

Serviços Públicos e Atividades Reguladas

1. A inviabilização da concessão de serviço público e o cabimento de sua extinção

The impracticability of public service concession and the possibility of its extinction

(Autor)

MARÇAL JUSTEN FILHO

Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/SP contato@justenfilho.com.br

Sumário:

- 1 A disciplina da Lei 8.987 sobre a extinção da concessão
 - 1.1 A redação do art. 35 da Lei de Concessões
 - 1.1.1 A natureza exemplificativa do dispositivo
 - 1.1.2 A ausência de explícita exaustividade do dispositivo
 - 1.1.3 O defeito lógico: inclusione unius fit exclusio alterius
 - 1.2 Ainda a prevalência da interpretação sistemática
 - 1.3 A necessidade de examinar o conjunto do ordenamento
 - 1.4 Ainda a questão do princípio da legalidade
 - 1.5 Síntese: a interpretação sistemática
- 2 Análise genérica sobre a concessão de serviço público
 - 2.1 As limitações ao regime de direito público
 - 2.2 A relação entre Estado e concessionário
 - 2.3 A relação entre concessionário e usuário
 - 2.4 A incidência do regime de direito privado
 - 2.5 As obrigações e as concepções inerentes ao setor privado
 - 2.5.1 A modelagem de um empreendimento empresarial

- 2.5.2 A atribuição de riscos econômicos ao concessionário
- 2.5.3 A definição da solução mais apropriada
- 2.5.4 A avaliação da sustentabilidade
- 2.5.5 A viabilidade do empreendimento sob o prisma econômico
- 2.6 A concepção do empreendimento anterior à outorga
 - 2.6.1 A definição dos custos e a estimativa das receitas
 - 2.6.2 Ainda a viabilidade econômica do empreendimento
 - 2.6.3 A viabilidade político-social do empreendimento
 - 2.6.4 Os limites insuperáveis de planejamento e conhecimento
- 2.7 As soluções de custeio dos serviços delegados
 - 2.7.1 A concessão: a proposta do usuário-pagador
 - 2.7.2 O custeio da atividade mediante recursos gerais
- 2.8 A definição no caso concreto
- 2.9 A licitação e a formulação de proposta do particular
 - 2.9.1 A fixação dos parâmetros fundamentais
 - 2.9.2 A disciplina das obrigações das partes
 - 2.9.3 A partilha dos riscos
 - 2.9.4 Ainda a margem de autonomia do particular
 - 2.9.5 A seleção da proposta mais vantajosa
 - 2.9.6 A contratação e a execução do contrato
- 2.10 A equação econômico-financeira
 - 2.10.1 Equilíbrio econômico-financeiro e lucro
 - 2.10.2 Equação econômico-financeira e equilíbrio empresarial
- 2.11 A intangibilidade da equação econômico-financeira
 - 2.11.1 O conteúdo do postulado
 - 2.11.2 A finalidade da garantia à intangibilidade
- 2.12 A questão do reajuste contratual de preços
 - 2.12.1 A manutenção dos valores originais por doze meses
 - 2.12.2 O período posterior: efeitos incalculáveis
 - 2.12.3 A obrigatoriedade do reajuste
 - 2.12.4 A previsão do reajuste e a garantia insuprimível
- 2.13 A questão das revisões extraordinárias e ordinárias
 - 2.13.1 A revisão extraordinária
 - 2.13.2 A revisão ordinária

3 A revelação superveniente da inviabilidade da concessão

3.1 As diversas variáveis

3.1.1 A impossibilidade material ou jurídica

3.1.2 A obsolescência técnica

3.1.3 A inviabilidade financeira

3.2 A inviabilidade financeira do projeto concebido

3.2.1 A ausência de inadimplemento das partes

3.2.2 A onerosidade insuportável

3.2.3 A irrelevância das causas

3.2.4 A perspectiva de interrupção do serviço público

3.3 A insuficiência da solução da recomposição da equação

3.3.1 A solução usual para a quebra da equação

3.3.2 A inviabilidade radical do empreendimento

3.4 Ainda a questão dos limites à modificação das concessões

3.4.1 A mutabilidade do contrato de concessão

3.4.2 A primeira questão: a concordância da parte

3.4.3 A vedação à frustração da competição

3.4.4 A adequação da vantajosidade

3.4.5 Síntese: ainda os limites à alteração de concessões

3.5 A hipótese da elevação insuportável das tarifas

3.5.1 A fixação das tarifas no momento da licitação

3.5.2 A preservação da identidade da tarifa

3.6 Os eventuais efeitos decorrentes do reajuste contratual

3.6.1 A variação setorial de custos e a inflação geral

3.6.2 As situações de crise econômica

3.6.3 As previsões contratuais de elevação tarifária

3.6.4 Os eventuais efeitos de revisões de preços

3.7 A constatação da inviabilidade da prática do novo valor tarifário

3.8 A insuficiência da elevação da tarifa

3.9 A necessidade de redução do valor tarifário

3.9.1 A competência estatal para modificar as cláusulas de serviço

3.9.2 Ainda os limites à competência do poder concedente

3.10 A redução de encargos ou ampliação de vantagens

3.10.1 A ausência da alternativa de redução de encargos

- 3.10.2 A ausência da alternativa de ampliação das vantagens
- 3.11 A solução do subsídio
 - 3.11.1 A concessão tradicional e a anomalia do subsídio
 - 3.11.2 A avaliação dos impactos nas finanças públicas
 - 3.11.3 O respeito à lei orçamentária
 - 3.11.4 A observância dos limites de endividamento
 - 3.11.5 A observância da LRF
 - 3.11.6 A avaliação dos efeitos econômicos nocivos
 - 3.11.7 A ausência de recursos públicos suficientes
- 3.12 A solução jurídica: a extinção da concessão
 - 3.12.1 A inviabilidade da manutenção do contrato
 - 3.12.2 A situação de imprevisão ou caso fortuito ou força maior
- 4 Ainda a regra geral: a impossibilidade extingue o dever jurídico
- 5 Referências bibliográficas

Área do Direito: Administrativo

Resumo:

A legislação brasileira não prevê solução específica para as hipóteses em que uma concessão de serviço público se revele economicamente inviável, ao longo da execução do contrato. São os casos em que a continuidade da execução do contrato, tal como licitado, conduzirá à inevitável insolvência do concessionário. Em tais situações, é necessário admitir que a contratação deverá ser extinta antecipadamente, ainda que tal alternativa não esteja prevista de modo formal na legislação pátria. Adiante serão apresentadas algumas reflexões sobre o tema.

Abstract:

Brazilian legislation does not provide a specific solution for the cases in which a concession of public service proves to be economically impracticable, throughout the performance of the contract. These are the cases that the continuity of the contract performance, as agreed, will lead to the inevitable insolvency of the dealer. In such situations, it is necessary to admit that the contract should be terminated in advance, even if this alternative is not formally in the Brazilian legislation. Some reflections on this matter will be presented below.

Palavra Chave: Concessão de serviço público - Inviabilidade de manutenção do contrato - Efeitos econômicos nocivos - Insolvência do concessionário - Extinção antecipada do contrato.

Keywords: Concession of public service - Contract maintenance impracticability - Harmful economic effects - Dealer insolvency - Early termination of the contract.

1. A disciplina da Lei 8.987 sobre a extinção da concessão

A Lei 8.987 contempla um elenco de causas de extinção da concessão no art. 35. Entre elas, não se encontra a inviabilidade econômica do empreendimento, que conduza à impossibilidade do

atingimento à finalidade buscada pelas partes.

1.1. A redação do art. 35 da Lei de Concessões

O art. 35 da Lei de Concessões contempla um elenco de causas de extinção da concessão. O dispositivo tem a seguinte redação:

"Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. (...)"

1.1.1. A natureza exemplificativa do dispositivo

O elenco do art. 35 da Lei de Concessões é meramente exemplificativo. Não contém determinação exaustiva das causas legalmente admitidas para a extinção de uma concessão de serviço público.

