, então, a necessidade de se avaliar se a empresa, em sua gestão, não atuou, por ações ou omissões, de forma a contribuir ou exacerbar os prejuízos que alegadamente sobrevierem do Plano Cruzado. Quanto à possibilidade de enquadrar as pretensões da Varig na Teoria da Imprevisão, considerou o ministro Joaquim Barbosa que a hiperinflação da época não seria evento imprevisível, porquanto público e notório à época da assinatura do contrato de concessão (1988). “Observa-se, portanto, que a hiperinflação e as políticas econômicas do governo se inserem dentro dos limites ordinários da previsibilidade.” (BRASIL, 2014, p. 29). É de se ressaltar, inclusive, que quando da assinatura do instrumento já vigia o Plano Cruzado.

Continuando em sua explanação sobre a aplicação da Teoria da Imprevisão, atestou que eventual indenização decorrente dela tem caráter extracontratual, uma vez que serve ao fim de permitir a continuação da prestação do serviço público essencial, uma forma de compartilhar os prejuízos entre concedente e concessionário, não sendo uma reparação que vise ao retorno do *status quo* contratual. Se, no caso em tela, a cessação da prestação do serviço pela Varig se deu muito depois da propositura da ação na origem, não pode ela alegar que o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro impediria a continuidade de suas atividades. Por isso, votou por dar provimento ao recurso da União. Ele foi seguido pelo ministro Gilmar Mendes, que em seu voto rememorou o caráter abstrato e geral do Plano Cruzado, bem como que a gestão da Varig seria notoriamente falha, não podendo a União ser penalizada por isso. Os demais ministros (Rosa Webber, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso) acompanharam o voto da relatora, pelo que foi julgado improcedente o RE, que ficou assim ementado:

EMENTA: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS “FUNARO” E “CRUZADO”. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. [...] 4. Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. Precedentes: RE 183.180, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 1.8.1997. 5. A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados. 6. A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos. 7. Instituição de nova moeda (Cruzado) e implementação, pelo Poder Público, dos planos de combate à inflação denominados ‘Plano Funaro’ ou ‘Plano Cruzado’, que

congelaram os preços e as tarifas aéreas nos valores prevalecentes em 27.2.1986 (art. 5º do Decreto n. 91.149, de 15.3.1985). 8. Comprovação nos autos de que os reajustes efetivados, no período do controle de preços, foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados pela concessionária. 9. Indenização que se impõe: teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo. Dano e nexo de causalidade comprovados, nos termos do acórdão recorrido. 10. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade de a concessionária cumprir as exigências contratuais com o público, sem prejuízos extensivos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados. 11. Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico-financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desiguais dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição. Precedente: RE 422.941, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.3.2006 [...] (BRASIL, 2014)

Nota-se que o voto da ministra relatora, que foi seguido pela maioria da corte, adotou uma linha amplamente protetiva do concessionário no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro. Segundo seu raciocínio – calcado no inciso XXI do artigo 37 da Constituição –, em havendo concessão de serviço público há, *ipso facto*, a necessidade de que a Administração mantenha exatamente as mesmas condições da proposta. Podemos dizer, nesse sentido, que a ministra não seguiu a linha de Loureiro e Rodrigues (2020), para quem a inteligência do artigo 37 deve levar somente à constatação de que as obrigações havidas pela Administração devem ser adimplidas. Assentando seu raciocínio na proteção dos pensionistas e credores da Varig, ora falida, a ministra pareceu não levar em conta que também a Administração teve prejuízos na vigência do plano econômico, algo válido para todas entidades e pessoas do país.

Ademais, foi citado reiteradamente aqui, a partir da noção engendrada por Martins (2011), que o equilíbrio econômico-financeiro tem caráter eminentemente bilateral. A todo momento, contudo, foi citado o ajuste econômico tido como correto pela empresa aérea, como se só o que ela pretendia fosse relevante juridicamente. Restou prejudicada, pois, a bilateralidade do instituto.

Parece-nos, portanto, que o voto vencido do ministro Joaquim Barbosa foi mais adequado do ponto de vista das noções conceituais tecidas ali. Como notamos, também com a ajuda de Loureiro (2020), a Teoria da Imprevisão é fulcrada no interesse público subjacente à manutenção da prestação do serviço. Retomando a noção preconizada por Di Pietro (2019) das “ideias antitéticas” do contrato de concessão – lucro *versus* interesse público – no caso da imprevisão o interesse público se sobrepõe ao direito ao lucro da concessionária. Assim, não

poderia a concessionária, *in casu*, ser ressarcida com base na imprevisão, por uma série de motivos. Primeiramente por não ter sido atingida de forma especial pelo Plano Cruzado. Além disso, porque a crise macroeconômica por que passava o país era pública e notória, não sendo um elemento propriamente imprevisível. Ainda, pois à época da assinatura já vigia o Plano Cruzado, não sendo, portanto, evento superveniente. Por fim, já que a Varig seguiu atuando por mais de uma década após o fim do Plano, não poderia ela afirmar que teve de cessar a prestação do serviço por conta da ação econômica, algo que, como vimos, é o fulcro da Imprevisão.

Ou seja, ainda que se admita que o Plano Cruzado prejudicou as contas da empresa, isso não era exclusivo à Varig. Ademais, não pode ter a alusão ao equilíbrio econômico-financeiro o condão de sanar eventuais problemas de gestão da empresa; afinal, como vimos, o nosso sistema legislativo impõe que a concessão ocorre “por conta e risco”⁵ do concessionário. Como se sabe, a Varig teve vários problemas de gestão e investimentos, tanto que teve sua recuperação judicial e, posteriormente, falência, decretadas. Por tudo isso, parece-nos que o voto vencido era o mais adequado.

⁵ Convém ressaltarmos, contudo, que a Lei nº 8.987/1995 não se aplicava ao caso em tela, porquanto posterior à assinatura do contrato.

4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19

Para além do caos sanitário e social, a pandemia da COVID-19 (causada pelo vírus SARS-CoV-2) trouxe reflexos que geram desafios para os contratos de concessão de serviços públicos. Afinal, a pandemia trouxe diversos problemas aos Estados e às pessoas, mudando as formas de socialização e impondo novas regras (a partir do uso do poder de polícia do Estado) de circulação de pessoas. Como decorrência desse cenário, presenciamos uma crise econômica de grandes proporções e contra cujos efeitos estamos longe de ter terminado de lidar.

Nesse contexto, já caracterizamos aqui os serviços públicos como atividades que permeiam a vida da maioria dos cidadãos, com as concessões sendo instrumentos que visam, dentre outros aspectos, dar mais eficiência e continuidade à sua prestação. Esses dois fatores combinados – contexto pandêmico e certa ubiquidade de serviços que são de prestação obrigatória e contínua – são suficientes para entendermos como a pandemia é um fator de possível desequilíbrio da equação econômico-financeira desses contratos.

Mais do que definir e estabelecer respostas prontas e completas ao problema do equilíbrio econômico-financeiro das concessões no contexto dos efeitos da COVID-19, estabelecendo a correção desta ou daquela corrente, o objetivo deste capítulo é analisar e problematizar o uso do instituto neste contexto atual. Mesmo porque, nos moldes de tudo o que foi analisado neste trabalho, a tentativa de proferir respostas aptas a solucionar questões eminentemente multifacetadas e complexas, que engendram uma miríade de relações, a um contexto que ainda não terminou seria fadada ao fracasso. É importante frisarmos este último ponto: a pandemia ainda não terminou, muito menos seus efeitos. Nesse sentido, as análises a serem feitas ficam de certa forma constringidas pelo fato de seu objeto ainda estar acontecendo, sem que se tenha o privilégio de uma visão retrospectiva. Isso se reflete até mesmo naquilo que a doutrina já escreveu sobre o assunto: como veremos, os autores têm adotado as mais diversas posturas e vieses para estudar o assunto, as quais muitas vezes vão de encontro umas às outras. Por tudo isso, este capítulo não tem a pretensão de exaurir ou estabelecer parâmetros definitivos para análise da matéria.

São muitos os fatores advindos da pandemia que podem, eventualmente, gerar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público. Dentre esses, podemos citar, exemplificativamente: redução de receitas tarifárias pela diminuição da circulação de pessoas; compra de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), como máscaras,

ou produtos, como álcool gel, não acordados quando da assinatura do contrato; aumento das rotinas laborais pela necessidade de higienização dos locais de trabalho; aumento do preço de insumos necessários à prestação; impossibilidade logística de compra de insumos; eventualmente até mesmo a impossibilidade de prestação do serviço; dentre outros.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2020) falando dos contratos administrativos de forma geral, é da opinião que as soluções encontradas pela Administração no enfrentamento da pandemia devem seguir as seguintes diretrizes: previsão de soluções adequadas mediante planejamentos bem executados; alocação adequada de recursos segundo o princípio da proporcionalidade; vedação à omissão da Administração; distinção entre atuação vinculada e não vinculada à pandemia; contratações administrativas relacionadas à pandemia e seu enfrentamento, sem que isso signifique autorização a contratações informais; o cuidado na manutenção de contratos e serviços não atinentes ao combate da pandemia; a persecução da solidariedade e da isonomia, pelo que os institutos tradicionais do direito administrativo se tornam insuficientes; alteração de contratos em curso por caso fortuito e força maior; averiguação de fato do príncipe que leve à dificuldade ou à impossibilidade da execução contratual; efeitos indiretos da crise sanitária na economia; e o dever de seguir a boa-fé objetiva.

Para esse doutrinador, a excepcionalidade da pandemia causada pelo vírus da SARS-CoV2 é evidente, não só no quis diz respeito a sua existência, mas também a sua gravidade. Assim, em havendo relação de causalidade entre esse evento extraordinário e a impossibilidade ou maior onerosidade no cumprimento do contrato, poder-se-ia falar em caso fortuito, força maior ou Fato do Príncipe, dependendo do caso. Essa última hipótese ocorreria quando a onerosidade ou impossibilidade decorresse não diretamente da pandemia, mas das medidas adotadas pelo Poder Público para enfrentá-la.

Em toada semelhante, Rolt e Bertocelli (2020) afirmam que, diferentemente dos contratos privados e dos contratos administrativos comutativos, nos quais é possível a interrupção do contrato, nos contratos de concessão de serviço público isso não é possível, pela essencialidade da prestação do serviço. Para os autores, então, não há alternativa que não seja a alteração do contrato de concessão. Por isso, concluem que uma adequada gestão contratual seria imprescindível neste momento histórico:

Com base na consensualidade e nos deveres de colaboração e boa-fé será necessário disciplinar por meio de termo aditivo uma relação jurídica excepcional e transitória, que de forma casuística e motivada estabeleça soluções como (i) redução das metas de desempenho; (ii) revisão da estrutura tarifária; (iii) prorrogação da concessão; (iv) redução das obrigações de investimentos e integralização de capital na SPE32; (v) alterar o percentual de distribuição das receitas extraordinárias; entre outras tantas

medidas possíveis para a reestruturação econômica da concessão. (ROLT; BERTOCCELLI, 2020, pt. 29.4)

Assim, seguem os autores em sua explanação e definem que, em sendo princípios valores jurídicos positivados, têm peso relativo em função de outros com os quais colidem em determinado caso concreto. Além disso, até mesmo regras podem ser superadas em determinadas ocasiões; nesse sentido, para os doutrinadores a pandemia é uma dessas situações, que desafia a aplicação direta e mecânica de certas regras e princípios. Em toada semelhante, Dal Pozzo e Facchinatto (2020) afirmam que a existência de dispositivo legal que coloca, *a priori*, riscos atinentes a caso fortuito ou força maior a este ou aquele agente não deve ter o condão de levar a uma aplicação impensada do princípio da legalidade. Para os doutrinadores, isso seria aderir a uma corrente de pensamento demasiado formalista e tradicionalista, inadequada para os desafios do Direito Administrativo contemporâneo de forma geral e da situação *sui generis* – de cuja caracterização decorre que são necessárias medidas e soluções inovadoras para seu enfrentamento – da pandemia em especial.