Essa interpretação decorre da constatação de que o ordenamento jurídico admite outras hipóteses de extinção do contrato de concessão, que não se encontram referidas no art. 35 da Lei 8.987. Entender que o elenco seria exaustivo conduziria a proscrever casos de extinção cuja existência é inerente à teoria geral do direito.

1.1.2. A ausência de explícita exaustividade do dispositivo

Anote-se que a exaustividade não poderia nem sequer ser justificada mediante invocação ao texto explícito do dispositivo. Ali não está determinado que as "únicas" hipóteses de extinção da concessão seriam aquelas previstas expressamente.

1.1.3. O defeito lógico: *inclusio unius fit exclusio alterius*

Por outro lado, o entendimento de que somente seriam cabíveis as hipóteses de extinção da concessão previstas no art. 35 da Lei 8.987 padece de séria limitação jurídica, o que sempre ocorre nos casos de utilização do postulado de *inclusio unius fit exclusio alterius*.

Esse provérbio reflete o entendimento de que a lei proibiria tudo aquilo que nela não estivesse expressamente previsto. Em suma, se a lei quisesse ter incluído algo na disciplina adotada, tê-lo-ia feito. A ausência de inclusão autorizaria entendimento de exclusão. No caso concreto, isso significaria que, se a Lei 8.987 quisesse autorizar outras hipóteses de extinção da concessão, além daquelas contempladas no art. 35, assim o teria determinado. Como consagrou um elenco do qual não constava o distrato ou a extinção por impossibilidade do objeto, a solução estaria implicitamente vedada pelo referido art. 35.

Mas o raciocínio da exclusão implícita pela ausência de inclusão explícita nunca pode ser

generalizado. Esse raciocínio é dotado de cunho formalista intenso, o que é incompatível com a realidade jurídica contemporânea. Ele reflete a confusão entre o direito e a lei.

A ausência de previsão legislativa expressa não significa, de modo necessário, a inexistência de disciplina jurídica. É perfeitamente possível que uma lei, embora deixando de expressamente aludir a um tema, tenha implicitamente sobre ele disposto. Depois, o conjunto das normas jurídicas produz efeitos de cunho normativo.

A existência de norma explícita produz a disciplina sobre o tema versado. A ausência de expressa previsão não autoriza uma conclusão definitiva sobre a disciplina jurídica aplicável aos casos não referidos. Em suma, não é correto interpretar a expressão normativa “é autorizada a conduta X” no sentido de que teria sido estabelecido “somente é autorizada a conduta X e todas as demais são proibidas”.

1.2. Ainda a prevalência da interpretação sistemática

A interpretação literal e restritiva, que dá prevalência às palavras constantes da Lei, nem sempre é mais correta. É sempre indispensável cotejar a orientação propiciada pela interpretação literal com os efeitos normativos do ordenamento em seu todo.¹

1.3. A necessidade de examinar o conjunto do ordenamento

A disciplina jurídica para uma determinada situação resulta não apenas das regras específicas sobre o tema, previstas numa lei em particular. Cada lei e cada dispositivo legal integram-se no conjunto composto pelo sistema jurídico. Existem princípios e regras gerais que compõem a dimensão constitucional. A pluralidade de normas constitucionais e infraconstitucionais dá configuração aos institutos jurídicos. Surge um feixe de normas jurídicas que impõem a observância de soluções jurídicas. Nem sempre tais soluções jurídicas estão explicitamente contempladas no texto da lei.

A eventual omissão legislativa, deixando de indicar uma solução decorrente das características do instituto disciplinado, não importa vedação legislativa. A sistematicidade do ordenamento conduz, usualmente, à racionalidade da disciplina legislativa, mas tal não é necessário. A interpretação sistemática permite identificar as omissões legislativas e concluir pelo reconhecimento de que o ordenamento, como um conjunto normativo, impõe a existência da norma jurídica que se reputava ausente.

1.4. Ainda a questão do princípio da legalidade

Alguém poderia contrapor que, no âmbito da atividade administrativa, tudo aquilo que não estiver permitido está proibido pelo direito. No entanto, a prevalência do princípio da legalidade não conduz à necessidade de previsão legislativa explícita.²

A autorização legislativa pode ser produzida de modo implícito. Ou seja, trata-se ainda aqui de uma questão de método hermenêutico. O princípio da legalidade não impõe a observância do método literal de interpretação. É perfeitamente cabível que a disciplina legislativa da atividade administrativa resulte do conjunto do ordenamento jurídico.

Portanto, a submissão da atividade administrativa ao princípio da legalidade não exige que a Lei 8.987 preveja, de modo explícito, todas as modalidades de extinção do contrato de concessão.

1.5. Síntese: a interpretação sistemática

Como decorrência, é necessário desenvolver interpretação sistemática sobre o tema. Impõe-se o exame amplo do regime jurídico da concessão e da disciplina para a sua extinção. A análise permitirá identificar o cabimento ou não da resolução do contrato mediante acordo entre as partes.

2. Análise genérica sobre a concessão de serviço público

A solução da controvérsia deriva da aplicação dos princípios e regras que compõem o regime jurídico da concessão de serviço público.³

2.1. As limitações ao regime de direito público

A concessão é um contrato administrativo orientado a delegar a um particular a organização, a implementação, a prestação e a gestão de um serviço público segundo um modelo de direito privado. Isso não significa a extinção do serviço público, nem importa a submissão da relação entre o concessionário e o Estado ou entre o concessionário e o usuário ao regime de direito privado.

2.2. A relação entre Estado e concessionário

Como é evidente, a pactuação de concessão não extingue o serviço público. O contrato promove a delegação do serviço para um particular. Justamente por isso, o relacionamento entre o Estado e o concessionário continua a ser regido pelo direito público.

No entanto, há inovações no regime jurídico aplicável à atividade desempenhada pelo concessionário. Essa atividade passará a ser parcialmente disciplinada pelo direito privado.

2.3. A relação entre concessionário e usuário

A concessão também não altera o regime jurídico do relacionamento entre o concessionário e o usuário. Sob um certo ângulo, a concessão não produz qualquer efeito jurídico nesse âmbito. Assim se passa porque o usuário permanece investido de todos os poderes jurídicos que a existência de um serviço público lhe assegura. Com isso, continuam a existir as garantias do serviço adequado, com todas as suas decorrências.

2.4. A incidência do regime de direito privado

Passará a aplicar-se o regime de direito privado especificamente no relacionamento entre o concessionário e seus fornecedores, empregados e outros terceiros. As relações necessárias ou úteis à prestação do serviço adequado, que não se enquadrem no relacionamento direto entre o concessionário e o Estado ou entre ele e os usuários serão submetidas ao regime de direito privado.

2.5. As obrigações e as concepções inerentes ao setor privado

Mas a exposição acima realizada é insuficiente para descrever apropriadamente a situação jurídica do concessionário. A concessão impõe ao concessionário uma pluralidade de obrigações configuradas segundo um modelo de direito privado. A prestação do serviço público é concebida como um empreendimento a ser organizado, implantado, desenvolvido e gerido de acordo com os parâmetros de direito privado.

2.5.1. A modelagem de um empreendimento empresarial

Isso significa que o concessionário será identificado como um empreendedor privado, que assumirá

os riscos de captar recursos, conceber soluções técnicas e organizar o serviço público tal como um empreendimento econômico privado.

Mais ainda, a exploração econômica do empreendimento propiciará ao concessionário-empREENDEDOR os rendimentos necessários ao seu sucesso econômico. A modelagem da concessão tradicional prevê que o concessionário auferirá receitas por meio de tarifas e de outras remunerações (decorrentes de empreendimentos acessórios e complementares). Essas receitas devem atingir a um montante que assegure ao concessionário a compensação econômica suficiente para a amortização dos investimentos, o custeio das despesas e a obtenção de lucro.