Por um lado, então, é evidente que a pandemia da COVID-19 foi um fato imprevisível e de consequências incalculáveis. Por outro, como vimos nos capítulos anteriores, a lei nº 8.987/95 em seu artigo 9º define um sistema no qual os riscos da álea econômica extraordinária devem ser suportados da Administração. Contudo, isso não significa que possa haver uma aplicação imediata e automática da Teoria da Imprevisão em prol do concessionário:

Nas concessões comuns, desse modo, é natural que, numa primeira análise, haja o impulso de afirmar que o risco é todo do Poder Concedente. Mas será que a ponderação abstrata realizada pelo legislador é proporcional em sentido estrito nesse caso? A resposta é negativa: essa circunstância precisará ser ponderada, concretamente, em cada contrato de concessão. Porém, como, de fato, há uma regra jurídica ponderada em abstrato, em alguma medida, para as concessões comuns, o ônus argumentativo será maior do que o aplicável às concessões patrocinada e administrativa, dado que há um peso adicional decorrente da escolha normativa por essa alocação abstrata. Como resultado, e isso dependerá de cada contrato de concessão comum, invariavelmente, será preciso sopesar como deve ser tratada a pandemia de modo concreto. Diferentemente das PPPs, em que um contrato pode ter alocado parte desse risco no privado, no caso das concessões comuns, pode ocorrer, por exemplo, que o sopesamento resulte no entendimento de que a preservação do equilíbrio contratual consista em apenas garantir a quitação de contratos de dívida celebrados para financiar os investimentos, se for preciso, por exemplo, rescindir a avença. (ROLT; BERTOCCELLI, 2020, pt. 27.5)

Esse pensamento também é o de Vêras (2020). Para este pensador, a aplicação direta e automática da Imprevisão aos contratos de concessão importaria no Poder Público lidar com todos os prejuízos emanados da pandemia. Contudo, momentos de crise como a sanitária que vivemos atualmente necessitam de atitudes solidárias por parte de toda a sociedade. Nesse sentido, aduz o autor que o “Poder Público” é uma ficção jurídica, sendo o Estado formado por

todos os cidadãos. Dessa forma, caso cada agente aja de forma a maximizar seus lucros, tentando retomar os níveis de ganhos anteriores à pandemia, serão produzidas inequidades sistêmicas. Dito de outra forma, caso cada particular aja a nível individual, a coletivização dessas ações produziria problemas macroeconômicos: “embora todos os contratos de infraestrutura estejam sendo impactados pela redução da demanda e pelo incremento de custos, se todos os concessionários se valerem da Teoria de Imprevisão, para fins de reequilíbrio, todos os contratos se tornarão inexequíveis.” (VÉRAS, 2020)

Para Pereira e Schwind (2020), então, o dever de se reaver o reequilíbrio contratual pode advir de condutas estatais lícitas e proporcionais. Isso é válido também, evidentemente, para atos estatais desproporcionais ou sem fundamento científico, em cujos casos, além do reequilíbrio há o dever de compensação. Ademais, já que a concessionária não pode simplesmente parar com a prestação de serviços públicos, até mesmo atos realizados unilateralmente pela própria empresa podem, na visão dos autores, dar ensejo a revisões contratuais.

Pugnando por uma análise contextualizada caso a caso, concluem os autores que a princípio pode-se dizer que as circunstâncias extraordinárias que decorrem da emergência da COVID-19 podem se enquadrar como força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou na teoria da imprevisão. Quanto a responsabilidade por atos estatais, esta independe da proporcionalidade ou legitimidade dos atos, mas, caso sejam atos desproporcionais ou desprovidos de lastro científico, há maior ênfase nesse direito. Até mesmo atos praticados pela empresa podem ensejar o reequilíbrio, desde que tomados para mitigar ou evitar riscos e circunstâncias inevitáveis. Ainda que proponham uma análise “caso a caso”, contudo, Pereira e Schwind (2020) aduzem que mesmo que o risco da demanda esteja previsto contratualmente em desfavor da concessionária, isso não se aplica aos efeitos da pandemia. Para eles, a magnitude e a imprevisibilidade da pandemia suplantariam qualquer previsão contratual.

Percebe-se, portanto, que os autores aderem a uma corrente mais protetiva da concessionária. Da mesma forma é o pensamento de Marçal Justen Filho (2020), para quem:

Cabe à sociedade suportar os efeitos econômicos nocivos da pandemia. Isso significa inclusive que os efeitos econômicos negativos relativamente à execução dos contratos administrativos em curso (e que vierem a ser mantidos) devem ser arcados pelo Estado - a quem incumbe promover a redistribuição desses encargos à sociedade. (JUSTEN FILHO, 2020, p. 16)

Essa posição, contudo, não é consensual. Fernandes *et al* (2021) por exemplo, divergem dessa corrente. Para estes autores, já que a emergência da COVID-19 atingiu a todos indiscriminadamente, não pode cada parte buscar da outra o cumprimento da obrigação como

ela fora ajustada no período anterior à emergência. “Assim, como regra, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato *tem sua eficácia mitigada*.” (FERNANDES *et al.*, 2021, p. 139, grifo nosso). Seguindo em sua explanação, para os autores, em regra, não cabem pedidos genéricos de reequilíbrio contratual. É necessário para tanto demonstrar que determinados reduções de receitas podem ou não ser suportadas no âmbito de um contrato longo: em contratos que vigem por 30 anos ou mais, reduções de receitas que perduram por alguns meses têm menor relevância quando consideramos o todo da vigência contratual. Por isso, Fernandes *et al* (2021) são da opinião de que é necessário demonstrar que o impacto a curto prazo na equação é insuportável. Isso não impede, contudo, que se alterem cronogramas de obrigações de investimentos como forma de minorar os efeitos de eventuais reduções no fluxo de caixa.

Nessa toada, seguem os autores aduzindo que não cabe reequilíbrio econômico-financeiro que vise à compensação da redução da demanda em relação aos encargos trabalhistas. Isso devido às medidas adotadas pelo governo federal em prol das empresas na Medida Provisória nº 927/2020 (BRASIL, 2020): por conta delas, que incluem o pagamento diferido de FGTS, houve concomitantemente à redução na demanda, minoração nos custos das concessionárias. Ademais, dizem-nos os autores, por meio da MP foram equiparadas todas as empresas, concessionárias de serviço público ou não, pelo que não seria legítimo conferir prioridades a umas em detrimento de outras. De forma semelhante, não pode a Administração pleitear reequilíbrio em seu favor por conta da redução ou suspensão de encargos tributários: essa medida teve a finalidade de possibilitar a continuidade de empresas e reduzir danos à economia. Por isso, é defeso à Administração pleitear posteriormente o reequilíbrio em seu favor por conta de redução de custo de operação em decorrência dessa diminuição de encargos: seria ilógico e uma afronta à boa-fé usar a redução com outra finalidade – redução de preços – que não aquela pensada originalmente.

Em chave semelhante, Juliano Heinen (2020) aderindo ao pensamento de Loureiro (2020) – para quem não há um princípio constitucional do reequilíbrio econômico-financeiro, mas sim um impedimento ao arbítrio da Administração, que deve seguir o que foi pactuado – atesta que inexistente obrigatoriedade de a Administração negociar formas de restabelecer o equilíbrio contratual. Isso até pode ser benéfico, mas deve ser uma atitude calcada na manutenção do serviço público e na boa prestação deste aos usuários, não em um imperioso dever de negociação. Ademais, ressalta o autor que a recomposição do sinalagma contratual tem como fulcro o fato de que uma das partes sofre mais prejuízos que a outra. Contudo, isso não é o caso da pandemia, em que ambos polos contratuais suportam prejuízos igualmente.

Por fim, outra fonte de dissenso doutrinário é quanto a importância da alocação de riscos insculpida no contrato. Para Pereira e Schwind (2020) e Rocha (2020), a matriz de riscos assumida quando da assinatura do contrato deve servir de baliza para eventuais pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro. Em tendo sido o risco imposto a uma parte ou a outra, ela não poderia pleitear renegociação contratual atinente a evento dessa álea.

Como vimos anteriormente (ANKER; TUROLLA, 2015; GARCIA, 2021; RIBEIRO, 2017), uma adequada alocação de riscos é aquela que atribui o risco à parte que tem melhores condições de suportá-lo. Nesse sentido, para Pereira e Schwind (2020) é com isso em mente que riscos concernentes ao caso fortuito e ao Fato do Príncipe são normalmente atribuídos ao concedente. Nada obstante, explicam os autores que a análise da equação econômico-financeira deve levar em conta como os riscos foram alocados no contrato. Ou seja, para o enquadramento adequado de cada situação é imprescindível a análise da circunstância concreta e das previsões contratuais específicas, caso a caso. Portanto, apesar da gravidade da situação exigir respostas e soluções criativas, ela não pode, para os autores, mudar a posição jurídica estabelecida contratualmente.

Essa noção diverge com a de Orduña (2020), para quem mesmo eventos abstratamente previstos no contrato podem tomar proporções imprevisíveis, e esse é o caso da Covid-19:

É possível que um fato superveniente tenha impactos profundos nas bases objetivas do contrato ou na realidade fática subjacente à sua celebração, em grau que torne excessivamente onerosa a prestação assumida por uma das partes e que, ainda que se enquadre, em tese, num risco atribuído a ela pela literalidade do contrato, não poderia, razoavelmente, ter sido antecipado e, portanto, assumido. Ou seja: o risco podia até ser previsível, mas o seu resultado, não. (ORDUÑA, 2020)

Assim, pugna o autor por uma análise caso a caso, já que a pandemia afetou cada concessão de forma diferente, havendo até mesmo casos em que a diminuição da demanda pode ter trazido mais ganhos às concessionárias (por terem diminuído os custos de manutenção, por exemplo). Por isso, assevera o autor que a aplicação do Direito não pode deixar de levar em conta suas consequências práticas.

É importante notar que a Advocacia Geral da União já se manifestou favoravelmente à aplicação da Teoria da Imprevisão para reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do setor de infraestrutura de transporte no contexto da pandemia. O parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (BRASIL, AGU, 2020) se trata de consulta em tese feita pela Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias (SFPP), vinculada ao Ministério da Infraestrutura. Nele, em suma, solicitou a SFPP manifestação acerca da possibilidade dos eventos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus poderem consistir em força maior

capaz de levar a eventual reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e se as medidas de isolamento social poderiam ser consideradas eventos de força maior ou se seria possível enquadrá-las como Fato do Príncipe.