2.5.2. A atribuição de riscos econômicos ao concessionário

Numa concessão, o concessionário assume os riscos próprios e inerentes a uma atividade econômica privada. Isso se traduz numa pluralidade de obrigações, a que corresponde uma margem de autonomia para identificar o modo de organização e de implementação de soluções práticas.⁴

2.5.3. A definição da solução mais apropriada

Incumbe ao ente estatal titular da competência para a prestação dos serviços públicos escolher o modelo mais apropriado para a sua prestação. Isso envolve poderes de natureza discricionária, mas também decisões fundadas no conhecimento técnico-científico.

2.5.4. A avaliação da sustentabilidade

Respeitados os limites da possibilidade material e jurídica, todas as circunstâncias atinentes ao tema devem ser avaliadas segundo um prisma de sustentabilidade.

Ou seja, há vedações jurídicas que não podem ser superadas. Existem soluções que são tecnicamente – ao menos, em vista do conhecimento disponível – impossíveis de execução.

Excluído aquilo que se configurar como impossível, todas as demais concepções devem ser avaliadas segundo uma relação de custo-benefício.

Isso significa a necessidade de considerar a *sustentabilidade* das concepções adotadas. Essa sustentabilidade compreende as dimensões econômicas, ambientais, sociais e políticas. É indispensável examinar os custos – numa acepção ampla – das soluções adotadas e os benefícios e as vantagens propiciados.

2.5.5. A viabilidade do empreendimento sob o prisma econômico

É indispensável estimar os custos econômicos, de modo a formular um empreendimento viável sob esse prisma. Caberá ao poder concedente definir as obras e serviços a serem implantados, reformados, ampliados e aperfeiçoados, assim como todas as despesas inerentes e necessárias a tanto.

2.6. A concepção do empreendimento anterior à outorga

As questões acima referidas são tomadas em vista pelo Estado no momento da configuração do empreendimento.

2.6.1. A definição dos custos e a estimativa das receitas

O Estado, ao considerar a solução mais satisfatória para a prestação de serviço adequado, deverá

formular avaliação relativa a uma pluralidade de aspectos, cuja complexidade depende da natureza e das circunstâncias do caso concreto.

É necessário dimensionar os investimentos de curto, médio e longo prazo, e definir a fonte principal de recursos para o concessionário. Essa definição condiciona todos os aspectos pertinentes ao modelo jurídico a ser adotado para a concessão.

É fundamental avaliar o fluxo de caixa propiciado pelas receitas estimadas. Tudo isso permitirá um cálculo atinente aos custos e, se for o caso, ao valor das tarifas necessárias ao empreendimento.

2.6.2. Ainda a viabilidade econômica do empreendimento

A concessão (tradicional) pressupõe a viabilidade econômica de organizar o serviço público como uma atividade lucrativa e autossustentável, na acepção de que a cobrança de tarifas deve ser suficiente para fazer frente aos custos da prestação do serviço. Não há cabimento em outorgar concessão versando sobre serviços públicos que não comportem organização e desenvolvimento segundo modelos tarifários de rentabilidade econômica.

A inviabilidade econômica da concessão tradicional pode manifestar-se em diversas hipóteses, qualitativamente distintas entre si. Assim, por exemplo, há serviços públicos que não comportam (ainda que por imposição normativa) a fruição mediante cobrança de uma tarifa. Em outros casos, é impossível identificar o usuário do serviço, o que impede a cobrança da tarifa correspondente.

2.6.3. A viabilidade político-social do empreendimento

Mas também é indispensável que a atividade comporte organização econômica em termos compatíveis com as circunstâncias político-sociais. Há casos em que a dimensão dos investimentos e a amplitude das despesas necessárias à prestação dos serviços conduziria à necessidade de cobrança de tarifas muito elevadas. Uma parcela relevante de usuários não disporia de condições econômicas para fruir os serviços por carência dos recursos financeiros necessários para o pagamento das tarifas.

2.6.4. Os limites insuperáveis de planejamento e conhecimento

Deve-se ressaltar, no entanto, que existem limites insuperáveis ao conhecimento e à capacidade de previsão humanas. O planejamento, por mais cuidadoso e detalhado que o seja, sempre formulará estimativas que poderão não ser confirmadas no mundo real.

A complexidade dos fatos supera, de modo necessário, o conhecimento humano. Não é viável estimar todas as circunstâncias e todas as peculiaridades da realidade. Mais ainda, a consideração a todas as variáveis possíveis conduziria a projetos inviáveis, inclusive em vista de custos e precauções que se revelam, com o passar do tempo, desnecessários.

Isso significa que toda e qualquer contratação é necessariamente incompleta. Especialmente em vista de atividades de elevado grau de complexidade ou potencialmente conflitivas, as contratações deverão ser ajustadas às circunstâncias, durante a vigência contratual.

Portanto, uma concessão de serviço público dará oportunidade para ajustes e adaptações ao longo do tempo. Essa circunstância, que se relaciona com a própria característica jurídica da *mutabilidade*, relaciona-se não apenas à alteração das condições técnicas do serviço. Também envolve a ocorrência de eventos supervenientes não desejados, não previstos, não previsíveis ou de consequências incalculáveis.

2.7. As soluções de custeio dos serviços delegados

Por outro lado, a delegação da prestação do serviço público a um terceiro comporta diversas soluções no tocante ao custeio. Essas variações podem relacionar-se, inclusive, a juízos de cunho político.

2.7.1. A concessão: a proposta do usuário-pagador

É possível estabelecer uma relação entre modelos de política econômica e a utilização da concessão. A concessão (tradicional) reflete uma concepção política específica. Trata-se de adotar a proposta do usuário-pagador. Segundo essa proposta, paga quem usa e na medida em que o faz.

Assim, o serviço público será mantido mediante a captação de recursos financeiros provenientes dos usuários. Isso significa, basicamente, que os não usuários serão isentos do pagamento dos custos necessários à existência do serviço público objeto da concessão.

2.7.2. O custeio da atividade mediante recursos gerais

No entanto, há uma alternativa distinta, resultante da adoção de outro modelo de política econômica. Pode-se determinar que as atividades necessárias à prestação do serviço público adequado serão custeadas mediante recursos gerais, provenientes total ou parcialmente dos cofres públicos. Ao invés de subordinar a fruição do serviço público adequado ao pagamento pelo usuário de uma tarifa necessária e suficiente para a sua manutenção, o Estado desembolsa recursos provenientes de outras fontes (basicamente, transfere as receitas que auferir pela cobrança de tributos).

Em tais hipóteses, haverá ou a prestação do serviço público diretamente pelo Estado (ainda que se utilize da colaboração de terceiros) ou a adoção da delegação do serviço à iniciativa privada. Mas, de uma forma ou de outra, o usuário do serviço não arcará (ao menos, não totalmente) com o montante necessário à prestação do serviço adequado.

2.8. A definição no caso concreto

Como visto, há casos em que existem obstáculos à adoção do modelo do usuário-pagador. Nessas hipóteses, deve ser adotada uma solução que permita a viabilização do serviço adequado, mediante condições que propiciem aos usuários a sua fruição. Isso pode ser obtido mediante o desempenho direto do serviço pelo Estado ou por via de soluções que permitam a obtenção pelo concessionário de receitas satisfatórias, tal como se passa nas PPPs.

Não é cabível produzir avaliações abstratas sobre a vantajosidade das diversas alternativas. Nem há fundamento para afirmar que uma das hipóteses é intrinsecamente mais satisfatória ou correta do que a outra.

Há aspectos positivos e negativos propiciados por cada solução. Assim, a concepção do usuário-pagador evita que recursos públicos gerais sejam utilizados para beneficiar uma categoria específica de indivíduos. Sob um certo ângulo, trata-se de promover o princípio da isonomia. Por outro lado, as soluções de destinação de recursos públicos gerais permitirão que o usuário carente de recursos se beneficie do serviço. Logo, a manutenção do serviço mediante os recursos públicos gerais é compatível com as exigências de justiça social (e da própria isonomia).