Podemos sistematizar os argumentos do parecer da seguinte forma:

- O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem sede constitucional, contido no inciso XXI do artigo 37 da Constituição;
- Em comparação a contratos administrativos comuns, o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão é mais complexo, pois deve levar em consideração mais variáveis;
- Há um interesse público subjacente ao sucesso do empreendimento, já que seu fracasso prejudica a coletividade – e não só o concessionário – que ficará alijada da prestação do serviço;
- Ressalvadas disposições contratuais em sentido contrário, o contratado assume os riscos ordinários e o concedente, os extraordinários;
- Nesse sentido, a alocação da divisão de riscos pode ser diferente no contrato, e é preferível que esta seja tão exaustiva como for possível, pois a função do equilíbrio é, em última instância, cumprir de forma permanente a matriz de riscos contratual;
- A aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos de concessão é aceita na doutrina, na legislação e na jurisprudência;
- A disseminação do vírus SARS-CoV-2 não poderia ter sido prevista ou evitada pelos concessionários de serviço público; o mesmo se aplica aos efeitos de sua disseminação e a crise – econômica, sanitária e social – dela decorrente. Por isso, a pandemia da COVID-19 pode ser classificada como evento de caso fortuito ou força maior;
- As medidas tomadas – sejam de suspensão de atividades econômicas ou de isolamento social – podem ser classificadas como Fato do Príncipe. Contudo, salvo disposição contratual contrária, seria irrelevante enquadrar determinada situação como caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, pois as consequências jurídicas seriam as mesmas.

Várias noções podem ser retiradas dessa sistematização dos argumentos contidos no parecer nº 261/2020 da AGU. Primeiramente, vale a menção de que o advogado da União

responsável pela peça técnica se distancia do pensamento de Loureiro e Rodrigues (2020), Giacomuzzi (2022) e Heinen (2020), autores que em seus trabalhos atestam não haver princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, a extensa menção à correta alocação de riscos coloca a argumentação do parecer próxima a dos trabalhos de Flávio Amaral Garcia (2021), Maurício Portugal Ribeiro (2017), Tomas Anker e Frederico Turolla (2015) e, especificamente quanto a alocação no âmbito dos efeitos da COVID-19, Cesar Pereira e Rafael Schwind (2020) e Silvio Luís Rocha (2020). Contudo, a aceção de que, uma vez alocados contratualmente não há que se falar em revisão da matriz de riscos, vai de encontro ao pensamento de Pedro Pinheiro Orduña (2020), para quem os problemas decorrentes da pandemia se encaixam na “imprevisão dentro da previsão”.

Como este breve apanhado teórico denota, há um dissenso na doutrina quanto as particularidades da extensão da aplicação do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviço público afetados pela pandemia. É possível perceber que há correntes que pregam por aplicações mais expansivas ou restritivas do direito do concessionário ao reequilíbrio. Da mesma forma, a doutrina diverge no que tange à distribuição contratual da matriz de riscos, com alguns afirmando que isso encerraria a questão (nos casos em que houve a distribuição desses riscos afetados pela pandemia) e outros afirmando que a imprevisibilidade da pandemia deveria levar mesmo a uma mitigação da matriz expressa contratualmente.

Convém notarmos, contudo, que essa divergência de opiniões sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão não é algo que surgiu com a pandemia da COVID-19 e suas decorrências. Nesse sentido, fazendo uma analogia com as decisões jurisprudenciais analisadas no capítulo anterior, podemos afirmar que a decisão contida no RE 571.969/DF (BRASIL, 2014) se coaduna, *mutatis mutandis*, com essa corrente mais protetiva dos direitos do concessionário. Naquela decisão, o STF definiu que assistia razão ao pleito de concessionária de transporte aéreo que se viu afetada por conta de medidas contidas em plano econômico já vigente quando da assinatura do contrato, independentemente da má gestão da empresa. Foi possível perceber naquele acórdão, portanto, uma margem ampla de aplicação da Teoria da Imprevisão, noção que se repete atualmente em parte da doutrina. Ademais, vale notarmos que os dizeres de Pereira e Schwind (2020), para quem até mesmo de atos proporcionais e lícitos pode advir a responsabilidade de se reequilibrar o contrato, se correlaciona com a decisão exarada no RE 571.969/DF (2014): foi justamente essa a conclusão da ministra Carmen Lúcia, a de que o Plano Cruzado era formal e materialmente lícito, mas que ainda assim geraria o dever de reequilibrar a avença contratual.

Por outro lado, a identificação de possibilidade de se refazer o reequilíbrio contratual por conta da edição de leis que diminuam a circulação de pessoas – e, por conseguinte, os aportes tarifários percebidos pelas concessões – é um entendimento similar ao contido nas ADIs 2.733-6/ES (2005) e 4.382/SC (2018). Nelas definiu o Supremo Tribunal Federal que não pode uma concessionária ser onerada por conta de leis que isentam determinados grupos de pessoas do pagamento de tarifa; isso seria, ademais, uma afronta ao princípio da harmonia entre os poderes. Ainda que estejamos de casos bastante distintos – leis que isentavam estudantes de pagamento e normas que diminuem a circulação de pessoas para contenção da pandemia – a lógica subjacente à aferição de desequilíbrio em desfavor do concessionário parece ser a mesma.

Nesse sentido, as decisões exaradas pelo TCU que analisamos no capítulo 3 parecem se situar em um lugar intermediário entre as correntes supracitadas. Isso porque, como vimos, os julgados desse tribunal têm caráter eminentemente mais técnico, buscando analisar todo o contexto da relação da prestação do serviço outorgado, levando em conta as cláusulas contratuais, o contexto fático do local em que se situa a concessão, os cálculos financeiros, a amortização dos investimentos etc.

É importante notarmos aqui que, em abstrato, não parece haver dúvidas quanto a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão em decorrência da pandemia da COVID-19. Contudo, algumas ressalvas devem ser feitas. Como já foi dito aqui, a Imprevisão surgiu como forma de repartição de prejuízos entre Poder Público e particular. Dessa forma, sua aplicação busca não uma recomposição ao *status quo* contratual, mas sim a manutenção da prestação do serviço, algo que estaria em xeque se o concessionário suportasse os prejuízos sozinho. Assim, parece claro que a Imprevisão deve ser utilizada sempre com esse limite em mente no que tange aos contratos atingidos pela pandemia. Também nesse sentido parece lógico que sua alegação só se torna válida quando a continuidade da prestação está efetivamente em perigo. Por conseguinte, parece haver um limite temporal para embasar pedidos de reequilíbrio com a Imprevisão: afinal, se decorrido muito tempo do evento imprevisível ou de consequências incalculáveis, é seguro dizer que a prestação do serviço não está a perigo, somente a lucratividade da concessionária.

Já foi ressaltado aqui que a lei nº 8.987/1995 (1995) pouco fala do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos por ela regidos. Além da constatação de que este deve existir, optou o legislador por deixar pormenores a cargo do contrato, de leis setoriais ou de portarias de agências reguladoras. Essa noção foi identificada também nos acórdãos do Tribunal de Contas da União que analisamos. Portanto, parece evidente que o instrumento contratual deve colmatar as

lacunas deixadas pela legislação. É somente analisando a avença original que se poderá entender de que maneira foram distribuídos os riscos da concessão e, por conseguinte, como devem ser encarados eventuais pedidos de reequilíbrio contratual de uma parte ou de outra.

Em suma, a análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em decorrência dos efeitos da pandemia da COVID-19 deve ser feita caso a caso. Mesmo porque a pandemia afetou de maneira diferente cada concessão, não sendo impossível que a diminuição da demanda tenha dado maior lucratividade a algumas operações. Além disso, é sempre bom lembrar que analisamos neste trabalho a lei geral de concessões, mas existem leis setoriais aplicáveis a alguns casos, bem como resoluções de agências reguladoras que também devem ser levadas em consideração. Assim, é apenas essa análise conjuntural que pode levar a um entendimento razoável da dimensão do problema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No percurso deste trabalho, pudemos caracterizar, com a ajuda de Rivera (2016), Aragão (2013) e Menegat (2020), dentre outros, os serviços públicos como atividades de prestação obrigatória e contínua que, apesar de não terem valor ontológico subjacente, foram consideradas de vital importância para a coletividade em determinado contexto histórico e social. De forma semelhante, conceituamos as concessões como forma de engendrar e gerir questões inerentes à infraestrutura estatal, verdadeira maneira de se efetivar políticas públicas de cumprimento obrigatório pelo Estado. Neste item, utilizamos os ensinamentos de Di Pietro (2019), Martins (2011) e Garcia (2021), dentre outros.

Há uma convergência nesses dois campos teóricos, a qual nos possibilitou entendermos as concessões de serviço público como contratos multifacetados, os quais concebem uma miríade de relações – não só jurídicas, mas também políticas, econômicas e sociais. Esse tipo de contrato administrativo consubstancia, assim, estratégias políticas e regulatórias. Como é de sua característica terem longo prazo de duração e servirem à prestação de serviços essenciais à população, as concessões se conectam umbilicalmente à consecução de princípios que regem a atividade estatal.

Ter isso em mente foi importante para, no segundo capítulo do trabalho, entendermos que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é também um instituto aberto a múltiplas interpretações. De fato, seu status de “princípio constitucional” foi aceito de forma automática na doutrina por muito tempo. Esse panorama, contudo, vem mudando a partir dos estudos de autores como Loureiro e Rodrigues (2020). Se até mesmo esse fulcro constitucional gera discussões, é porque estamos diante de um conceito eminentemente multifacetado, algo que notamos a partir da análise da doutrina de Garcia (2021), Ribeiro (2017), Anker e Turolla (2015), dentre outros.

Também no segundo capítulo conseguimos entender como o equilíbrio econômico-financeiro não ficou alheio ao ecletismo que parece ser comum ao sistema jurídico brasileiro. Ao longo do percurso histórico do tratamento dessa seara no constitucionalismo e na legislação brasileiras, ora buscou-se inspiração do direito francês, ora no estadunidense, havendo até mesmo período de concomitância no uso dessas acepções algo discrepantes no ordenamento jurídico brasileiro. Em termos legislativos, a lei nº 8.987/95 aborda o assunto de forma um tanto breve, deixando detalhes para serem tratados ou em leis setoriais ou no contrato.

A importância do contrato como instituto regulador do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público foi algo reiterado nas decisões analisadas do Tribunal de Contas da União. Nelas, buscou a corte de contas apoiar sua tomada de decisão nos dispositivos constantes nos contratos discutidos. Nessas decisões, em sua maioria o TCU concluiu pela necessidade de reequilíbrio econômico em desfavor das concessionárias, que teriam falhado em cumprir certas avenças contratuais, mas seguiram cobrando tarifas de acordo com o cronograma original. Essa situação fere os princípios da prestação dos serviços públicos, nos moldes daquilo que observamos no primeiro capítulo.

Notamos posteriormente que a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 571.969/DF (2014) – no qual a Varig pleiteava reequilíbrio por prejuízos decorrentes do Plano Cruzado – adotou um viés que nos pareceu protetivo demais da posição do concessionário. Entendemos que esse entendimento foi, em parte, de encontro à doutrina que trouxemos, segundo a qual o direito ao reequilíbrio não se confunde com o direito à lucratividade, sem que seja sopesada a má gestão da empresa nem as condições macroeconômicas conjunturais. Ademais, a decisão contida no acórdão considerou como imprevisível uma situação que a concessionária tinha toda capacidade de antever quando da assinatura do contrato.