A questão comporta amplas disputas, inclusive sob o prisma da eficiência econômica. Existem divergências ideológicas que influenciam a decisão a ser adotada. Enfim, o presente artigo não versa

sobre essa matéria. No entanto, é indispensável assinalar a existência de alternativas distintas e insistir em que a opção por uma dentre elas dependerá das circunstâncias de cada caso concreto.

2.9. A licitação e a formulação de proposta do particular

Os estudos e os levantamentos realizados pelo poder público se refletirão na modelagem do empreendimento. Reputada cabível uma solução de delegação do serviço à iniciativa privada, caberá escolher entre uma concessão tradicional e uma PPP.

2.9.1. A fixação dos parâmetros fundamentais

O poder público estabelecerá os parâmetros fundamentais do empreendimento. Ele fixará as condições gerais no tocante à concepção do serviço adequado, determinando metas a serem atingidas, obras a serem executadas, serviços a serem prestados. Assim também, determinará um cronograma essencial a ser cumprido. Isso não significa, no entanto, uma disciplina exaustiva do empreendimento, o que eliminaria a autonomia do particular.

O poder público, ademais, definirá em face do caso concreto a extensão da disciplina a ser adotada relativamente ao futuro empreendimento. Existe uma margem de discricionariedade quanto à amplitude das regras a serem adotadas.

2.9.2. A disciplina das obrigações das partes

O ato convocatório fixará as obrigações das partes. Há algumas obrigações essenciais, que são necessariamente predeterminadas no ato convocatório. Mas muitas das obrigações serão estabelecidas em vista do conteúdo da proposta selecionada como vencedora.

2.9.3. A partilha dos riscos

É essencial que o edital discipline de modo mais preciso possível a partilha dos riscos envolvidos no empreendimento. A expressão “risco” indica a possibilidade de ocorrência de evento futuro superveniente, apto a afetar os interesses das partes e a comprometer a execução do contrato tal como originalmente concebida.⁵

A regra fundamental reside em atribuir o risco à parte em condições de melhor gerenciar a ocorrência do evento danoso ou os efeitos dele decorrentes.

Por isso, a regra é transferir os riscos ordinários e inerentes à atividade objeto do empreendimento ao particular delegatário. Já os riscos extraordinários (inclusive aqueles de natureza política) devem ser arcados pelo Estado.

Não se trata de uma divisão arbitrária, mas da solução mais satisfatória – desde que elementos do mundo real não conduzam a alteração das premissas. Na maioria dos casos, alocar os riscos de modo diverso acarreta ineficiência econômica e gera custos superiores aos necessários – o que se traduzirá em preços mais elevados para a Administração e tarifas superiores para os usuários.

2.9.4. Ainda a margem de autonomia do particular

Cabe ao edital, como já apontado, determinar o âmbito de autonomia do particular. Há um postulado fundamental que vincula o risco do particular ao âmbito de sua autonomia. Quanto mais ampla a autonomia do particular, tanto mais extensos serão os riscos por ele assumidos. A redução da margem de liberdade do particular para conceber o empreendimento e formular as soluções

apropriadas acarretará equivalente diminuição dos riscos por ele arcados.

A dimensão do lucro do particular reflete necessariamente os riscos por ele assumidos. A relação é diretamente proporcional. Logo, a ampliação dos riscos e a elevação das obrigações atribuídas ao particular conduzirá à elevação da sua remuneração.

2.9.5. A seleção da proposta mais vantajosa

No âmbito da licitação, os particulares conceberão as propostas para execução do objeto, tal como definido pela Administração. Caberá ao poder público selecionar aquela mais vantajosa, segundo os critérios objetivos previstos no edital.

2.9.6. A contratação e a execução do contrato

A proposta selecionada como vencedora complementar as condições contratuais estabelecidas unilateralmente pelo poder público. O contrato administrativo se caracteriza por essa integração entre cláusulas predeterminadas pelo Estado e condições constantes da proposta do licitante vencedor.

2.10. A equação econômico-financeira

As contratações administrativas, especialmente quando antecedidas de licitação, caracterizam-se pela intangibilidade da equação econômico-financeira.

O equilíbrio econômico-financeiro consiste na relação entre encargos e vantagens estabelecida para as partes por ocasião da contratação.⁶ Os contratos comutativos importam benefícios para cada uma das partes, acompanhados de encargos. Em muitos casos, o benefício de uma parte corresponde a um benefício para a outra.

É essencial tomar em vista que esse equilíbrio (ou equação) não reflete uma equivalência econômica propriamente dita. Trata-se de um equilíbrio instituído pela vontade das partes, que pode não corresponder a uma efetiva identidade econômica. Significa dizer que, para as partes, a extensão dos encargos assumidos é considerada como equivalente à extensão dos benefícios correspondentes.

Em suma, o equilíbrio é a equivalência estabelecida entre encargos e vantagens em virtude da vontade das partes.

2.10.1. Equilíbrio econômico-financeiro e lucro

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não se confunde com lucro, que consiste na diferença entre os custos e a remuneração. Já a equação econômico-financeira consiste na relação concreta entre os encargos e as vantagens. Disso se depreende que não existe nenhuma relação direta entre a existência de lucro e a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Imagine-se hipótese em que os encargos do particular acarretem resultado exatamente idêntico ao produzido pelas vantagens. Nesse caso não haveria lucro, mas existiria equação econômico-financeira.

2.10.2. Equação econômico-financeira e equilíbrio empresarial

Tampouco se pode confundir os conceitos de equação econômico-financeira e equilíbrio empresarial.

A noção de equação econômico-financeira apresenta cunho jurídico, enquanto a ideia de equilíbrio empresarial é uma circunstância econômica. A equação econômico-financeira refere-se a cada contratação específica, enquanto a ideia de equilíbrio empresarial envolve o resultado global da atividade econômica da empresa.

2.11. A intangibilidade da equação econômico-financeira

As regras constitucionais e infraconstitucionais determinam a intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos.

2.11.1. O conteúdo do postulado

Essa regra significa, essencialmente, que será obrigatório:

“(...) restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”(art. 65, II, *d*, da Lei 8.666).

O dispositivo aplica-se a todas as modalidades de contratação administrativa. O postulado essencial ali consagrado abrange inclusive os contratos de concessão de serviço público.⁷

2.11.2. A finalidade da garantia à intangibilidade

A intangibilidade não implica a eliminação dos riscos das partes – especialmente do particular contratado. Trata-se de uma solução jurídica orientada a neutralizar os efeitos de eventos não suscetíveis de controle pelas partes, que escapem da previsibilidade ou dos riscos inerentes ao negócio.

Justamente por isso, a recomposição da equação econômico-financeira será imposta nos casos em que ocorrerem fatos imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis, que se enquadrem como “*álea econômica extraordinária e extracontratual*”. As ocorrências normais, usuais de um negócio, devem ser absorvidas pelas partes, configurando risco a cargo de cada qual.

2.12. A questão do reajuste contratual de preços

O mecanismo de reajuste contratual é uma manifestação da intangibilidade da equação econômico-financeira.

2.12.1. A manutenção dos valores originais por doze meses

Os valores pecuniários pactuados originalmente devem ser mantidos inalterados por um período de doze meses. Não se admite reajuste ou variação de preços em prazo inferior. Essa solução foi consagrada por ocasião do Plano Real. Encontra-se prevista no art. 3.º da Lei 10.192, especificamente a propósito de contratos administrativos.⁸

Essa determinação reflete o reconhecimento de que a estabilidade econômica permite a previsão dos custos inerentes a um empreendimento pelo período de doze meses. Por isso, o particular terá o ônus jurídico de formular a sua proposta tomando em vista uma estimativa da variação de custos nesse período de doze meses.

2.12.2. O período posterior: efeitos incalculáveis

Também é perfeitamente previsível que o processo inflacionário manterá o seu curso e que as próprias circunstâncias inerentes à atividade econômica conduzirão a variações constantes e permanentes de preço. No entanto, é impossível a qualquer pessoa formular uma estimativa suficientemente segura relativamente às variações monetárias verificadas em período superior a doze meses.