Por outro lado, nas ADIs 2733-6/ES (2005) e 4.382/SC (2018) o STF definiu que não pode a concessionária ser onerada por atos do legislativo que diminuam o montante tarifário recebido. Essas decisões estão em consonância com a aceção dos contratos de concessão como instrumentos que abarcam estratégias políticas e estatais como um todo. Afinal, caso fosse possível que o Legislativo definisse isenções tarifárias, isso acarretaria em intromissão no contrato avençado entre o Executivo e o particular.

Chegando ao terceiro capítulo, por fim analisamos de forma mais direta os efeitos da pandemia da COVID-19 nos contratos de concessão de serviço público. Os primeiros capítulos, assim, serviram como espécies de linhas que convergiram até chegarmos na análise do terceiro capítulo. Nele, compreendemos que há correntes opostas no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão: uma mais protetiva dos direitos do concessionário (JUSTEN FILHO, 2020; PEREIRA; SCHWIND, 2020; ROCHA, 2020) e outra mais preocupada com os efeitos sistêmicos de uma repactuação geral dos contratos em prol dos concessionários (FERNANDES *et al.*, 2021; VÉRAS, 2020). Esse dissenso doutrinário é, em parte, conseqüência da novidade e da atualidade do tema. Em novembro de 2021, ainda não podemos dizer que a pandemia esteja terminada, muito menos os efeitos que ela teve na economia e na sociedade como um todo. Por isso, as análises realizadas sobre o tema, pela

doutrina e por nós, ficam restritas pela impossibilidade de se ter uma visão retrospectiva de algo que ainda está ocorrendo.

Feita essa ressalva, é possível retomarmos algumas considerações que fizemos no quarto capítulo. É evidente que os contratos de concessão de serviço público foram largamente afetados pela pandemia – afinal, são poucas as atividades ou relações humanas que não o foram. Também parece ser consenso que estamos diante de um evento imprevisível. Contudo, a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão de serviço público deve levar em consideração alguns fatores.

Primeiramente, como aduzimos a partir dos ensinamentos de Loureiro (2020), a Teoria da Imprevisão é uma forma de repartição de prejuízos de forma que não se ponha em risco a continuidade da prestação do serviço. Não é, portanto, uma forma de se manter a pactuação inicial, algo que seria o caso se estivéssemos tratando de alteração unilateral do contrato pela Administração. Assim, a aplicação desse instituto deve levar em conta se a concessão realmente esteve em xeque em decorrência da pandemia. Por outro lado, parece claro que a aplicação automática da Imprevisão teria efeitos nefastos ao sistema macroeconômico como um todo: não foram só as empresas concessionárias que sofreram com os efeitos da pandemia, o Estado também não passou imune e suportou altos prejuízos. Além disso, em se tratando de contratos de longa duração, prejuízos em alguns meses acabam se diluindo dentro de todo o percurso de tempo em que há a prestação. Pois, não nos parece racional uma aplicação da Imprevisão que deixe de levar em conta esse aspecto, e leve o Poder Público a sofrer todos os prejuízos do evento imprevisível. Em última instância, isso poderia levar à ruína de toda relação de contratos que é erigida a partir dos contratos de concessões, afetando a prestação e a qualidade do serviço.

Se notamos no primeiro capítulo, com o apoio de Valiati (2019) que os contratos de concessão fazem parte de um sistema duplo de regulação – por contrato e por agência – é evidente que uma justa análise do equilíbrio econômico-financeiro deve levar em conta esses dois instrumentos, contrato e portarias da agências reguladoras. Além disso, também as leis setoriais cumprem um papel importante na colmatação de lacunas deixadas pela legislação; pelo escopo deste trabalho, analisamos somente a lei nº 8.987/1995 (1995), mas é necessário fazer essa ressalva. Com isso queremos dizer que a análise tem de ser feita caso a caso, pois áreas diferentes foram afetadas de maneiras diferentes pela presença dos efeitos do vírus da SARS-CoV-2 e cada contrato prevê uma matriz de riscos específica. Essa matriz contratual deve ser interpretada não entendendo o contrato de concessão como um fim em si mesmo, mas também levando-se em consideração a boa-fé e o sistema dos contratos administrativos como um todo.

Qualquer solução que não leve em conta esses preceitos está fadada a ser insuficiente ou malfazeja.

Tornou-se um lugar-comum dizer que tempos de crise necessitam de soluções inovadoras e criativas. Apesar de isso ter se tornado um clichê, parece ser aplicável ao tema deste trabalho, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no contexto da pandemia da COVID-19. Isso porque o enfrentamento dos efeitos da pandemia faz com que instrumentos novos sejam pensados, afinal há muitas nuances envolvidas na análise dos seus efeitos a cada um dos contratos de concessão vigentes. Com isso em mente, não há que se falar em aplicação automática deste ou daquele instituto, ao mesmo tempo em que é necessário que qualquer ação leve em consideração o conceito e o sistema dos contratos de concessão como um todo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Leticia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: IDAP/Malheiros, 2015.