Ou seja, não se trata de um problema de imprevisibilidade propriamente dita quanto à ocorrência de inflação. O ponto essencial consiste na ausência de viabilidade de estimar os efeitos da inflação em médio prazo. Por isso, adota-se o mecanismo do reajuste contratual.

Trata-se de indexar os preços contratuais à variação de um índice geral ou específico. A cada período de doze meses, haverá uma automática alteração dos preços contratuais nos percentuais da variação do indexador.

2.12.3. A obrigatoriedade do reajuste

A aplicação do reajuste é obrigatória. Não se trata de uma solução destinada a beneficiar o particular, nem se admite a supressão de sua aplicação. Assim se passa porque a cláusula de reajuste impõe ao particular a formulação da proposta com o valor mais reduzido possível. A proposta incorporará as variações de custo previstas para ocorrerem no período subsequente de doze meses. Não será agregada nenhuma outra compensação por variações ocorridas depois do decurso de doze meses.

A supressão da cláusula de reajuste conduziria o particular a formular um preço uniforme e invariável, que compreenderia as estimativas de inflação de longo prazo. Logo, o preço a ser pago ao particular seria muito superior àquele praticado no mercado no momento da formulação da proposta.⁹

2.12.4. A previsão do reajuste e a garantia insuprimível

A previsão do reajuste é não apenas obrigatória. Trata-se de uma garantia insuprimível em favor do particular. Os preços contratuais serão reajustados a cada período de doze meses, de modo a compensar as variações dos custos ocorridas. Portanto, será preservada a identidade material da proposta formulada. A supressão do reajuste equivaleria à redução dos valores contratuais reais (sempre que tivesse ocorrido elevação dos custos).

Então, o particular seria obrigado a cumprir as exatas obrigações assumidas, mas lhe seria outorgada uma remuneração inferior àquela originalmente prevista.

2.13. A questão das revisões extraordinárias e ordinárias

O reajuste contratual não se confunde com as revisões extraordinárias e ordinárias das condições contratuais.

2.13.1. A revisão extraordinária

A chamada revisão extraordinária foi a primeira a ser consagrada. Consiste em procedimento destinado a identificar alterações relevantes na relação original entre encargos e vantagens, que não se enquadrem no âmbito da álea ordinária. Constatada a ocorrência de eventos supervenientes, de cunho imprevisível (ou de efeitos incalculáveis), que afetem o equilíbrio previsto originalmente,

serão adotadas providências compensatórias.

A revisão extraordinária é uma decorrência da intangibilidade da equação econômico-financeira. Pode ser praticada a qualquer tempo, independentemente da adoção do reajuste. Evidentemente, trata-se de uma solução para problemas distintos daqueles remediados por via do reajuste.

O reajuste é uma solução para variações de preços compreendidas na álea ordinária, que não envolvam alterações relevantes e radicais na relação originalmente estabelecida. A revisão é uma solução aplicável somente nos casos em que as inovações decorram de eventos anômalos, que configurem situações imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis.

2.13.2. A revisão ordinária

A revisão ordinária foi criada posteriormente, como um reflexo da concepção de uma equação econômico-financeira dinâmica. Destina-se a evitar que o decurso do tempo e as variações fáticas produzam distorções relevantes – ainda que decorrentes de eventos ordinários e previsíveis.

Usualmente, a revisão ordinária também é utilizada para incentivar ganhos de eficiência do particular. Compreende soluções que permitem ao concessionário incorporar parcialmente ganhos derivados do aumento de eficiência na exploração do empreendimento. Periodicamente haverá a transferência parcial de tais ganhos para o poder concedente.

A revisão ordinária destina-se a reconduzir as condições da concessão a parâmetros predeterminados, o que implica a redução dos riscos de ambas as partes. Justamente por isso, a revisão ordinária deve estar prevista contratualmente. É imperioso que o contrato determine os parâmetros que serão utilizados na revisão ordinária. Especialmente quando o procedimento envolver variações em vista de ganhos de eficiência, as regras deverão constar do ato convocatório: o licitante apenas pode assumir o ônus de redução das vantagens previstas se tal estiver previsto e disciplinado no ato convocatório.

3. A revelação superveniente da inviabilidade da concessão

Ao longo da execução do contrato, pode-se revelar a inviabilidade do modelo concebido originalmente para a concessão. Essa situação pode ocorrer em qualquer modalidade de concessão. No entanto, os problemas mais evidentes se relacionam com a concessão tradicional, em que não existe originalmente previsão de desembolso de recursos públicos para a manutenção do empreendimento.

3.1. As diversas variáveis

A inviabilidade superveniente da concessão pode decorrer de causas diversas.

3.1.1. A impossibilidade material ou jurídica

A primeira hipótese a ser considerada é a alteração material ou jurídica que acarrete a impossibilidade do objeto. A impossibilidade material pode envolver o esgotamento de certos insumos indispensáveis à execução da atividade. A impossibilidade jurídica resulta da alteração da disciplina jurídica, tornando ilícita a atividade objeto da concessão.

3.1.2. A obsolescência técnica

Outra hipótese é a inviabilidade técnica. As soluções concebidas podem envolver concepções

técnico-científicas que se tornem totalmente superadas pela evolução do conhecimento. No passado, o exemplo foi a substituição da iluminação pública a gás por energia elétrica. Existiam concessões em curso que foram afetadas pelas modificações verificadas.

3.1.3. A inviabilidade financeira

Contudo a questão mais plausível se relaciona com a inviabilidade financeira. Pode ocorrer que a concepção econômica que dá identidade à concessão se revele inadequada, insuportável ou simplesmente inviável.

A hipótese compreende uma pluralidade de situações de origem distinta, assemelhadas entre si pela circunstância da inviabilidade de o concessionário obter as receitas originalmente previstas. Portanto, a manutenção do serviço delegado se torna impossível, em vista da ausência de receita suficiente para o cumprimento das obrigações impostas ao concessionário.

3.2. A inviabilidade financeira do projeto concebido

Na hipótese de inviabilidade financeira do projeto, a continuidade da execução do contrato não permite o atingimento das finalidades buscadas pelas partes.

3.2.1. A ausência de inadimplemento das partes

O primeiro ponto a destacar reside na ausência de inadimplemento de qualquer das partes às obrigações assumidas. O problema não reside em descumprimento dos deveres contratuais. A origem do problema é alheia à conduta das partes.

3.2.2. A onerosidade insuportável

Em segundo lugar, a inviabilidade econômico-financeira se relaciona com a onerosidade insuportável da execução do contrato. A manutenção das condições originalmente previstas imporá a uma das partes uma carga que se afigura extraordinariamente onerosa.

Quando a situação de onerosidade afeta o particular, a execução da concessão, tal como originalmente concebida, acarretaria a sua falência. Nos casos em que a onerosidade se relaciona com as prestações devidas ao particular, as tarifas tendem a valores excessivos para os usuários ou à assunção pelo poder concedente de obrigações incompatíveis com o regime de responsabilidade fiscal.

3.2.3. A irrelevância das causas

Rigorosamente, é irrelevante qualificar os eventos causadores da situação de inviabilidade econômica. Na maior parte dos casos, pode-se aludir a eventos extraordinários, que não podiam ser previstos por nenhuma das partes. Ou, se previsíveis, tais eventos eram de efeitos incalculáveis.

No entanto, a inviabilidade pode decorrer mesmo de eventos ordinários, que poderiam ser enquadrados no âmbito da normalidade dos eventos. Em tais casos, no entanto, deve existir um agravamento dramático da dimensão dos encargos para uma das partes.

A irrelevância da natureza ordinária ou extraordinária do evento causador da inviabilidade econômica decorre, em suma, de que a manutenção da contratação tal como concebida conduziria a um desastre, seja para o particular-concessionário, seja para o poder concedente-usuário.

3.2.4. A perspectiva de interrupção do serviço público

Ou seja, a manutenção do contrato tal como originalmente previsto acarretaria a interrupção da prestação do serviço público. Tal se passaria ou pela insolvência do concessionário ou pela ausência de recursos pecuniários disponíveis para o pagamento das tarifas a ele asseguradas.