ANKER, Tomas; TUROLLA, Frederico A. Desequilíbrio Econômico-Financeiro em Contratos de Participação Privada de Longo Prazo. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2015. p. 237–255.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.733-6/ES. Edição de lei que isenta ou dá descontos em pagamento de pedágio viola o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. **Min. Eros Grau**, 26 out. 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266908>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. TCU. Acórdão 346/2012. O Poder Concedente deve fazer constar nos contratos de concessão cláusula de revisão periódica da tarifa. **Min. José Múcio Teixeira**, 15 fev. 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY%253A%2522JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-14950%2522/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. TCU. Acórdão 883/2020. Desequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão rodoviária em razão de superestimativa de tarifa de pedágio. **Min. Raimundo Carreiro**, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A883%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. TCU. Acórdão 2104/2008. Dever da Administração de incluir nos contratos de concessões cláusulas de revisão tarifária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. **Min. Ubiratan Aguiar**, 24 set. 2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY%253A%2522JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-31276%2522/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. TCU. Acórdão 2264/2021. Desequilíbrio econômico-financeiro pela não execução de obras de caráter obrigatório. **Min. Raimundo Carreiro**, 22 set. 2021. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2407106%22>>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF. ADC nº 57. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 57. **Min. Edson Fachin**, 3 out. 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416442/false>>. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF. ADI 4382. Inconstitucionalidade de lei estadual que isenta veículos determinados de pedágio em rodovias federais. **Min. Alexandre de Moraes**, 11 out. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393632/false>>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.666/1993**. Institui normas para licitações. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 1 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **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. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Medida Provisória nº 927/2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Advocacia Geral da União. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. Brasília: AGU, 2020. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/xclnx58>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF. Recurso Extraordinário 571.969/DF. Ruptura do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de efeitos de planos econômicos. **Min. Carmen Lúcia**, 12 mar. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur277065/false>>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial Ao Gerencial. *In*: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (org.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 222–259.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratos de concessão de serviço público e afins. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de Direito Administrativo - Vol. 6 - Licitação e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CERVO, Amado Luiz. **História da Política Exterior do Brasil**. Brasília: UNB, 2008.

DAL POZZO, Augusto Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. Parcerias Público-Privadas (PPP): equilíbrio econômico-financeiro e o caso especial da Pandemia causada pelo vírus SARS-COV-2. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio (org.). **As Implicações da COVID-19 no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisse Jacoby *et al.* **Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FERNANDES, Gustavo Andrey; FERNANDES, Guilherme Antonio. O Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos: o Caso da Análise das Taxas Internas de Retorno/TIRs das Concessões Rodoviárias. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2015. p. 256–276.

GARCIA, Flávio Amaral. **A Mutabilidade nos Contratos de Concessão**. São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2021.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Foundations of Public Contracts: A comparative view**. Cheltenham (UK): Edgar Elgar Pb., 2022 [No Prelo].

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público. **Interesse Público**, São Paulo, v. 9, n. 42, p. 77–125, 2007.

HEINEN, Juliano. **Não há o dever de negociar — Parte 2: os contratos de delegação**. [S. l.], 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/juliano-heinen-nao-dever-negociar-parte>>. Acesso em: 20 out. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Efeitos Jurídicos da Crise Sobre as Contratações Administrativas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **COVID-19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões? Por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público.** Rio de Janeiro: FGV CERI - Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura, 2020. Disponível em: <<https://ceri.fgv.br/publicacoes/tem-mesmo-base-constitucional-o-equilibrio-economico-financeiro-das-concessoes-por-um>>. Acesso em: 10 out. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 159, p. 193–197/105, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio Econômico-Financeiro em Contrato de Concessão. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 46, p. 251–270, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. Serviço Público e suas Diferentes Acepções. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Tratado de Direito Administrativo - Vol 4 - Funções Administrativas do Estado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais – 1ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 211–262, 2020a.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais – 2ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 55–85, 2020b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENEGAT, Fernando. **Serviço Público, Regulação e Concorrência - As Autorizações Regulatórias nos Setores de Infraestrutura.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. A Concessão De Serviços Públicos E Os Direitos Reais Administrativos. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 5, p. 285–301, 2012.

ORDUÑA, Pedro Pinheiro. **Pandemia de Covid-19 e o reequilíbrio de contratos de concessão.** [S. l.], 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-de-covid-19-e-o-reequilibrio-de-contratos-de-concessao-13042020>>. Acesso em: 20 out. 2021.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Concessão de Serviço Público e sua Natureza Jurídica Mandado de Segurança Contra Concessionária. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 5, p. 199–213, 2012.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Pandemia de COVID-19 e o Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Covid-19 e o Direito Brasileiro.** Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 Anos da Lei de PPPs - Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social**. Rio de Janeiro: S.I., 2017.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; SANDE, Felipe. **Taxa Interna de Retorno para equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos: um estudo sobre o estado da análise econômica do direito no direito administrativo**. S.I.: SSRN, 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771770>. Acesso em: 5 out. 2021.

RIVERA, Luis José Béjar. **Uma Aproximação à Teoria dos Serviços Públicos**. São Paulo: Contracorrente, 2016.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A Pandemia e os Efeitos nos Contratos Administrativos. *In*: WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael (org.). **As Consequências da COVID-19 no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 15–26.

ROLT, Amanda Pauli; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Gestão contratual dos contratos de concessão e PPP em tempo de pandemia. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio (org.). **As Implicações da COVID-19 no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade?. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

STOBER, Rolf. **Direito administrativo econômico geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 8, n. 2019, p. 23–58, 2019.

VÉRAS, Rafael. **Coronavírus, equilíbrio econômico-financeiro em concessões, dever de renegociar: quem paga a conta pela Teoria da Imprevisão?**. [S. l.], 2020. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/coronavirus-equilibrio-economico-financeiro-em-concessoes-dever-de-renegociar-quem-paga-conta-pela-teoria-da-imprevisao-coluna-direito-da-infraestrutura/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

WALD, Arnoldo. Obrigação Da Administração De Ressarcir O Contratado Quando Desrespeitado O Equilíbrio Econômico-Financeiro No Tocante À Homologação Do Reajustamento Das Tarifas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 37, p. 289–301, 2001.

WALD, Arnoldo; GAENSLY, Martina. Concessão De Rodovias E Os Princípios Da Supremacia Do Interesse Público, Da Modicidade Tarifária E Do Equilíbrio Econômico-Financeiro Do Contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 877, p. 11–26, 2008.