3.3. A insuficiência da solução da recomposição da equação

A hipótese ora examinada não comporta neutralização mediante a recomposição da equação econômico-financeira.

3.3.1. A solução usual para a quebra da equação

Há casos em que o desequilíbrio gerado por eventos supervenientes pode ser compensado por meio da alteração das condições contratuais. A solução reside em modificação das tarifas, alteração das obrigações das partes, postergação de investimentos, prorrogação de prazos. Isso permite que a relação original entre encargos e vantagens seja mantida.

3.3.2. A inviabilidade radical do empreendimento

Diversamente se passa nas hipóteses em que nenhuma providência pode produzir o restabelecimento da relação original entre encargos e vantagens ou em que a solução apropriada conduziria oneração extraordinária ou alteração significativa do objeto e das condições essenciais da outorga. Nestes casos, existe uma inviabilidade radical do empreendimento. A manutenção do serviço público depende da introdução de providências de grande extensão.

Dito de outro modo, há casos em que a evolução dos fatos evidencia que a satisfação das necessidades por meio de uma concessão de serviço público somente poderia fazer-se por meio de uma solução qualitativamente distinta daquela contemplada no contrato em vigência.

3.4. Ainda a questão dos limites à modificação das concessões

O tema apresenta conexões, então, com as próprias prerrogativas asseguradas ao poder concedente.

3.4.1. A mutabilidade do contrato de concessão

No âmbito de contratações puramente privadas, não existe dificuldade no tocante a modificações contratuais. Havendo acordo entre as partes, não há impedimento a que as condições originais sejam alteradas na mais ampla extensão.

A razão jurídica para o impedimento à modificação contratual no âmbito do direito público envolve aspectos não cogitados relativamente aos sujeitos privados.

Em primeiro lugar, existe a problemática da alteração por vontade unilateral de uma das partes. Essa solução, como regra, não é admitida no âmbito do direito privado. Portanto, o primeiro limite à modificação radical do objeto contratual se relaciona com a vedação à imposição ao particular de deveres e obrigações absolutamente imprevisíveis e potencialmente insuportáveis. Se fosse possível a modificação unilateral ilimitada do contrato administrativo, os particulares não se disporem a contratar com a Administração Pública ou exigiriam contrapartidas muito elevadas.

Em segundo lugar, a contratação administrativa é subordinada a uma licitação prévia. A alteração radical do objeto reduz a utilidade da licitação. E isso produz duas ordens de efeitos jurídicos. Por um lado, potenciais competidores poderiam ter participado do certame se as condições adotadas pela modificação contratual tivessem sido consagradas desde o início. Significa dizer que a alteração

do contrato pode tornar o objeto contratual mais atraente para o setor privado do que se afigurava inicialmente.

Por outro lado, a licitação envolve a seleção da proposta mais vantajosa possível. Ao eleger o licitante vencedor, o poder público toma em vista uma certa concepção para execução do objeto. Alterado radicalmente o objeto, torna-se questionável a vantajosidade da proposta selecionada. Afinal, a seleção do vencedor no procedimento licitatório tomara em consideração a proposta para execução de objeto distinto daquele resultante da alteração contratual.

Essas ponderações justificam a vedação à alteração radical do objeto. No entanto, elas também comportam critérios e soluções jurídicas para neutralização dos impedimentos.

3.4.2. A primeira questão: a concordância da parte

O primeiro obstáculo pode ser afastado mediante a exigência de concordância entre as partes. Uma alteração consistente e significativa do objeto contratual não configurará violação à disciplina jurídica nem introduzirá elementos negativos no desempenho da atividade empresarial se houver a submissão à exigência de concordância entre as partes. Ou seja, a competência para alteração do contrato por determinação unilateral da Administração Pública não pode apresentar extensão tão ampla que afete radicalmente o objeto. Mas esse problema não se põe quando o particular manifestar a sua concordância com as novas condições.

Lembre-se que essa solução está consagrada no próprio art. 65, II, *d*, da Lei 8.666. Quando se trata de modificações decorrentes de eventos imprevisíveis, estranhos à álea ordinária, exige-se a concordância entre as partes. Isso se destina a evitar que o particular seja constrangido a executar um contrato radicalmente distinto daquele a que se propusera.

Mas a concordância das partes não é suficiente para eliminar a problemática da licitação e de seus efeitos vinculantes.

3.4.3. A vedação à frustração da competição

É evidente que o princípio da vinculação à licitação não pode ser aplicado a ponto de impedir modificações na contratação original.

Uma das características da contratação administrativa reside na possibilidade de sua modificação, inclusive pela vontade unilateral da Administração Pública. Portanto, deve-se interpretar de modo sistemático a afirmativa de que a contratação deve ser executada em termos estritamente vinculados ao conteúdo da licitação e da proposta.

Devem ser respeitadas as condições originais da licitação e da proposta, mas se admitem alterações destinadas a adequar o objeto às necessidades coletivas. Em princípio, alterações de pequenas dimensões são aceitáveis.

Não há modo de estabelecer um critério aritmético para determinar o limite a alterações no tocante a concessões de serviço público. No entanto, não se pode admitir que as alterações sejam aptas a comprometer a competitividade da licitação anterior.

O princípio da isonomia estaria infringido se fosse facultado realizar uma licitação e, depois de selecionado o vencedor, estabelecer condições mais atraentes, facilitadas e simples para execução do objeto. Somente se admitem modificações necessárias à satisfação das necessidades coletivas. Mais ainda, somente é cabível adotar novas condições quando isso não frustrar a competição tal como

originalmente prevista.

Então, se a licitação original contemplara certas condições que impediam a ampla competição, não é cabível promover alteração que elimine ditas restrições. Isso não afasta, como é evidente, a necessidade de verificar a manutenção da relação original entre encargos e vantagens, tal como prevista por ocasião da contratação.

Não significa dizer que seria vedada qualquer alteração que fosse apta a criar encargos ou vantagens originalmente não existentes. Não é isso que se afirma. O que se defende é que o conjunto das vantagens e encargos produzidos em virtude da alteração não pode conduzir a um cenário radicalmente distinto daquele inicialmente existente. E que o surgimento de vantagens ou encargos não existentes originalmente acarreta a necessidade de restabelecimento da equação econômico-financeira original.

3.4.4. A adequação da vantajosidade

É inquestionável que a alteração promovida pode afetar a vantajosidade da proposta originalmente apresentada. Mas, como regra, toda e qualquer alteração de um contrato administrativo envolve a recomposição da equação econômico-financeira.

Isso significa que devem ser adotadas as providências para assegurar que a contratação se mantenha com a mais elevada dose de vantagem para a Administração.

3.4.5. Síntese: ainda os limites à alteração de concessões

É descabido que a Administração seja constrangida a manter um contrato imprestável ou a deixar de ter as suas necessidades atendidas em virtude da formal vinculação à licitação. Se houver respeito à isonomia e obtenção de condições vantajosas, a alteração pode (e deve) ser promovida.

Ou seja, não se podem admitir alterações ilimitadas em concessão de serviço público. Alterações secundárias podem ser admitidas independentemente de concordância do particular. Aquelas que se afigurem como imprevisíveis ou de consequências incalculáveis, que não se insiram na álea ordinária do empreendimento, podem ser adotadas mediante concordância entre as partes. Mas não é admissível a transmutação da natureza do empreendimento ou de seu objeto, mediante a reformulação radical do empreendimento.

Se, no entanto, as modificações necessárias que tornam viável a concessão ultrapassarem os limites da identidade do objeto ou da própria licitação, a solução reside na extinção do contrato.

3.5. A hipótese da elevação insuportável das tarifas

É relevante assinalar que, em muitos casos, a situação não pode ser superada mediante o simples mecanismo de elevação de tarifas.

3.5.1. A fixação das tarifas no momento da licitação

As tarifas são determinadas no momento da outorga. Em alguns casos, o próprio ato convocatório do certame predetermina o valor tarifário, cabendo aos licitantes formularem suas propostas em vista desse valor. Em outras hipóteses, remete-se ao particular a faculdade de formular uma proposta abrangendo o valor tarifário.

Caberá selecionar a proposta mais vantajosa. Isso envolverá a determinação de um conjunto de

encargos para o particular e uma contrapartida a ele assegurada, composta inclusive pelo valor da tarifa.

3.5.2. A preservação da identidade da tarifa

Em qualquer caso, desde que não existam alterações no empreendimento, o valor real da tarifa deverá ser mantido inalterado durante o curso da concessão. Isso significa, por um lado, a aplicação do mecanismo do reajuste contratual. Tal como acima exposto, o reajuste neutraliza os efeitos da elevação dos custos setoriais. A alteração do valor nominal da tarifa não importa, em tais casos, variação do valor real da remuneração assegurada ao concessionário.

Por outro lado, a alteração do valor real da tarifa apenas é admissível para acompanhar modificações verificadas no tocante ao empreendimento. Isso poderá conduzir seja à elevação, seja à redução do valor tarifário.

3.6. Os eventuais efeitos decorrentes do reajuste contratual

É relevante assinalar que a aplicação do reajuste contratual poderá eventualmente produzir efeitos insuportáveis.

3.6.1. A variação setorial de custos e a inflação geral

Deve-se apontar, de passagem, que não existe uma inflação única na economia. Cada segmento apresenta variações distintas. Portanto, os índices gerais representam sempre uma avaliação média.

Uma alternativa possível é a dissociação entre a variação dos custos pertinentes especificamente ao empreendimento e os custos gerais da economia. Isso poderá resultar em reajustes tarifários superiores àqueles verificados genericamente. Assim, por exemplo, imagine-se que o reajuste tarifário seja de 10% num ano e que os demais preços subam, em média, 5%. Se tal ocorrer, a tarifa passará a ter um valor relativo superior àquele que apresentava na origem. Os usuários enfrentarão um fenômeno de “elevação” do valor tarifário, mesmo que isso não envolva nenhum aumento real da remuneração para o concessionário.

3.6.2. As situações de crise econômica

Outra situação se relaciona com crises econômicas, que resulte em elevação dos índices inflacionários. Nessas circunstâncias, há uma tendencial perda do poder aquisitivo especialmente das parcelas mais pobres da população. Isso pode provocar dificuldades de fruição dos serviços públicos quando as tarifas são reajustadas.

3.6.3. As previsões contratuais de elevação tarifária

Também é preciso considerar que, em muitos casos, o desenvolvimento normal da concessão acarreta a elevação tarifária em índices superiores aos da inflação. É usual que o contrato estabeleça que a realização de determinados investimentos ou a ocorrência de certos eventos propiciarão a elevação da tarifa em termos reais. Essa situação é orientada a produzir a melhor adequação dos serviços.

3.6.4. Os eventuais efeitos de revisões de preços

O problema pode ser agravado em decorrência de revisões ordinárias ou extraordinárias. A manutenção da adequação do serviço, a ocorrência de eventos supervenientes agravantes dos custos

inerentes ao empreendimento e outros fatores similares podem gerar a elevação da tarifa em percentuais superiores à variação inflacionária.

Também nesses casos incide a garantia em favor do concessionário quanto à preservação da relação original entre encargos e vantagens. O efeito pode ser a elevação da tarifa em valores reais. Portanto, a tarifa passa a ser mais elevada do que o previsto originalmente.

3.7. A constatação da inviabilidade da prática do novo valor tarifário

As circunstâncias do caso concreto podem conduzir à inviabilidade da prática do novo valor tarifário. A peculiaridade da situação reside numa alteração superveniente da realidade fática.

O valor da tarifa fixado originalmente ou num momento anterior era social e politicamente sustentável. No entanto, as circunstâncias supervenientes conduzem a uma alteração do cenário. Pode ocorrer que o novo valor tarifário, mesmo que resultante de puro e simples reajuste, torne-se excessivo e insuportável. A prática dessa nova tarifa impedirá a fruição do serviço por parcelas relevantes da população.

Também pode ocorrer que o novo valor tarifário conduza à ausência de competitividade do serviço público delegado em face de outras alternativas disponíveis para os usuários. Existirão alternativas economicamente mais vantajosas para os usuários, que optarão por soluções distintas para satisfazer as próprias necessidades. Em tais casos, a elevação da tarifa, mesmo que para compensar a inflação, será uma medida destituída de utilidade para o concessionário – e, como reflexo, para o próprio poder concedente.

3.8. A insuficiência da elevação da tarifa

Pode-se acrescentar que, em tal cenário, a imposição compulsória da tarifa nos valores originalmente previstos não será suficiente para assegurar a normalidade da execução do contrato. O valor tarifário mais elevado acarretará a cessação da fruição da utilidade por parcelas relevantes da população. Como resultado, a receita do concessionário permanecerá insuficiente para assegurar a manutenção do empreendimento e a execução das obrigações por ele assumidas.

3.9. A necessidade de redução do valor tarifário

Nesses casos, a solução reside em manter a tarifa reduzida, e promover a diminuição dos encargos do concessionário ou efetuar o acréscimo de outras vantagens para restabelecer a equação.

3.9.1. A competência estatal para modificar as cláusulas de serviço

Como já apontado, o valor real da tarifa fixado originalmente deve ser preservado ao longo da execução do contrato. Somente pode ocorrer a sua modificação se houver a alteração concomitante de outras condições da outorga.

O poder concedente tem competência para introduzir, inclusive unilateralmente, modificações contratuais. Contudo esses poderes não podem atingir a relação original entre encargos e vantagens. Como usualmente se afirma, é possível que o altere as cláusulas de serviço, mas deve haver a manutenção da equação econômico-financeira.

3.9.2. Ainda os limites à competência do poder concedente

Não existe competência do poder concedente para pura e simplesmente promover a redução de

tarifas. Essa providência não se admite nem mesmo mediante a invocação de “interesse público”. A constatação de que a elevação do valor tarifário acarretará dificuldades para a fruição do serviço pelo usuário não é juridicamente suficiente para a redução da tarifa.

Insista-se em que o direito assegura proteção ao concessionário no tocante ao valor da tarifa. A pura e simples redução configura violação a postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito.

3.10. A redução de encargos ou ampliação de vantagens

Portanto, em tais hipóteses, cabe ao poder concedente identificar uma solução econômica e jurídica que conduza ou à redução dos encargos do particular ou à ampliação das vantagens a ele asseguradas.

A redução da tarifa somente poderá ser imposta em virtude da adoção de outras providências, de modo a preservar a relação original entre encargos e vantagens.

Há uma pluralidade de soluções admissíveis. Por exemplo, pode ocorrer a redução dos investimentos ou dos desembolsos previstos originalmente. Outra alternativa é a desoneração tributária do concessionário. Ou ainda é possível o prolongamento do prazo da concessão. Enfim, há muitas soluções que permitem que a tarifa mais reduzida não afete os resultados originalmente previstos.

3.10.1. A ausência da alternativa de redução de encargos

Em muitos casos, no entanto, não é viável a alternativa de redução de encargos. Assim se passa nos casos em que não existam novos encargos impostos ao concessionário ou em que todos os investimentos são indispensáveis para assegurar um nível mínimo de adequação do serviço. Portanto, o elenco das obrigações e encargos deve ser preservado para o futuro, sob pena de desnaturação da outorga.

3.10.2. A ausência da alternativa de ampliação das vantagens

Há situações em que também não é cabível adotar providência para ampliação de vantagens. O oferecimento de benefícios adicionais, não previstos adicionalmente, nem sempre propicia efeitos suficientemente relevantes para compensar a redução tarifária. Assim, por exemplo, a isenção de tributos municipais ou estaduais pode não produzir alterações significativas para um concessionário.

3.11. A solução do subsídio

Em tal cenário, a única alternativa remanescente seria o subsídio público.¹⁰ Ao invés de manter a disciplina original da concessão, o poder concedente determinaria a redução do valor tarifário e assumiria o custeio da diferença a menor mediante a transferência de recursos públicos. Essa solução pode propiciar problemas práticos e teóricos.

3.11.1. A concessão tradicional e a anomalia do subsídio

Não existe impedimento jurídico absoluto a que o poder concedente promova o pagamento de valores em favor do concessionário para assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro. No entanto, essa solução deve ser configurada como uma anomalia e uma excepcionalidade na concessão comum.

Numa concessão tradicional, a prática do subsídio ocorre como uma forma excepcional de promover a recomposição da equação econômico-financeira. Verifica-se naqueles casos de eventos da álea extraordinária, que gerem situações não previstas originalmente.

3.11.2. A avaliação dos impactos nas finanças públicas

O problema fundamental produzido na situação examinada reside na determinação dos impactos gerados sobre as finanças públicas. Quando a concessão é concebida desde logo como uma parceria público-privada, há a possibilidade de prever a extensão das obrigações assumidas pelo parceiro público. Isso permite inclusive avaliar a legalidade e a conveniência das soluções concebidas.

Muito diversamente se passa nos casos em que a concessão foi concebida para ser mantida sem recursos provenientes dos cofres públicos. A alteração desse regime num momento posterior envolve a necessidade de readequação das previsões sobre o destino desses recursos.

3.11.3. O respeito à lei orçamentária

Um aspecto que não pode ser ignorado se relaciona com a observância da lei orçamentária. A disciplina constitucional impõe que a assunção das obrigações pelos entes estatais obedeça às autorizações orçamentárias. Portanto, a alocação permanente de recursos públicos para o subsídio de tarifas depende da existência de previsão na lei orçamentária.

3.11.4. A observância dos limites de endividamento

Isso envolve a necessidade de respeito aos limites de endividamento para o poder público. Existem imposições a serem observadas nesse ponto.

Ao conceber uma parceria público-privada, o poder público se depara com exigências inafastáveis. É evidente que a alteração superveniente da concessão comum não comporta tratamento distinto. Seria um despropósito reputar que os requisitos para o poder público assumir obrigações numa concessão patrocinada não necessitariam ser respeitados em caso de transformação de concessão tradicional.

3.11.5. A observância da LRF

Também é evidente que a assunção de obrigações de subsídio em favor do concessionário se subordinam às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101). Há o dever jurídico de o poder concedente estimar a dimensão de suas receitas e identificar a existência de disponibilidade orçamentária para assumir a obrigação de subsidiar as tarifas de uma concessão tradicional de modo contínuo e permanente.

O art. 15 da LRF determina, inclusive, que “Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”. Por outro lado, o art. 16 da LRF estabelece o seguinte:

“A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (...)”.

Quando o poder concedente assumir obrigação de subsidiar tarifas de modo permanente e contínuo, configura-se situação enquadrável na hipótese de *“expansão ou aperfeiçoamento de ação*

governamental". Isso imporá ao poder concedente estimar os impactos orçamentário-financeiros produzidos durante o exercício e os dois subsequentes. Os efeitos previsíveis deverão ser compatíveis com as estimativas de receita futura.

3.11.6. A avaliação dos efeitos econômicos nocivos

Ademais, há o dever de avaliar a conveniência do subsídio, que é potencialmente apto a gerar efeitos econômicos indesejáveis. O subsídio afeta os mecanismos inerentes às operações de mercado. Alguns dos efeitos regulatórios do preço são neutralizados. A dissociação entre o custo real do serviço e o preço tarifário pode induzir a consumo excessivo e desnecessário. O resultado pode ser a ampliação dos desembolsos a cargo do poder concedente.

Sob outro ângulo, a alocação de recursos públicos para o subsídio impede o atendimento a outras necessidades de interesse coletivo. Há um comprometimento das verbas disponíveis para o poder público, o que compromete a execução das políticas públicas.

3.11.7. A ausência de recursos públicos suficientes

Enfim, há limites para o comprometimento dos recursos públicos para manutenção de subsídios. Há situações em que a dimensão do subsídio ultrapassa a disponibilidade dos recursos públicos. O poder concedente não dispõe de condições para manter o pagamento do subsídio. Em tais casos, a manutenção da contratação tenderá a um impasse, inclusive com o surgimento de passivos relevantes para o poder concedente.

3.12. A solução jurídica: a extinção da concessão

Existem hipóteses, então, em que se evidencia, durante a vigência do contrato, a inviabilidade da implementação da concepção original da concessão tradicional. Não há condições práticas de manter a cobrança da tarifa nos termos originalmente previstos. Assim, a solução mais satisfatória a ser adotada reside no distrato amigável entre as partes.¹¹

3.12.1. A inviabilidade da manutenção do contrato

Diante da inviabilidade da manutenção da vigência do contrato, a única alternativa jurídica é a sua extinção. Tal se impõe em vista do regime jurídico contratual e da disciplina da atividade administrativa do Estado.

3.12.2. A situação de imprevisão ou caso fortuito ou força maior

Rigorosamente, a hipótese poderia ser reconduzida aos casos de imprevisão ou caso fortuito ou força maior.¹² A ausência de cobrança da tarifa nos valores e condições previstos contratualmente decorre de uma situação extraordinária, que não podia ser prevista por ocasião da contratação. Circunstâncias supervenientes constituem-se em obstáculo à execução da contratação tal como concebida.

Anote-se que ninguém negaria a configuração dessa hipótese nos casos em que o evento superveniente se constituísse em impedimento à execução da prestação a cargo do concessionário. Se um evento da Natureza produzisse a alteração radical das circunstâncias iniciais da contratação e gerasse a impossibilidade física da execução da atividade objeto da concessão, impor-se-ia a extinção do contrato. Assim, imagine-se um terremoto que produzisse a destruição de um viaduto objeto de uma concessão de exploração. Deixando de existir a obra pública, o resultado seria a extinção da concessão visando a sua exploração.

No entanto, a hipótese da inviabilidade da execução da prestação *devida* pelo concessionário não é objeto de consideração pelos especialistas. Parte-se do pressuposto de que sempre seria viável exigir o pagamento da tarifa, sem qualquer impedimento. Mas essa situação comporta exceções, tal como antes exposto.

Portanto, a ocorrência de eventos supervenientes que tornam inviável a cobrança da tarifa nas condições originalmente previstas é uma causa de extinção da concessão.

4. Ainda a regra geral: a impossibilidade extingue o dever jurídico

Em suma, o regime jurídico da concessão de serviço público não afasta a aplicação de um postulado jurídico fundamental: *ad impossibilia nemo tenetur*. A expressão latina indica que ninguém pode ser obrigado a cumprir um dever jurídico quando tal se configura impossível. Por isso, a impossibilidade é sempre reconhecida como uma causa de extinção do dever e de extinção do vínculo jurídico versando sobre a conduta impossível.

Essa impossibilidade se configura não apenas nas hipóteses em que existe impedimento material à execução da prestação prevista contratualmente. Também se configura na hipótese em que a continuidade da exploração do serviço público objeto da concessão não propiciará recursos econômicos suficientes para a amortização dos investimentos e a cobertura das despesas necessárias à manutenção da atividade. Em tais casos, a única solução jurídica cabível é a extinção antecipada do contrato.

5. Referências bibliográficas

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

VERNALHA, Fernando, *Concessão de serviço público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Pesquisas do Editorial

- CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, de Celso Ribeiro Bastos - RDCI 15/1996/25
- FINANCIAMENTO DE PROJETOS COM RECURSOS INTERNACIONAIS (PROJECT FINANCE), de Eduardo Salomão Neto - RDB 23/2004/53

- DIREITO DE RECESSO - MODIFICAÇÕES ESTATUTÁRIAS NÃO IMPUGNADAS TEMPESTIVAMENTE QUE DECORREM DO TÉRMINO DO PRAZO DE CONCESSÃO – DESCABIMENTO DAQUELE, de Arnaldo Wald - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial 3/1083